



CURSO DE MESTRADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

SAMUEL SALES FONTELES

DIREITO E *BACKLASH*

BRASÍLIA

2018

SAMUEL SALES FONTELES

DIREITO E *BACKLASH*

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado da Escola de Direito de Brasília como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco

BRASÍLIA

2018

SAMUEL SALES FONTELES

DIREITO E *BACKLASH*

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado da Escola de Direito de Brasília como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional.

Aprovado em: _____ de _____ de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. André Ramos Tavares
Universidade de São Paulo (USP)

Prof. Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco
Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP-Brasília)

Prof. Dr. Rafael Silveira e Silva
Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP-Brasília)

Em condições normais, eu dedicaria este trabalho à
Escola Cearense de Direito Constitucional, imortalizada por
Jorge Hélio Chaves de Oliveira, Martonio Mont' Alverne Barreto Lima,
Francisco Humberto Cunha Filho e Jânio Nunes Vidal.
No entanto, há um homem que eclipsou todos esses constitucionalistas: meu pai.
Dedico este trabalho a Edenildo Lopes Fonteles. Ele sabe o porquê.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, porque é Ele quem nos faz acordar todas as manhãs. Agradeço à Família, célula *mater* da sociedade e único tesouro que um homem pode verdadeiramente cultivar nesta Terra.

FONTELES, SAMUEL SALES. **Direito e *Backlash***. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Programa de Mestrado da Escola de Direito de Brasília, Brasília, 2018.

RESUMO

O presente trabalho se ocupa de um fenômeno social muito específico: o *backlash*. A ênfase da abordagem é o estudo das reações sociais contra decisões de juízes e tribunais, com todas as suas implicações. De início, o fenômeno é analiticamente considerado em si mesmo. Feita esta exposição teórica, defende-se a hipótese de que desacordos morais solucionados por mecanismos democráticos (leis e consultas populares) são assimilados com mais facilidade pela sociedade. Comparativamente, desacordos morais precipitados na arena judicial deflagram perigosas reações sociais. As hipóteses são demonstradas por meio de estudos de caso, observacionais e longitudinais, que evidenciem empiricamente as consequências do uso da via convencional (parlamento, plebiscito ou referendo) e da via anômala (tribunais). Após uma generosa incursão no Direito Comparado, a pesquisa se volta para o Brasil, investigando as interações não amigáveis entre o Supremo Tribunal Federal e a sociedade brasileira.

Palavras-chave: Direito Constitucional. *Backlash*. Tribunais. Sociedade. Desacordos morais.

FONTELES, SAMUEL SALES. **Direito e *Backlash***. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Programa de Mestrado da Escola de Direito de Brasília, Brasília, 2018.

ABSTRACT

The present work deals with a very specific social phenomenon: the backlash. The emphasis of the approach is the study of social reactions against decisions of judges and courts, with all its implications. At first, the phenomenon is analytically considered in itself. After this theoretical exposition, It is defended the hypothesis by which moral disagreements solved by democratic mechanisms (popular laws and consultations) are more easily assimilated by the society. Comparatively, moral disagreements decided in the judicial arena trigger dangerous social reactions. The hypotheses are demonstrated through observational and longitudinal case studies that empirically evidence the consequences of using the conventional route (parliament, plebiscite or referendum) and the anomalous pathway (courts). After a generous incursion into Comparative Law, the research turns to Brazil, investigating the unfriendly interactions between Brazilian Supreme Court and Brazilian society.

Keywords: Constitutional Law. *Backlash*. Courts. Society. Moral disagreement.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 ORIGEM, CONCEITO E DECOMPOSIÇÃO ANALÍTICA DO <i>BACKLASH</i>: QUEM, EM FACE DE QUEM E CONTRA O QUÊ	16
1.1 Quem se insurge	19
1.2 Em face de quem se insurge	22
1.3 Contra o quê se dá a insurgência.....	27
2 <i>BACKLASH</i> E OS MARCOS TEÓRICOS NO DIREITO CONSTITUCIONAL	32
2.1 O <i>backlash</i> como uma ameaça ao <i>status</i> do Tribunal como fórum de princípios (Ronald Dworkin)	33
2.2 O <i>backlash</i> no Minimalismo Judicial (Cass Sunstein): uma consequência a ser evitada	36
2.3 O <i>backlash</i> no Constitucionalismo Popular	39
2.4 O <i>backlash</i> no Constitucionalismo Democrático: a Escola de Yale (Robert Post e Reva Siegel)	41
2.5 O <i>backlash</i> na Análise Econômica do Direito (<i>Law and Economics</i>)	47
3 DINÂMICA EVOLUTIVA.....	50
4 FORMAS DE EXTERIORIZAÇÃO DO <i>BACKLASH</i>.....	55
4.1 Críticas públicas ou publicadas	60
4.2 Manifestações sociais	61
4.3 Eleições atípicas: o uso da decisão como argumento de retórica para capitalizar votos.....	62
4.4 Reações legislativas	63
4.5 Indicações estrategicamente ideológicas para o Tribunal.....	68
4.6 <i>Impeachment</i>	69
4.7 Atos de desobediência civil.....	70
4.8 Insubordinação de agentes	73
4.9 Ataques institucionais: atos arbitrários de <i>court packing</i> , cortes no orçamento etc.	75
4.10 Reações armadas (“direito” de resistência).....	78
5 CÁLCULO DE UM INDICADOR DE IMPACTO <i>BACKLASH</i>	81
5.1 Indicador de impacto do <i>backlash</i> causado por <i>Brown v. Board of Education</i> (1954).....	84
6 DESACORDOS MORAIS SOLUCIONADOS POR LEI, PLEBISCITO OU REFERENDO: UMA MAIOR ASSIMILAÇÃO SOCIAL.....	87
6.1 O desacordo moral do abortamento no Direito Constitucional Irlandês	90

6.2 O desacordo moral do casamento gay no Direito Constitucional da França, Argentina e Romênia	91
6.3 Outras experiências bem-sucedidas de desacordos solvidos por mecanismos de soberania popular: Países Nórdicos, Europa Ocidental e Leste-Europeu	95
7 O NEXO ETIOLÓGICO ENTRE DESACORDOS MORAIS PRINCIPIADOS POR JUÍZES OU TRIBUNAIS E O EFEITO BACKLASH.....	1066
7.1 <i>Backlash</i> em <i>Brown v. Board of Education</i> (1954)	1077
7.2 <i>Backlash</i> em <i>Miranda v. Arizona</i> (1966)	1133
7.3 <i>Backlash</i> em <i>Furman v. Georgia</i> (1972).....	1155
7.4 <i>Backlash</i> em <i>Roe v. Wade</i> (1973).....	1177
7.5 <i>Backlash</i> em <i>Goodridge v. Department of Public Health</i> (2003).....	12020
7.6 <i>Backlash</i> em <i>Kelo v. New London</i> (2005)	1233
7.7 <i>Backlash</i> na Alemanha: o caso <i>Kruzifix-Urteil</i> (1995)	1255
7.8 <i>Backlash</i> no Leste-Europeu: a descriminalização da maconha na Georgia (2017-2018)	1277
8 O BACKLASH NO DIREITO BRASILEIRO	13030
8.1 Reformas legislativas e constitucionais: da debilidade dos desenhos institucionais do STF às fórmulas explosivas de litigância constitucional	1311
8.2 A influência das indicações do Partido dos Trabalhadores para o Supremo Tribunal Federal: clivagens ideológico-partidárias, aumento de polarizações entre Ministros de gerações presidenciais distintas e uma nova agenda temática de julgamentos.....	1355
8.3 A sociedade brasileira como receptora das decisões do Supremo Tribunal Federal: uma interação não amigável decorrente do crescente conservadorismo.....	1399
8.3.1 <i>Interações não amigáveis entre o STF e a sociedade brasileira na temática do abortamento</i>	1411
8.3.2 <i>Interações não amigáveis entre o STF e a sociedade brasileira na temática do abrandamento da legislação criminal</i>	1466
8.3.3 <i>Interações não amigáveis entre o STF e a sociedade brasileira na temática das uniões entre pessoas do mesmo sexo</i>	15050
8.3.4 <i>Interações entre o STF e a sociedade brasileira na temática das drogas</i>	1533
8.4 As eleições brasileiras: a reconfiguração do Congresso Nacional nas 55 ^a e 56 ^a legislaturas e o resultado do pleito presidencial de 2018 como efeitos <i>backlashes</i>	156
9 CONCLUSÃO.....	1633
BIBLIOGRAFIA	1677

INTRODUÇÃO

No Brasil, não há consenso, sequer, sobre alguém ser homem ou mulher. Independentemente de qual lado estaria certo nesse julgamento avaliativo, o fato é que uma discordância dessa magnitude revela o profundo estado de desacordo que tem reinado em uma sociedade heterogênea.

De fato, até recentemente, o mais usual era que divergências sociais tão profundas só aflorassem entre pessoas de continentes diferentes, em razão do relativismo cultural. A cosmovisão de uma feminista guatemalteca nunca foi a mesma de uma sunita iraniana, mas isso era justificável por um hipotético determinismo geográfico, político e social. Afinal, em alguma medida, o ser humano é produto do meio em que vive, convive e sobrevive.

De maneira excepcional, em contextos muito específicos de multiculturalismo, pessoas de uma mesma nacionalidade estranhariam reciprocamente suas posições filosóficas, a exemplo do contato de um brasileiro quilombola com uma brasileira cosmopolita. A regra, contudo, era que houvesse razoavelmente algum consenso político no seio de uma única nação. Porém, atualmente, o abismo cultural divide concidadãos de um mesmo continente, país e bairro.

Há pouco tempo, era previsível que as gerações vindouras rompessem com os compromissos culturais firmados pelas mais remotas, o que poderia ser visto quando netos abandonavam as tradições dos seus avós ou até dos seus pais. Isso porque, em maior ou menor grau, o ser humano também é produto da sua época. Não obstante, hodiernamente, a ruptura não se limita aos descendentes e seus antepassados: irmãos mais novos estão em um conflito cultural com os irmãos mais velhos.

Como se vê, atualmente, o tempo e o espaço se tornaram quase irrelevantes para amenizar os desacordos sociais. A fissura cultural polariza e antagoniza pontos de vista de pessoas da mesma geração e que foram educadas no mesmo ambiente político-social.

Como bem observou Luís Roberto Barroso, vive-se um “[...] mundo fragmentado e heterogêneo, com dificuldade de compartilhar valores unificadores”, o que se percebe pelos desafios no cenário internacional, na medida em que “[...] os próprios organismos internacionais [...] já não conseguem produzir consensos relevantes e impedir conflitos que

proliferam pelas causas mais diversas, do expansionismo ao sectarismo religioso”¹. Exemplificando, o jurista da UERJ averba que “no plano internacional, elas vão de mutilações sexuais à imposição de religiões oficiais e conversões forçadas”, ao passo que “no plano doméstico, [...] o casamento de pessoas do mesmo sexo, a interrupção da gestação e o ensino religioso em escolas públicas”.² O mesmo fenômeno tem ocupado os jusfilósofos estadunidenses. Na literatura de filosofia política, Ronald Dworkin esclarece que as políticas norte-americanas se tornaram uma espécie de “guerra”, sobretudo porque a sociedade desse país diverge ferozmente sobre quase tudo: do terrorismo à segurança; da justiça social ao papel da religião na política; sobre quem pode ser um Juiz ou sobre qual o significado de democracia³. Em um esforço digno de elogios, Dworkin sustenta que até seria possível identificar uma base consensual comum aos cidadãos norte-americanos, para, em seguida, defender que as divergências não passariam de interpretações diferentes a respeito de valores compartilhados, mas a verdade é que as pessoas sequer percebem os princípios que compartilham.

No Brasil do século XXI, a depender do observador, um mesmo fato pode ser traduzido como um sensível gesto humanista ou como um crime. Ilustrativamente, quando o *campus* de uma universidade destina um espaço para afrodescendentes, desaconselhando que pessoas eurodescendentes frequentem esse *locus*, a providência pode ser aplaudida porque recebida como uma resposta a uma suposta dívida histórica, porém, também corre o risco de ser repudiada porque compreendida como uma segregação criminosa e até configuradora de um delito equiparado a hediondo (racismo). Note-se que a controvérsia não recai sobre casos limítrofes ou assemelhados. O dissenso não versa, por exemplo, sobre ser um fato considerado crime ou contravenção penal. A confusão opera-se entre extremos. Como um único fato pode ser decodificado, simultaneamente, como revestido de humanidade e hediondez? A resposta é objetiva: o relativismo cultural transformou uma sociedade total em uma sociedade plural, esfacelando consensos até então hegemônicos. Mais do que isso, as

¹ BARROSO, Luís Roberto. A Razão Sem Voto: o Supremo Tribunal Federal e o Governo da Maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília, v. 5, p. 23-50. Número Especial, 2015, p. 31.

² BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., p. 31.

³ DWORKIN, Ronald. **Is Democracy Possible Here?** Principles for a New Political Debate. Princeton University Press, 2006. pp. 01. O jusfilósofo chega a apontar a existência de uma cultura vermelha (comum aos eleitores do Partido Republicano) e de uma cultura azul (própria dos eleitores do Partido Democrático), revelando que, para além das profundas diferenças políticas e religiosas, há quem reconheça até mesmo predileções gastronômicas predominantes em cada um desses grupos. (DWORKIN, Ronald. Op. Cit., pp. 03-04).

frações sociais disputam entre si a interpretação constitucional que deverá prevalecer, vale dizer, travam uma batalha para atribuir o significado da Constituição.

É nesse pano de fundo que surgem os chamados desacordos morais, divergências cuja resolução é sempre desafiadora⁴. Por exemplo, a (im)possibilidade de casamento gay foi decidida pela Corte Constitucional de Taiwan e pela Suprema Corte dos Estados Unidos, mas a mesma controvérsia foi submetida a um referendo na Romênia e a uma deliberação parlamentar na França e na Irlanda. O acerto ou desacerto da descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal foi decidido pela Corte Constitucional da Geórgia, ao passo que, no Uruguai, a medida foi implementada por lei.

Em tese, é possível solucionar um desacordo moral de múltiplas maneiras. Em alguns países, essas medidas são decididas por plebiscito ou referendo. Em outras nações, o consenso é alcançado por meio da elaboração de uma lei. Finalmente, em casos mais insólitos, há quem defenda que providências dessa natureza sejam determinadas por uma Corte Constitucional, apesar dos desafios deste empreendimento⁵. Cada uma dessas vias será examinada, com suas respectivas consequências.

Evidentemente, em algum momento, o Poder Público é chamado a pronunciar-se a respeito dessas controvérsias, mas nem sempre o posicionamento institucional adotado é bem recebido pelo corpo social. A depender de inúmeras causas, concausas e condições, a resposta dada pelo Estado pode inflamar reações hostis e, em casos mais extremos, gerar até mesmo uma verdadeira convulsão social. Essa relação dialética é exatamente o pano de fundo deste trabalho, que tem como epicentro aquilo que os juristas norte-americanos denominaram de *backlash*.

⁴ No Brasil, o tema dos desacordos morais razoáveis foi mencionado, por exemplo, no Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 845.779. Nesse caso, o Eminentíssimo Ministro Luiz Fux pediu vistas porque, na sua ótica, a (im)possibilidade de um transexual utilizar o banheiro feminino, em um *shopping center*, traduziria exatamente um desacordo moral razoável.

⁵ No Brasil, Luís Roberto Barroso sustenta que os desacordos morais apresentam-se como *hard cases*, casos despidos de uma solução “pré-pronta” a ser oferecida pelo ordenamento jurídico. Segundo ele, os Tribunais não apenas podem resolver esses casos, como desfrutam de uma liberdade metodológica mais ampla que aquela exercida nos chamados “casos fáceis” (BARROSO, Luís Roberto. *A Razão Sem Voto: o Supremo Tribunal Federal e o Governo da Maioria*. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília, v. 5, p. 23-50. Número Especial, 2015, p. 32). O tema será abordado a tempo e a modo.

Alguns estudos têm avaliado quem deveria solucionar desacordos morais: se um Parlamento, uma Corte ou até mesmo ambos, nesse caso, em um diálogo institucional⁶. Não se pretende, nesta dissertação, prescrever quem deve fazê-lo (abordagem prescritiva), mas sim descrever avalorativamente as consequências dessa escolha, no que diz respeito à reação social (abordagem descritiva). Descabe, desse modo, repisar a (i)legitimidade democrática do protagonismo de juízes ou de legisladores. O objeto desta investigação é a interação não amigável entre sociedades e Tribunais ou entre sociedades e parlamentos, não uma relação interinstitucional (entre os Poderes). O escopo é aferir quem é capaz de promover transformações sociais, avançando para elucidar quem reúne condições de fazê-lo com o menor impacto reativo. O mais comum tem sido indagar se seria democraticamente legítimo a um Tribunal solucionar desacordos morais, não obstante, antes de questionar esse aspecto, é essencial avaliar se magistrados realmente são capazes de pacificar controvérsias sensíveis, promovendo uma adequada assimilação social.

Em suma, servindo-se do Direito Constitucional, da Historiografia, da Ciência Política empírica, da Psicologia Social e da Psicologia Coletiva⁷, o desiderato é testar a desenvoltura da tese de Gerald Rosenberg sobre o fenômeno do *backlash*, verificando o seu transplante para o Brasil do século XXI. A tese de Rosenberg pode ser resumida na ideia de que Tribunais dificilmente promovem mudanças sociais. Isso porque, mais do que meramente não legitimados para tal, eles não estariam capacitados para essa missão. Logo, na melhor das hipóteses, as Cortes secundariam mudanças sociais já operadas por outros ramos, a exemplo

⁶ Esse objetivo já foi atingido elegantemente por Conrado Hübner, na sua primorosa tese de doutoramento (USP). Em suma, na Teoria dos Diálogos Institucionais, nota-se um comportamento dialógico entre os Poderes da República, que migram de uma postura adversarial para um patamar cooperativo. Foge-se do raciocínio binário “Corte ou Parlamento”, que é eminentemente disjuntivo (“ou”), para alcançar uma solução diversa, de natureza aditiva (“e”). A ideia é de aprimoramento mútuo. Na sobredita tese, para Conrado Hübner, este novo marco teórico “elevaria a capacidade epistêmica da democracia” e tornaria a separação dos Poderes sensível “ao bom argumento”. Na visão deste autor, os desacordos a respeito de temas como aborto, drogas, casamento gay e eutanásia seriam assimilados por uma atuação conjunta das Instituições, o que inclui tanto o Parlamento quanto os Tribunais (MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. Tese de Doutorado. Departamento de Ciência Política, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008).

⁷ A Psicologia Coletiva é comumente estudada como um ramo do tronco da Psicologia Social, porém, é de se reconhecer a sua autonomia e dignidade científicas. Com apoio nos escritos de Pierre Mannoni, extrai-se que a Psicologia Coletiva é historicamente mais antiga que a Psicologia Social. Segundo este psicólogo francês, a Psicologia Coletiva pode ser compreendida como a “[...] disciplina cujo objetivo é apreender todos os fenômenos psicológicos com caráter colectivo, quer sejam coerentes quer desestruturantes, envolvendo todos os mecanismos conscientes e inconscientes que constituem a vida das sociedades, quer estes mecanismos digam respeito a massas estáveis quer a multidões ligadas de forma passageira, bem como as relações destes conjuntos humanos com os seus condutores” (MANNONI, Pierre. **A Psicologia Colectiva**. Portugal: Publicações Europa-América, 1988, pp. 18-19). Diferentemente, é possível que a Psicologia Social se ocupe, por exemplo, de uma relação interpessoal de um indivíduo (ego) com o seu semelhante (alter), não havendo, portanto, uma relação coletiva propriamente dita, mas sim social.

do Legislativo e do Executivo⁸. Exatamente em razão do efeito *backlash*, quando Tribunais se esmeram em promover revoluções sociais, a providência pode traduzir “um passo adiante e dois passos para trás”⁹.

No primeiro capítulo, o *backlash* é considerado em si mesmo, investigando-se-lhe no que toca à origem e a um adequado conceito. Analiticamente, o fenômeno social passa a ser decomposto em partes essenciais, quais sejam: quem se insurge, em face de quem se insurge e contra o que se opera essa insurgência. Neste capítulo, algumas decisões são cotejadas, inclusive aquelas proferidas por juízos singulares.

No segundo capítulo, o *backlash* é compreendido a partir dos diferentes marcos teóricos, notadamente o Minimalismo Judicial, o Constitucionalismo Popular, o Constitucionalismo Democrático e a Análise Econômica do Direito. Especificamente na análise econômica, demonstra-se que o *backlash* pode fazer com que até mesmo instituições produtivas levem uma sociedade à pobreza.

No terceiro capítulo, o *backlash* é investigado sob uma perspectiva dinâmica, ou seja, em movimento. Afere-se, cronologicamente, como esse fenômeno social se desenvolve, apontando etapas lineares que indiquem um começo, meio e fim: por exemplo, decisão controversa, profunda insatisfação social, protestos, eleição de parlamentares hostis ao precedente, reações legislativas e sepultamento da decisão controversa. O objeto, portanto, é o processo evolutivo do *backlash*. Neste momento da dissertação, algumas pesquisas de opinião pública são apresentadas, para permitir uma melhor cognição da sociedade brasileira.

No quarto capítulo, a partir de uma observação empírica, catalogam-se as principais maneiras pelas quais esse fenômeno social tem se exteriorizado na prática, identificando-se pelo menos 10 (dez) formas diferentes de uma sociedade rebelar-se contra uma decisão. Por exemplo, no caso *Kelo*, o principal modo de exteriorização foi a reação legislativa. Pela sua importância, algumas exteriorizações são aprofundadas em tópicos próprios, como a desobediência civil e as alterações na composição dos Tribunais. Esse catálogo de exteriorizações tem uma utilidade específica neste trabalho: cada exteriorização é vista como um sintoma e, se analisadas em conjunto, fornecem um seguro diagnóstico sobre a (in)ocorrência do *backlash*. Mais do que isso, por meio desse catálogo, elabora-se uma

⁸ ESKRIDGE JR., William N. Backlash Politics: How Constitutional Litigation Has Advanced Marriage Equality in The United States. **Boston University Law Review**, v. 93, pp. 275-323, 2013, pp. 277.

⁹ ESKRIDGE JR., William N. Op. Cit., pp. 277.

morfologia de impacto, gradual e progressiva, que mede a força ou o impacto de um *backlash*. A ideia é que, medindo-se numericamente o dano advindo desse fenômeno, comparações sejam facilitadas.

No quinto capítulo, uma importante ferramenta de pesquisa é desenvolvida e apresentada. Calcula-se um indicador de impacto *backlash*, expressão numérica que permite importantes comparações medidoras da intensidade dessa reação social. Ao final, o valor numérico encontrado viabiliza uma classificação quanto ao *status: backlash* de baixo impacto, de médio impacto e de alto impacto.

No sexto capítulo, o escopo é demonstrar o baixo impacto social oriundo de desacordos morais solucionados por mecanismos democráticos, a exemplo da lei, do plebiscito e do referendo. Trata-se da primeira hipótese deste trabalho, que será levantada por meio de exemplos extraídos de experiências internacionais, em um raciocínio indutivo. Noutras palavras, observando-se empiricamente o comportamento social diante de decisões tomadas pelo Legislativo ou pelo povo (consultas populares), pode-se chegar à hipótese de que esta via implica um custo social mais modesto quando se trata de efetuar mudanças na sociedade.

No sétimo capítulo, busca-se evidenciar, comparativamente, o elevadíssimo impacto social causado por juízes e Tribunais, quando estes se aventuram na tentativa de promover transformações sociais. Cuida-se da segunda hipótese. Aponta-se a existência de um gatilho invisível, que é acionado quando desacordos morais são precipitados na arena judicial, deflagrando-se o fenômeno conhecido como *backlash*. A análise é feita por meio da coleta de precedentes historicamente conhecidos pela repulsa social que originaram, sendo 6 (seis) deles da Suprema Corte norte-americana, 1 (um) proveniente da Corte Constitucional alemã e 1 (um) oriundo da Corte Constitucional da Georgia (Leste Europeu), totalizando 8 (oito) notáveis decisões. Estas serão tidas como tipos ideais. Valendo-se da contribuição de constitucionalistas, historiadores e psicólogos sociais, cada decisão é cuidadosamente avaliada, no que concerne à hostilidade social que despertaram. Para apontar uma relação de causalidade entre as decisões e as reações sociais, perfilha-se a concepção do historiador francês Marc Bloch, para quem não há como escapar ao raciocínio metodológico de ponderar fatos históricos como componentes de uma grande corrente de causa e efeito¹⁰. Assim, as

¹⁰ BLOCH, Marc. **A Apologia da História ou o Ofício de Historiador**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002, p. 155.

decisões judiciais controversas e suas respectivas reações sociais serão apreciadas e testadas como componentes de uma cadeia causal¹¹.

Por fim, no oitavo capítulo, o *backlash* é estudado no contexto brasileiro, traçando-se um nexó etiológico entre as decisões do STF proferidas no início do Século XXI e a sua influência na alteração do perfil do Congresso Nacional e da Presidência da República, à vista de inúmeros dados quantitativos.

¹¹ O desafio da análise de causação, isto é, de avaliar o nexó de causa e efeito entre decisões judiciais e os fatos sociais supostamente por elas desencadeados foi percebido por Gerald Rosenberg. Segundo ele, é difícil isolar os efeitos das decisões dos tribunais de outros eventos que possivelmente também concorreram para transformações sociais. (ROSENBERG, Gerald N. **The Hollow Hope**. Can Courts Bring About Social Change? Second Edition. The University of Chicago Press, 2008, pp. 07). O Professor de Chicago apresenta uma metodologia para auxiliar nesse empreendimento, que será acolhida nesta dissertação, por ocasião da análise dos estudos de caso.

1 ORIGEM, CONCEITO E DECOMPOSIÇÃO ANALÍTICA DO *BACKLASH*: QUEM, EM FACE DE QUEM E CONTRA O QUÊ

A História revela um possível e provável nexos etiológico entre posicionamentos judiciais em questões controversas e uma enfurecida revanche por parte do grupo cujos interesses foram atingidos pela decisão. É como se houvesse um gatilho político invisível, que é acionado sempre que Tribunais se precipitam em desacordos morais sensíveis, ainda não amadurecidos pela sociedade. Assim, quando uma decisão inflama ressentimentos sociais, deflagrando reações hostis, tem sido comum falar em efeito *backlash*.

O fenômeno não passou despercebido por Richard Posner, que suscitou, por meio de perguntas semânticas, se não haveria uma relação de causa e efeito entre as decisões “garantistas” da Corte de Warren e a superveniência de uma legislação penal mais severa¹². Trilhando um raciocínio similar, Ronald Dworkin relata que muitos analistas associam a beligerância do tema do abortamento à maneira pela qual esse direito veio a ser proclamado: uma decisão na arena judicial (*Roe v. Wade* - 1973), e não no Parlamento¹³. Igualmente, sustentando quase que a existência de uma implicação lógica (Se A, então B), Cass Sunstein pontua que “se as Cortes decidirem de certa maneira em determinados casos, a indignação pública pode afetar significativamente as políticas nacionais e minar a própria causa que a decisão está tentando promover”.¹⁴ Na mesma linha de compreensão, Michael Klarman, referindo-se ao fenômeno do *backlash*, preceitua que “decisões dos Tribunais em questões altamente controversas, que produzem resistência massiva para serem cumpridas, indiscutivelmente retrocedem a causa que aparentam avançar, pelo menos a curto prazo, e possivelmente têm efeitos maiores, muitas vezes, imprevisíveis, na política”¹⁵. William Eskridge, ancorado nas ideias de Gerald Rosenberg, afirma que, “quando Tribunais inovam

¹² Did the Warren Court's decision expanding the constitutional rights of criminal defendants contribute to the increase in the crime rate in the 1960s and 1970s and provoke a legislative *backlash*, increasing the severity of sentences? (POSNER, Richard A. *Against Constitutional Theory*. **New York University Law Review**, v. 73, April 1998, Number 1, pp. 12).

¹³ DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida**. Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016, p. 06.

¹⁴ SUNSTEIN, Cass R. *Backlash's Travels*. **University of Chicago Public Law & Legal Theory**. Working Paper N°. 157, 2007, pp. 01. No original: “If the Court rules in a certain way in such cases, public outrage could significantly affect national politics and undermine the very cause that the ruling is attempting to promote”.

¹⁵ KLARMAN, Michael. Courts, Social Change, and Political Backlash. In: **Hart Lecture at Georgetown Law Center**, March 31, 2011 – Speaker’s Notes, p. 02. Disponível em: <<http://tinyurl.com/bz4cwqk>>. Acesso em: 01 jul. 2017, pp. 02. No original: “Court decisions on highly charged issues that produce massive resistance to ruling, arguably set back the cause that the decision seems to advance, at least in the short term, and possibly have larger, often unpredictable effects on politics as well”.

por meio do reconhecimento de importantes direitos constitucionais, eles não são apenas ineficazes, mas contraproducentes, porque desviam a energia dos movimentos sociais de canais mais produtivos e produzem *backlash* em enérgicos contra-movimentos”¹⁶. Avaliando o período ativista e progressista da Suprema Corte norte-americana, que ficou conhecido como Corte de Warren (1953-1969), Sergio Moro preceitua: “A reação à Corte de Warren não tardou. Sucessivas indicações de juízes conservadores por presidentes republicanos (Nixon e Reagan) culminaram por afastar a Suprema Corte do caminho iniciado por Warren”¹⁷. Por fim, em um determinado contexto, Kleinlein e Petkova chegam a considerar o *backlash* como um “[...] resultado altamente provável, se não inevitável”¹⁸.

Segundo Kleinlein e Petkova, a gênese da narrativa do *backlash* foi feita na obra “*The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Changes?*”, em 1991, escrita por Gerald N. Rosenberg e que reavaliou o legado da Corte de Warren¹⁹. A partir de então, até mesmo juristas que se consideravam “progressistas” passaram a temer o fenômeno, o que os levou a sustentarem o minimalismo judicial ou até mesmo o constitucionalismo popular.

O fato é que a palavra *backlash* sofreu uma série de transformações semânticas ao longo dos anos. Em um interessante apanhado realizado por Robert Post e Reva Siegel²⁰, da *Yale Law School*, o vocábulo, segundo o Dicionário de Oxford, significava uma espécie de pane mecânica nas rodas. A expressão também passou a ser empregada para designar um incidente indesejável no molinete de uma vara de pescar. Como anotam os autores, em todos os contextos, o *backlash* traduzia “efeitos indesejáveis e contraproducentes”.

Com o passar do tempo, por volta da metade do século XX, a palavra aproximou-se do seu significado utilizado nos domínios do Direito Constitucional, sendo entendida como uma reação da opinião pública a controvérsias políticas. Já nesse contexto mais próximo do atual, historicamente, o termo *backlash* foi percebido como uma reação às lutas por direitos civis, a exemplo dos direitos fundamentais dos negros norte-americanos (“*white backlash*”) e das

¹⁶ ESKRIDGE JR., William N. Backlash Politics: How Constitutional Litigation Has Advanced Marriage Equality In The United States. **Boston University Law Review**. v. 93:275, pp. 275-323, 2013, pp. 277.

¹⁷ MORO, Sergio Fernando. A Corte Exemplar: Considerações sobre a Corte de Warren. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 36, p. 337-356, 2001, p. 353.

¹⁸ KLEINLEIN, Thomas; PETKOVA, Bilyana. Federalism, Rights, and Backlash in Europe and the United States. **International Journal of Constitutional Law (I.CON)**, Oxford University Press, v. 15, n. 4, pp. 1066–1079, 2017. pp. 1074.

¹⁹ Op. Cit., pp. 1073.

²⁰ POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, vol. 42, pp. 373-433, 2007, pp. 388.

mulheres (*backlash* como reação ao feminismo). É importantíssimo fazer esse registro histórico, porque, até os dias de hoje, muitos ainda insistem em empregar o termo *backlash* como se estivessem aprisionados no século XX, ou seja, somente compreendem a expressão de maneira pejorativa e designadora de algo intrinsecamente hostil a direitos fundamentais. Com esse tipo de pré-compreensão, ofusca-se a análise científica de um fenômeno tão multifacetado.

Em parte, há uma razão para essa opinião precoce e desatualizada. É de se admitir que, durante algum tempo, o *backlash* foi instrumentalizado por setores mais conservadores da sociedade, que fizeram dele um espantalho para amedrontar iniciativas “progressistas” na arena judicial. Exatamente para inibir e atemorizar tentativas de solucionar desacordos morais nos Tribunais, juristas conservadores usaram o *backlash* como um Golias, supostamente invencível, transmitindo a ideia de que seria mais sábio não se aventurar a enfrentá-lo. O uso estratégico do *backlash* nessa guerra cultural apavorou alguns juristas “progressistas”, mas esse artifício ideológico também gerou um sentimento de aversão e repulsa, que, entre parte dos estudiosos, parece perdurar até os dias hodiernos²¹.

Pois bem. Feita essa advertência inicial, que tem como fim colimado desgarrar o fenômeno do *backlash* do contexto histórico-social em que ganhou notoriedade, é hora de avançar. Na lição de Post e Siegel, o efeito *backlash*, em um sentido político-social, consiste em um rechaçamento de mudanças que ameaçam o *status quo*.

Backlash veio a designar forças contrárias desencadeadas por mudanças ameaçadoras do *status quo*. Cientistas sociais começaram a se referir àquilo que Seymour Martin Lipset e Earl Raab rotularam de ‘política do retrocesso’, que ‘pode ser definida como a reação de grupos que estão em declínio em termos de

²¹ Ilustrando esse sentimento de aversão e repulsa pelo *backlash*, mesmo no século XXI, convém transcrever as palavras incisivas da jurista mexicana Francisca Pou Giménez (original sem destaques): “**Before sounding the trumpets of imminent state backlash**, therefore, it is important to see that contemporary Latin American ‘open’ constitutional frameworks restrict the range of considerations that can be meaningfully resorted to: sovereignty arguments before the Inter-American Court have no place; arguments denying the enforceability of social rights have no place; and evolving interpretation is a daily occurrence. This suggests the direction eventual ‘reactions’ to the Court should therefore take. While Executive branches can launch campaigns of unprincipled backlash — though **the way they increasingly implicate the Court within their political strategies may eventually reveal their hypocrisy** —, the reaction of high national courts must be principled. Judicial responses to the Inter-American Court based on what national constitutions prescribe must become more sophisticated and should turn directly on which institution better protects rights”. (GIMÉNEZ, Francisca Pou. **Quo vadis, Inter-American Court?** Activism, Backlash and Latin American Constitutionalism, Int’l J. Const. L. Blog, Apr. 11, 2018. Disponível em: <<http://www.i-connectblog.com/2018/04/quo-vadis-inter-american-court-activism-backlash-and-latin-american-constitutionalism-i-connect-column/>>. Acesso em 27 maio 2018).

importância, influência e poder, como resultado de uma mudança endêmica e secular na sociedade (tradução nossa).²²

Veremos, a tempo e a modo, que essa visão de *backlash* ainda parece bastante restrita, na medida em que o fenômeno pode surgir até mesmo para combater decisões que tentam conservar o *status quo*.

Cass Sunstein, por sua vez, fornece um conceito de *backlash* mais aproximado do eixo jurídico, tendo como pano de fundo a jurisdição constitucional. Para ele, trata-se da “intensa e duradoura desaprovação social de uma decisão do Judiciário, acompanhada de medidas agressivas para resistir a esta decisão e remover sua força jurídica”²³.

A definição é útil, mas não compreende as ricas variáveis do fenômeno. Trata-se de um conceito estadunidense de *backlash*, idealizado para a conjuntura da primeira década do século XX, razão pela qual convém, analiticamente, desenvolver um significado universal e que atenda aos tempos mais modernos. Toma-se de empréstimo, pois, o conceito de Cass Sunstein, como um ponto de partida para as digressões que serão realizadas doravante.

1.1 Quem se insurge

O primeiro ponto digno de nota é que, no conceito de Sunstein, não há alusão a uma reação por parte de setores mais conservadores. De fato, *o backlash* não se limita a reações conservadoras, porque, ao contrário da definição fornecida linhas acima por Post e Siegel, nem sempre surgirá contra uma decisão que ameaça o *status quo*. Em tese, ainda que isso seja relativamente incomum, é possível a formação de um *backlash* não conservador, opinião comungada por autores como Kleilein e Petkova²⁴, para quem o *backlash* “progressista” seria

²² POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, vol. 42, pp. 373-433, 2007, pp. 389. No original: “Backlash came to designate counterforces unleashed by threatening changes in the status quo. Social scientists began to refer to what Seymour Martin Lipset and Earl Raab labeled ‘backlash politics,’ which ‘may be defined as the reaction by groups which are declining in a felt sense of importance, influence, and power, as a result of secular endemic change in the society.’”

²³ SUNSTEIN, Cass R. Backlash’s Travels. **University of Chicago Public Law & Legal Theory**. Working Paper n.º. 157, 2007, pp. 01. No original: “Intense and sustained public disapproval of a judicial ruling, accompanied by aggressive steps to resist that ruling and to remove its legal force”.

²⁴ “When national consensus on racial, gender, LGBT, immigration, or regulatory issues unravels [...] Federalism becomes the safety valve for either conservative or progressive backlash” (KLEINLEIN, Thomas; PETKOVA, Bilyana. Federalism, Rights, and Backlash in Europe and the United States. **International Journal of Constitutional Law** (I.CON), Oxford University Press, v. 15, n. 4, pp. 1066–1079, 2017, pp. 1075). Os autores sublinham que a percepção do *backlash* como um instrumento a favor de pautas “progressistas” é atual: “Often theorized as resistance to progressive reforms only, issue-specific backlash now also gives hope to progressives who oppose the Trump administration in the U.S. or categorically reject radical rightwing parties in Europe.” (pp. 1075).

uma esperança para aqueles que resistem contra a Administração de Donald Trump (EUA) ou contra partidos políticos de extrema direita na Europa. A história do constitucionalismo norte-americano também fornece uma ótima ilustração de *backlash* “progressista”, a exemplo das reações ao caso *Bowers v. Hardwick* (1986), quando a Suprema Corte Norte-Americana deixou de pronunciar a inconstitucionalidade de uma lei que criminalizava a sodomia, inflamando uma avalanche de protestos. A pretexto de multar um cidadão americano, um policial dirigiu-se à sua residência e, ao aproximar-se da casa, testemunhou o proprietário mantendo relações sexuais com outro homem, fato este que rendeu ensejo à persecução penal pelo crime de sodomia. Invocando o direito constitucional à privacidade, porquanto surpreendido na intimidade do seu lar, o acusado postulou a invalidação da lei estadual que criminalizava as práticas homossexuais. Contudo, a Suprema Corte se negou a fazê-lo, posicionamento que foi compreendido simbolicamente como um *apartheid* entre heterossexuais e homossexuais. A fração LGBT norte-americana reagiu ao julgado com ira, demonstrando que o *backlash* nem sempre é uma tentativa de conservar o *status quo*, que ataca uma decisão transformadora ou subversiva. O caso narrado evidencia que o *backlash* também pode representar exatamente uma tentativa de mudança do *status quo*, reagindo-se contra uma decisão vocacionada à sua manutenção.

Outro exemplo de *backlash* “progressista” pode ser extraído do caso *Dred Scott v. Sandford* (1857)²⁵, ocasião em que a Suprema Corte Norte-Americana negou a um escravo legitimidade ativa para postular a própria liberdade, sonogando-lhe cidadania. A decisão foi considerada como a mais abjeta da história da Suprema Corte e, nas palavras de João Carlos Souto, “uma das causas remotas da deflagração da Guerra Civil”²⁶. Cuida-se, na espécie, de mais um *backlash* que se levantou contra uma decisão conservadora do *status quo* escravocrata, portanto, que também escapa ao senso comum de que o fenômeno social é sempre proveniente de conservadores e contra algum tipo de progresso.

No Brasil, Katya Kozicki sustenta que a decisão do Supremo Tribunal Federal de considerar recepcionada a Lei de Anistia foi alvo de uma reação *backlash* orquestrada por importantes setores da sociedade, que reagiram à impossibilidade de responsabilização penal dos agentes do Regime Militar (1964-1985) pela prática de tortura e de desaparecimentos

²⁵ 60. U.S. 393.

²⁶ SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos**. Principais Decisões. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 71.

forçados (ADPF 153).²⁷ O *backlash* descrito por Kozicki incluiu “escrachos” no Clube Militar do Rio de Janeiro, alterações de nomes de ruas e prédios, proposições legislativas para revisar a Lei de Anistia, o ajuizamento de ações judiciais por partidos políticos e pelo Ministério Público Federal²⁸. Se adotada a premissa de que a situação narrada realmente traduziu uma reação *backlash*, nota-se que, se havia algo de conservador nesse pano de fundo, certamente foi a decisão do STF (conservou o *status quo* estatuído pela Lei de Anistia, negando-se a desconsiderá-la), não o *backlash* contra o julgado.

Seria fácil prosseguir com mais exemplos, mas também fastidioso. O importante é desvencilhar-se do senso comum teórico de correlacionar, umbilicalmente, *backlash* como um fenômeno social conservador, o que é um erro palmar. Teoricamente, não há uma relação necessária entre *backlash* conservador e decisões “progressistas”, ainda que isso seja frequente. Para a formação de um *backlash* “progressista”, basta que a decisão guerreada reafirme um tradicional estado de coisas e que as medidas que visam à sua desconstrução sejam adotadas por setores que desejam reformar o *status quo*.

Esse simples detalhe no conceito de Cass Sunstein já melhora sensivelmente a qualidade da análise sobre o fenômeno, na medida em que muitos teóricos se aventuram a estudar o *backlash* partindo de pré-compreensões equivocadas, a exemplo da pressuposição de que o fenômeno tem sempre como escopo conservar o *status quo* de classes dominantes ou impedir o direito de minorias. Essa visão maniqueísta e ideológica atrapalha avaliações posteriores.

A despeito da qualidade conceitual ressaltada acima, a definição de Sunstein é insuficiente quando o jurista pretende ir além da ordem jurídica nacional. Com efeito, no plano nacional, o *backlash* é oriundo do descontentamento de cidadãos. Sucede que, modernamente, já é possível falar em um *backlash* internacional. Nessa hipótese, uma das possibilidades é que Cortes domésticas se rebelem contra Cortes Internacionais, em um rude diálogo interjurisdicional. Por exemplo, a jurista mexicana Francisca Pou Giménez faz alusão a um *backlash* estadual, referindo-se aos Estados Nacionais que se opõem às decisões

²⁷ KOZICKI, Katya. *Backlash*: as “Reações Contrárias” à Decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 153. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo de; SILVA FILHO, José Carlos Moreira da; PAIXÃO, Cristiano; FONSECA, Lívia Gimenes Dias da; RAMPIN, Talita Tatiana Dias. **O Direito Achado na Rua**: introdução crítica à justiça de transição na América Latina. v. 7. Brasília: UnB, 2015.

²⁸ KOZICKI, Katya. Op. Cit., p. 194-195.

proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos²⁹. Ilustrativamente, no caso *Fontevecchia* (2011), a Corte Constitucional Argentina repeliu as considerações da Corte Interamericana, o que foi considerado como uma modalidade de “*backlash* estadual”. Segundo Kleilein e Petkova, a Corte de Justiça da União Europeia readequou suas decisões, exatamente para evitar um eventual *backlash* contra a autoridade das suas decisões e contra a própria idealização da união europeia³⁰. No continente africano, o exemplo mais emblemático de *backlash* internacional foi a suspensão do Tribunal da Comunidade de Desenvolvimento da África Austral (SADC), após decisões controversas que envolveram o Zimbabué³¹. Além da possibilidade de reações por parte das Cortes domésticas, o *backlash* internacional também ocorre quando Estados Nacionais se revoltam contra diretrizes ou determinações internacionais. Logo, aqui, não se trata exatamente de uma reação social.

Nesta fase do raciocínio, já é possível perceber que o conceito de *backlash* apresentado por Sunstein, que faz menção a uma “desaprovação social”, simplesmente não compreende e não alcança o contexto das Cortes de Direitos Humanos.

1.2 Em face de quem se insurge

Na definição de Sunstein, o *backlash* é tido como um ato de rebeldia contra decisões “judiciais”. Quanto a esse aspecto, também não é a melhor posição a ser adotada. Na maioria dos casos, o fenômeno social em estudo nascerá contra decisões de uma Corte Constitucional, entidade que usualmente é alheia à intimidade estrutural do Judiciário e posiciona-se acima deste Poder. Ademais, como apontado alhures, a literatura jurídica mais moderna reconhece a existência do fenômeno contra decisões que emanam das Cortes de Direitos Humanos (v.g caso *Fontevecchia* - 2011), que inegavelmente estão fora do organograma do Judiciário. Outrossim, há hipóteses de arranjos institucionais ainda mais específicos, a exemplo do constitucionalismo da Inglaterra, que, durante muito tempo, permitiu ao Parlamento o exercício de funções jurisdicionais. Por exemplo, a Câmara dos Lordes já decidiu que

²⁹ GIMÉNEZ, Francisca Pou. **Quo vadis, Inter-American Court?** Activism, Backlash and Latin American Constitutionalism. *Int'l J. Const. L. Blog*, Apr. 11, 2018. Disponível em: <<http://www.iconnectblog.com/2018/04/quo-vadis-inter-american-court-activism-backlash-and-latin-american-constitutionalism-i-connect-column/>>. Acesso em: 27 maio 2018.

³⁰ KLEINLEIN, Thomas; PETKOVA, Bilyana. Federalism, Rights, and Backlash in Europe and the United States. *International Journal of Constitutional Law (I.CON)*, Oxford University Press, v. 15, n. 4, pp. 1066–1079, 2017, pp. 1071-1072.

³¹ MADSEN, Mikael Rask; CEBULAK, Pola; WIEBUSCH, Micha. Backlash against International Courts: Explaining the Forms and Patterns of Resistance to International Courts. *International Journal of Law in Context*, 14(2), 2018, pp. 4.

indivíduos adultos, que publiquem anúncios onde se disponibilizam para relações homossexuais, podem ser condenados pela acusação de conspirar para corromper a moral pública³². Em outra ocasião, a Câmara dos Lordes entendeu que relações sexuais sadomasoquistas consentidas pelos envolvidos estariam proibidas no Reino Unido³³. Em tese, tais decisões poderiam perfeitamente desafiar uma reação *backlash*, mesmo sendo oriundas de uma entidade completamente estranha ao Judiciário. Só por isso, por uma questão de rigor metodológico e conceitual, já seria tecnicamente equivocado definir o *backlash* como uma reação contrária a decisões judiciais, na medida em que um conceito adequado também deve ser capaz de designar reações a entidades quase judiciais (Comissão Interamericana de Direitos Humanos) ou não judiciais (Câmara dos Lordes, Cortes Constitucionais etc.).

O senso comum também pode levar à precipitada conclusão de que o *backlash* só é desencadeado por decisões de Tribunais hierarquicamente mais elevados, o que é um erro palmar. Figure-se, por exemplo, que um Tribunal de Justiça se posicione a respeito da constitucionalidade de uma lei editada por um populoso Município, capital de um Estado (v.g lei municipal de São Paulo). Admitamos que o referido diploma proíba a doutrinação político-partidária de alunos da rede pública e municipal de ensino. Eventual manifestação quanto à (in)constitucionalidade da norma descrita tem, sim, potencial para deflagrar uma revolta social de magnitude suficiente para ser concebida como um *backlash*. A própria história já se encarregou de fornecer exemplos, como se percebe no *backlash* endereçado contra *Baehr v. Lewin* (1993), decidido pela Suprema Corte do Hawaii (EUA), assim como em face de *Goodridge v. Department of Public Health* (2003), decisão que adveio do Tribunal de Massachusetts (EUA). Em ambas, o posicionamento favorável ao casamento gay inflamou reações sociais das mais hostis. Logicamente, há uma estreita correlação entre o modelo de federalismo constitucionalmente adotado e o risco de *backlash* gerado por um Tribunal estadual.

Avançando-se nas digressões, é possível colher na doutrina alusões a um *backlash* contra medidas do Legislativo e do Executivo, ainda que não desempenhem atipicamente a função jurisdicional³⁴. Klarman sustenta que haveria uma menor propensão para o surgimento do efeito *backlash* diante de “decisões” do Legislativo e do Executivo, diferentemente do que

³² *Kneller (Publishing, Printing and Promotions) Ltd. v. Director of Pub. Prosecutions*, [1973] A.C. 435 (1972).

³³ *House of Lords R. v. Brown* – 1993.

³⁴ Já foi visto que, em arranjos institucionais específicos, a exemplo do constitucionalismo inglês, o Legislativo já teve a oportunidade de desempenhar funções substancialmente judiciais. Aqui, o exemplo é de reações *backlashes* a medidas típicas do Legislativo, quais sejam, as próprias leis.

ocorreria perante decisões judiciais, que seriam mais propensas à reação em estudo³⁵. Essa visão é questionada por Post e Siegel, para quem não haveria, necessariamente, uma maior suscetibilidade de *backlash* em decisões do Judiciário, comparativamente a decisões do Parlamento ou do Executivo. Ora, como se percebe, ao efetuarem essa comparação, os professores de Harvard e de Yale estão admitindo, portanto, o uso da expressão também para designar reações contra medidas legislativas e administrativas. Uma boa ilustração é fornecida por William Eskridge, quando considera que a medida adotada pelo Parlamento de Vermont (EUA), quando reconheceu a união civil entre pessoas do mesmo sexo, desencadeou uma reação *backlash*³⁶.

No Brasil, alguns estudos defendem que algumas decisões do Tribunal de Contas da União originaram uma reação *backlash*, o que pode ser considerado um exagero. Como observa Thiago Cardoso Araújo³⁷, incumbe ao Tribunal de Contas da União o papel de dar coesão ao sistema de controle de contas, razão pela qual seus posicionamentos devem ser observados pelos demais entes federativos. É o que se vislumbra, por exemplo, no que concerne à correta interpretação acerca das normas gerais de licitação (Súmula n.º 222, TCU). Nesse pano de fundo, segundo Thiago Araújo:

[...] os demais agentes institucionais passam a atuar reativamente à jurisprudência do órgão e alteram o quadro normativo, dialogando com o ponto de vista do Tribunal. [...] Contudo, o diálogo nem sempre se revela em concordância. Por vezes, as transformações normativas acabam implicando o fenômeno denominado pela doutrina estadunidense de *backlash*, repelindo a visão da Corte de Contas.

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

³⁵ POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, vol. 42, pp. 373-433, 2007, pp. 392.

³⁶ ESKRIDGE JR, William N. Backlash Politics: How Constitutional Litigation Has Advanced Marriage Equality in The United States. **Boston University Law Review**, v. 93, pp. 275-323, 2013, pp. 300.

³⁷ ARAÚJO, Thiago Cardoso. Função Pedagógica na Jurisprudência do TCU e Retroalimentação Legislativa. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 15, n. 58, p. 9-30, jul./set. 2017, p. 9-10. Por uma questão de rigor científico e atenção ao trabalho examinado, percebe-se que, pouco depois, o autor descreve o mesmo fenômeno como algo “similar ao *backlash*”, mas não exatamente igual a ele (original sem destaques): “Ao inovar no ordenamento, ‘desdizendo’ a posição da Corte de Contas, o Poder Legislativo acaba por incorrer em fenômeno bastante **similar ao backlash**, o que pode acabar oxigenando a prática administrativa, não tendo uma necessária carga negativa” (2017, p. 08). Thiago Araújo exemplifica o fenômeno, ao aduzir que “parte da legislação recente em temas como obras públicas, licitações, concessões e PPPs se deu de forma reativa à jurisprudência do órgão” (2017, p. 16). Como se nota, a palavra *backlash* foi empregada nesse trabalho científico como designadora de uma *reação legislativa*, no contexto de diálogos institucionais. Thiago Araújo, por fim, encaixa o fenômeno “similar ao *backlash*” em um gênero que batiza de “retroalimentação legislativa” (que tanto compreende a lei que reverbera quanto aquela que reage à decisão do TCU).

Também é um erro supor que o *backlash* sempre nasce para contestar decisões colegiadas de Tribunais. O mais rotineiro é que o seja, contudo, mais uma vez, generalizar o que é usual atrapalha a interpretação científica desse fenômeno, que pode perfeitamente ocorrer contra decisões proferidas por juízos singulares. Em tese, nada impede que a decisão de um único juiz desencadeie o *backlash*, por exemplo, quando, em uma ação coletiva, um magistrado bloqueia nacionalmente o uso de um aplicativo de conversação ou quando se manifesta de maneira leniente em um processo midiático que verse sobre crimes sexuais. O exemplo perfeito de *backlash* contra a decisão de um único julgador pode ser verificado no Estado da Califórnia (EUA), onde o juiz Aaron Persky, após condenar um acusado de estupro a uma pena considerada excessivamente branda (6 meses), sofreu um *recall* e foi removido do cargo³⁸. A opinião pública desfavorável à sentença ganhou corpo e convolou-se em um brutal *backlash*, desaguando no primeiro *recall* de um Juiz, na Califórnia, em 80 (oitenta) anos. Conforme amplamente noticiado no Jornal norte-americano *New York Times*, que expressamente se referiu ao episódio como um *backlash*, em apenas quatro meses, os legisladores da Califórnia alteraram a legislação penal, estipulando um piso nas penas que sancionam crimes sexuais dessa natureza. A propósito, o magistrado atuava no Tribunal Superior do Condado de Santa Clara desde o ano de 2003, de onde foi removido por quase 60% dos votos. Também é simbólico mencionar que o Juiz foi substituído por uma Promotora, supostamente porque ela estaria mais propensa a adotar posturas mais rígidas em casos similares. A campanha para a colheita das assinaturas adveio de uma Professora de Direito de Stanford, Michele Dauber, do Senador Kirsten Gillibrand, dentre outros. Dauber também proferiu uma declaração emblemática, no sentido de que, doravante, pretensos postulantes ao cargo de juiz devem estar atentos para o fato de que a violência contra a mulher é, acima de tudo, uma questão eleitoral e, portanto, se quiserem o voto das mulheres progressistas do partido democrático, deverão levar essa questão a sério. Como se percebe, o fenômeno sugere um possível *backlash* progressista punitivista, o que despertou o receio de alguns analistas, que temem que o punitivismo seja adotado como tendência, mesmo em casos em que não demandariam esse rigor. Em sua defesa, o Juiz admitiu que, às vezes, o cumprimento da lei pode ser algo impopular, mas que ele devia fidelidade ao seu juramento

³⁸ O instituto do *recall* está previsto no art. 2, Seção 13 e seguintes, da Constituição do Estado da Califórnia. Disponível em: <https://law.justia.com/constitution/california/article_2.html>. Acesso em: 09 jun. 2018.

de cumpri-la, sem considerar a opinião pública ou as suas pré-compreensões forjadas ao tempo em que atuou como promotor³⁹.

O mesmo fenômeno ocorreu na Espanha, quando José Francisco Cobo, Juiz espanhol, tipificou de maneira leniente a conduta de um grupo de jovens (“*La Manada*”) acusados de terem estuprado uma garota na Festa de São Firmino de 2016. Milhares de mulheres, em todo o país, foram às ruas gritar palavras de ordem⁴⁰. Por fim, o Brasil vivenciou um episódio similar, quando José Eugênio do Amaral Souza Neto, Juiz de Direito do Estado de São Paulo, afirmou não ter havido constrangimento na conduta do agente que ejaculou no pescoço de uma jovem, no interior de um ônibus, razão pela qual não valorou os fatos como se eles traduzissem um estupro, mas sim uma importunação ofensiva ao pudor.⁴¹ A Associação dos Magistrados Brasileiros considerou que o Juiz foi “hostilizado de maneira impiedosa pela imprensa e pelas redes sociais”, ao passo que a Associação Paulista de Magistrados asseverou ter sido o referido agente público “atacado de maneira vil e covarde na imprensa e em redes sociais”, aduzindo ainda que ele foi submetido a um “linchamento moral”⁴². Como reação legislativa a essa decisão, o Congresso Nacional editou a Lei n.º 13.718, de 24 de setembro de 2018, que, dentre outras medidas, tipificou o crime de importunação sexual, um desfecho quase idêntico àquele acontecido no Estado da Califórnia (EUA). Os exemplos são suficientes para demonstrar o que se pretende: o *backlash* não se restringe a Tribunais, embora eles sejam o campo mais fértil para o seu nascedouro.

Infere-se que o vocábulo *backlash* tem sido empregado para designar reações contra leis, medidas de governo, decisões do Judiciário (juízes ou Tribunais), Cortes Constitucionais, Cortes de Direitos Humanos e até de Tribunais administrativos. Coloquialmente, é possível até mesmo reconhecer a possibilidade de um *backlash* em face de decisões particulares, desde

³⁹ Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2018/06/06/us/politics/judge-persky-brock-turner-recall.html>>. Acesso em: 09 jun. 2018.

⁴⁰ Os fatos foram veiculados pelo Jornal espanhol El País. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/04/26/internacional/1524720102_942551.html>. Acesso em: 10 jun. 2018.

⁴¹ O incidente foi abordado pelo Jornal brasileiro Folha de São Paulo. Consoante a decisão judicial, “Entendo que não houve constrangimento, tampouco violência ou grave ameaça, pois a vítima estava sentada em um banco de ônibus, quando foi surpreendida pela ejaculação do indiciado”. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/08/1914307-justica-libera-suspeito-de-estupro-em-onibus-na-avenida-paulista-em-sp.shtml>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

⁴² As notas públicas de apoio foram divulgadas pela Revista Consultor Jurídico, publicada em 02.09.2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-set-02/juizes-defendem-colega-soltou-homem-ejaculou-passageira>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

que o particular faça as vezes do Poder Público⁴³, a exemplo da majoração da tarifa dos transportes públicos, em R\$ 0,20 (vinte centavos), no Brasil, durante o ano de 2013, que fez eclodir as chamadas Manifestações de Junho.

Com apoio nas considerações tecidas, conclui-se que a propensão para gerar o *backlash* é sobretudo maior em Cortes Constitucionais, mas, migrando-se da probabilidade para a possibilidade, qualquer decisão tem, *prima facie*, idoneidade para originar essa reação, até mesmo aquelas proferidas por sodalícios administrativos, a exemplo do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) ou do Tribunal Marítimo. É possível, mas não é provável.

1.3 Contra o quê se dá a insurgência

A regra é que o *backlash* seja desencadeado contra decisões jurisdicionais, porém, é interessante perceber que, em tese, o fenômeno pode nascer como uma reação em face de atos consultivos. Às vezes, as Cortes reúnem competências jurisdicionais e consultivas, a exemplo do Tribunal Superior Eleitoral, dos Tribunais de Contas e da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Nesse último caso, por exemplo, a Opinião Consultiva n.º 24/2017, que versa sobre direitos da fração LGBT da sociedade⁴⁴, teria uma aptidão modesta para ser enfrentada com alguma hostilidade pelos governos mais conservadores. Essa é a opinião de Francisca Pou Giménez, para quem a referida opinião consultiva foi uma medida ousada e até ativista da Corte Interamericana, exatamente porque teve a pretensão de conformar o ordenamento de inúmeros Estados soberanos.

Na verdade, o *backlash* depende muito mais da aptidão para decidir de maneira heterônoma que propriamente de quem decide ou de que documento veicula o conteúdo decisório. No Brasil, a habilitação dos pretensos nubentes deve ser feita perante o Oficial de Registro Civil, ouvido o Ministério Público (art. 1526, Código Civil). Ambos devem aquilatar as formalidades legais de quem pretende convolar núpcias, ou seja, casar. Se uma dessas autoridades impugnar, por exemplo, a habilitação de um casal gay, justificando a impugnação

⁴³ Nem toda hostilidade ou insatisfação social deve ser interpretada como *backlash*. Marta Russel esclarece que, nos Estados Unidos, as campanhas mais hostis contra o Estatuto da Pessoa com Deficiência (*Americans with Disabilities Act - ADA*) são realizadas pelo setor empresarial. No entanto, a autora esclarece que, nem por isso, é possível falar, *tecnicamente*, em *backlash* (RUSSEL, Marta. *Backlash, the Political Economy, and Structural Exclusion*. 21 *Berkeley Journal of Employment & Labor Law*, L.35, 2000, pp. 335).

⁴⁴ Gender Identity, and Equality and non-Discrimination to Same-Sex Couples - November 24, 2017.

na interpretação filológica do texto constitucional, tais manifestações têm aptidão para desencadear um *backlash* progressista⁴⁵.

A Resolução n.º 175 do Conselho Nacional de Justiça, que determinou aos cartórios que reconhecessem o casamento entre pessoas do mesmo sexo, igualmente desafiou um *backlash* conservador. Isso porque o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união civil homossexual (ADI 4277/DF e ADPF 132/RJ), iniciativa menos ousada, que pode ter sido cuidadosamente calculada pelos Ministros, exatamente para prevenir um possível efeito *backlash*, à semelhança dos cuidados estratégicos adotados pela Suprema Corte de Vermont (EUA), no caso *Baker v. State*⁴⁶, e em conformidade com a orientação de muitos especialistas. Nesse julgado, o Tribunal afirmou que excluir casais gays dos direitos e deveres reconhecidos legalmente às famílias violava a constituição estadual, porém, valendo-se de um verdadeiro apelo ao legislador, instou o Parlamento de Vermont a remediar essa situação. Em seguida, o Poder Legislativo de Vermont criou o instituto da união civil, atribuindo-lhe exatamente os mesmos direitos inerentes ao casamento. Segundo William Eskridge, a medida permitiu a inclusão de mais de 8.600 (oito mil e seiscentos) casais de gays e lésbicas, muitos de outros estados, entre 2000 e 2008⁴⁷, que passaram a fruir dos mesmos direitos.

Essas posições conciliadoras ou intermediárias diluem o *backlash* e são avaliadas por especialistas como estrategicamente mais vantajosas para os grupos beneficiados pelo julgado, inclusive, porque podem abrir caminhos para novas conquistas. Michael Klarman esclarece que, em grande parte dos desacordos morais razoáveis, é possível identificar posicionamentos conciliatórios, vale dizer, pontos de vista compromissórios que conseguem minimizar os impactos políticos em ambos os lados que disputam a controvérsia. Por exemplo, fugindo da lógica absolutista do tudo ou nada, talvez fosse possível considerar a pena de morte como uma medida válida para alguns casos. Em se tratando de abortamento, admiti-lo no primeiro trimestre. E assim por diante. É um erro palmar considerar que a união civil entre pessoas do mesmo sexo sempre se faz acompanhar do casamento entre pessoas do

⁴⁵ A situação descrita ocorreu, inúmeras vezes, no Estado de Santa Catarina, onde o Ministério Público já se posicionou de maneira contrária à habilitação matrimonial de pessoas do mesmo sexo. A 13ª Promotoria impugnou 69 (sessenta e nove) habilitações de casamentos em um lapso de 3 (três) anos, atividade potencialmente indutora de uma reação *backlash*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/promotor-tenta-anular-casamento-civil-entre-engenheira-e-medica-de-sc.ghtml>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

⁴⁶ *Baker v. State*, 744 A.2d 864, 889 (Vt. 1999).

⁴⁷ ESKRIDGE JR., William N. Backlash Politics: How Constitutional Litigation Has Advanced Marriage Equality In The United States. *Boston University Law Review*. v. 93:275, pp. 275-323, 2013, pp. 285-286.

mesmo sexo, como demonstraram a Suíça⁴⁸ e a Grécia⁴⁹, países que não reconhecem o casamento igualitário, mas que admitem outras figuras protetivas análogas. No entanto, os Tribunais às vezes falham em conseguir minimizar os impactos do *backlash*, nem sempre logrando êxito em alcançar soluções intermediárias como essas.

Michael Klarman levanta algumas hipóteses pelas quais as Cortes nem sempre têm êxito em alcançar uma posição conciliatória nos seus julgados⁵⁰. De início, o professor de Harvard repele o palpite de que a própria natureza da jurisdição, pautada em princípios, tornaria difícil a tarefa de solucionar dilemas de maneira populista ou que agrade a maior parte da população. Aparentemente, o autor referiu-se ao caráter técnico da jurisdição, que é lastreada em princípios. A rejeição a esse palpite se funda em uma razão empírica: segundo Klarman, os Tribunais não apenas conseguem, como frequentemente alcançam posições intermediárias conciliadoras. Que hipótese, então, justificaria alguns fracassos em alcançar posições compromissórias que minimizem o impacto do *backlash*? Para Klarman, cuida-se não de uma ausência de capacidade da atividade jurisdicional propriamente dita, mas sobretudo de uma precária percepção dos valores populares. O problema não seria a função judicante, *per se*, mas a mente dos juízes e suas pré-compreensões. Como magistrados pertencem a uma fração muito seleta da sociedade, considerada uma elite educacional e socioeconômica, eles não estão em uma melhor posição para perceber os anseios populares. Ignoram, pois, as consequências impopulares dos seus julgados. Em suma: opera-se um desconexão com a realidade, porque alguns juízes estão encastelados em uma Torre de Marfim.

A Resolução n.º 175 do CNJ não passou despercebida pela comunidade jurídica e pela sociedade civil. O Conselho Diretivo Nacional da Associação Nacional dos Juristas Evangélicos (ANAJURE), por meio de um parecer, aprovou uma moção de repúdio à Resolução n.º 175 do CNJ, indicando que o ato transbordou dos limites do precedente do STF. Nesse parecer, a entidade colocou-se à disposição para impugnar o ato administrativo no controle difuso, conclamando ainda os legitimados do artigo 103, Constituição Federal, a deflagrarem o controle concentrado. Com o desiderato de sustar os efeitos da Resolução do CNJ, o então senador Magno Malta apresentou o Projeto de Decreto Legislativo n.º 106/2013.

⁴⁸ *Swiss Partnership Act*.

⁴⁹ Lei n.º 4.356/2015, que permite um acordo de coabitação.

⁵⁰ KLARMAN, Michael. Courts, Social Change, and Political Backlash. In: **Hart Lecture at Georgetown Law Center**, March 31, 2011 – Speaker’s Notes, pp. 04. Disponível em: <<http://tinyurl.com/bz4cwqk>>. Acesso em: 01 jul. 2017.

Ainda no ano de 2018, o Senado disponibilizou uma consulta pública para sondar o sentimento social, indagando se a Resolução do CNJ deve ser sustada⁵¹.

Na Universidade Federal do Ceará, um professor de Direito subscreveu uma nota crítica, publicada no sítio da mencionada autarquia educacional, pela qual o aludido ato teria extravasado dos limites da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, decisão esta limitada à união civil. Em seguida, conclamou os Oficiais de Registro a uma desobediência civil, alegando que aceitá-la equivaleria a sepultar a democracia. Como resposta, ativistas e manifestantes, que defendiam o teor do ato administrativo publicado pelo Conselho Nacional de Justiça, ocuparam os átrios da Faculdade de Direito e organizaram um abaixo-assinado contra o docente. Como se vê, a depender da densidade jurídica, até mesmo um ato administrativo do CNJ, nos dias hodiernos, é capaz de inflamar a sociedade, gerando um risco real de *backlash* e *counter-backlash*.

À luz de tudo o que foi dito, constata-se que o conceito de *backlash*, como a maioria dos vocábulos do vernáculo, é eminentemente contextual. Emprega-se-lhe em contextos variados e disso depende a sua definição. Mesmo que se queira fixar um conteúdo semântico para o *backlash* no contexto jurídico, ainda assim, os autores o utilizam de maneiras diferentes: ora para fazer alusão a reações sociais endereçadas às decisões de Cortes, ora para designar fenômenos similares. Em boa verdade, não se pode dizer que Robert Post, Reva Siegel, Cass Sunstein, Kleilein, Petkova, Francisca Giménez e Thiago Cardoso Araújo estão errados, tampouco que estão certos. Cada qual tem liberdade de expressão para acomodar a palavra no discurso que lhe aprouver, mas pode-se aquilatar a utilidade e a pertinência dessa utilização. Com isso, evita-se o argumento de autoridade, como se quaisquer desses juristas tivesse poderes para batizar, em caráter definitivo, um fenômeno social.

Por outro lado, uma excessiva abertura semântica acabaria por dificultar a análise segura do objeto de estudo. Mais do que isso, a imprecisão conceitual instauraria uma verdadeira Torre de Babel, em que juristas se referem a uma mesma palavra, porém, atribuindo um significado muito particular a esse vocábulo. Urge, porque indispensável, efetuar uma delimitação conceitual. Em um sentido amplo, o *backlash* pode ser compreendido como toda reação social vocacionada a hostilizar atos do Poder Público (v.g. leis, atos

⁵¹ A consulta pode ser respondida no próprio sítio eletrônico do Senado Federal. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/ecidadania/visualizacaomateria?id=112745&voto=contra>>. Acesso em: 03 nov. 2018.

administrativos, atos políticos, decisões judiciais, decisões administrativas etc.) ou de quem lhes faça as vezes, o que inclui até mesmo fenômenos como a Inconfidência Mineira, Conjuração Baiana, Revolta da Vacina e outros movimentos sociais. Em um sentido estrito, o *backlash* designa reações sociais (*backlash* nacional) ou estatais (*backlash* internacional), lícitas ou ilícitas, que hostilizam atos e decisões, ainda que não jurisdicionais, do Judiciário (juízes ou Tribunais), Cortes Constitucionais, Tribunais administrativos ou Órgãos Internacionais (v.g Cortes de Direitos Humanos), usualmente conservadoras do *status quo*. Para os fins desta obra, o *backlash* será tomado em seu sentido estrito. Quando a palavra for empregada sem ressalvas, deve ser compreendida como *stricto sensu*.

2 BACKLASH E OS MARCOS TEÓRICOS NO DIREITO CONSTITUCIONAL

Alguns trabalhos têm analisado a influência da opinião pública sobre os Tribunais, notadamente se estes devem julgar em conformidade com aquela. Indagar se as Cortes devem guiar-se pela opinião pública não é a mesma coisa que perguntar se elas devem evitar um *backlash*. As reflexões são semelhantes, mas há uma distinção importante: mais do que a mera opinião pública desfavorável, o *backlash* é uma opinião pública qualificada pela revolta social. É possível, sem perder a coerência, sustentar que juízes não devem nortear-se pela opinião pública, a menos que ela se traduza em uma reação hostil o suficiente para ser considerada. Noutras palavras, no campo das ideias, é conciliável defender que, ordinariamente, juízes não se aventurem na subjetiva tarefa de cognição social, somente devendo sensibilizar-se em caráter extraordinário, quando a voz do povo se fizer ouvir nitidamente por meio de reações que materializam o *backlash*. Da mesma maneira, é possível defender uma corrente radicalmente contrária, pela qual magistrados devem julgar conforme o Direito, e não conforme os reclamos sociais. Estes, embora desconsiderados pelos juízes, hão de ser ouvidos e ponderados nas instâncias deliberativas pelos mandatários do povo. Ou seja, nessa visão, o receptor de anseios sociais seria unicamente o Parlamento, não o Judiciário.

Como se vê, o efeito *backlash* pode ser compreendido a partir de diferentes marcos teóricos. A depender da lente utilizada para analisá-lo, o fenômeno pode ser tido como uma ameaça à autoridade das Cortes constitucionais, para dizer o mínimo. Todavia, a se adotar outros referenciais teóricos, é possível vislumbrar o *backlash* como uma importante sinalização de opinião que, ao fim e ao cabo, emanaria do verdadeiro legitimado à interpretação constitucional: o povo. É possível ainda entender o *backlash* como uma consequência natural de discussões travadas em um Estado Democrático de Direito, fundado no pluralismo de ideias contrapostas. Não por acaso, a esse respeito, Post e Siegel arrematam: “Visto da sistêmica perspectiva da abrangente ordem constitucional Americana, o *backlash* procura manter a capacidade de resposta democrática do significado constitucional”. Por outro lado, continuam os autores, “Visto da perspectiva dos Tribunais, o *backlash* é uma ameaça à manutenção da autoridade jurídica e controle”⁵². Dito isso, pergunta-se: trata-se de um mal a ser evitado? É possível dizer que o *backlash* é algo intrinsecamente ruim ou

⁵² Op. Cit., pp. 379. No original: “Viewed from the systemic perspective of the overarching American constitutional order, backlash seeks to maintain the democratic responsiveness of constitutional meaning. Viewed from the perspective of courts, backlash is a threat to the maintenance of legal authority and control”.

inerentemente bom para uma sociedade? A questão, pois, depende da posição referencial adotada para observação do fenômeno.

No passado, o *backlash* já foi instrumentalizado como um espantalho para apavorar juristas progressistas, inibindo litígios de impacto que tentassem, estrategicamente, solucionar desacordos morais na arena judicial. Mais recentemente, o *backlash* passou a ser visto de maneira menos assustadora, como um efeito colateral que pode trazer, inclusive, benefícios. De um extremo ao outro, um longo percurso teórico foi percorrido. As mudanças de paradigma variaram especialmente em função do papel desempenhado pelas Cortes e pela sociedade quanto à interpretação constitucional. As principais abordagens são apresentadas a seguir.

2.1 O *backlash* como uma ameaça ao *status* do Tribunal como fórum de princípios (Ronald Dworkin)

Há quem enxergue nos Tribunais um lugar apropriado para profundas transformações sociais. Supostamente, as Cortes estariam distantes das paixões políticas e, portanto, em uma posição mais serena para solucionar desacordos morais, inclusive porque detentoras de uma alegada imparcialidade. Autores como Dworkin chegaram a romantizar a função jurisdicional, valendo-se de metáforas como a do Juiz Hércules que, segundo ele, é um “[...] jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas”⁵³.

Como é intuitivo, a divinização dos Tribunais para a solução de desacordos só pode mesmo vislumbrar o *backlash* como um inimigo. Na essência, o *backlash* é uma resistência oferecida à autoridade de uma decisão, conduzindo à periclitância dos dois pilares que a sustentam: o respeito e a obediência. Tanto põe-se em risco a respeitabilidade do decisório, quanto a disposição para obedecê-la. Ontologicamente, portanto, o fenômeno vem para atuar como um obstáculo. Dada a possibilidade de uma reação *backlash* expressar-se por meio de uma desobediência civil, é fácil perceber que o fenômeno social tem aptidão lesiva para desgastar a autoridade das Cortes e, por conseguinte, corroer o próprio Estado de Direito. Logo, a independência dos Tribunais pode ser colocada em cheque, por exemplo, quando a opinião pública hegemônica atua com a intenção deliberada de alterar o conteúdo de decisões judiciais, sobretudo porque não seria dado ao Judiciário caminhar de mãos dadas com o populismo, tampouco fazer uma aliança com a demagogia.

⁵³ Op. Cit., pp. 165.

Na já conhecida distinção de Ronald Dworkin⁵⁴, os argumentos de princípios “justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo”. Assim, quando, em uma dada decisão, o Judiciário argumenta em favor dos direitos de minorias, tem-se uma argumentação de princípios. Por outro lado, os argumentos de política “justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo”. Essa segunda modalidade de argumentação funda-se no bem-estar geral. Segundo Dworkin, as decisões judiciais devem ser, por excelência, justificadas por argumentos de princípios, salvaguardando os direitos das minorias como trunfos perante as maiorias⁵⁵. Ora, desde que se acolha a premissa pela qual as decisões devem adotar argumentos de princípios, torna-se irrelevante, para o exercício da judicatura, guiar-se pela voz das ruas como termômetro social. Exemplificando essa corrente, se o povo suplica pela pena de morte, Tribunais devem proclamar o direito constitucional à vida como um trunfo perante maiorias.

Nessa perspectiva, a opinião pública estaria longe de ser uma bússola adequada, porque os princípios, que traduzem uma “exigência de justiça ou equidade”, devem prevalecer sobre as diretrizes políticas, que representam “uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade”⁵⁶. Longe de sugerir uma posição covarde por parte das Cortes, Dworkin prescreve o exercício corajoso de uma função contramajoritária, que previsivelmente desafiará a opinião pública amplificadas pelo *backlash*. Em suma: a doutrina de Dworkin não reconhecera força persuasiva ao *backlash* originado de maiorias, porque isso ameaçaria a posição das Cortes como fórum de princípios.

Isso pode ser percebido, por exemplo, em *Brown v. Board of Education* (1954), quando a SCOTUS enfrentou maiorias para, contrariando-as, proibir a segregação racial nas escolas. O mesmo foi feito quando a Corte Constitucional alemã invalidou a lei da Baviera, que exigia a presença de crucifixos nas escolas. Maiorias foram desafiadas pelos Tribunais, que se valeram de argumentos de princípios, não de argumentos de política.

Nas palavras do então Vice-Presidente da Corte Constitucional Alemã, Johann Friedrich Henschel, referindo-se ao *backlash* sofrido na decisão que determinou a remoção dos crucifixos na Baviera, a independência do Tribunal precisa ser preservada. Segundo ele:

⁵⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 129.

⁵⁵ Op. Cit., p. 132.

⁵⁶ Op. Cit., p. 36.

“as declarações de certos políticos, no sentido de desobedecer ou resistir à decisão dos juízes, se fundamentam na máxima de que não se deve seguir a Lei quando ela não lhe convém. Se isto fizer escola, estaremos abandonando as bases do Estado de Direito”⁵⁷.

Uma possível crítica a esse posicionamento prestigiador da jurisdição constitucional, aparentemente, não foi explorada. É possível conceber uma reação *backlash* exatamente para corrigir os rumos de um Tribunal, alocando suas razões no campo dos princípios, e não da política. Em tese, ambas as argumentações (de princípio e de política) podem desafiar uma reação hostil. Uma decisão lastreada em argumentos de política também pode desencadear uma convulsão social, como o posicionamento do Supremo Tribunal Federal de, no campo previdenciário, tributar os inativos e pensionistas⁵⁸. Usou-se uma argumentação solidarista, fundada no bem-estar social e em um cálculo utilitarista (além de atuarial), não exatamente a proclamação do direito dos aposentados como trunfos.

Assim, decisões fundamentadas em argumentos de política podem agradar majorias e despertar a fúria de minorias, gerando, igualmente, um *backlash* “progressista”. Usualmente, enquanto o *backlash* “progressista” luta para deslocar o eixo decisório para argumentos de princípio, o *backlash* conservador esmera-se para atrair o eixo decisório para argumentos de política. Como se vê, ainda que os argumentos de princípio tenham maior propensão para inflamar um *backlash*, qualquer argumentação declinada pelos órgãos judicantes tem uma aptidão mínima para o descontentamento social, que é inerente à jurisdição. Até poderia ser dito, portanto, que o *backlash* “progressista” não ameaça, como regra, o *status* de um Tribunal como fórum de princípios, pois é exatamente isso que ele reivindica. Contudo, até mesmo o *backlash* “progressista” pode colocar em risco a autoridade das decisões judiciais e, como corolário, o próprio Estado de Direito. Para esse marco teórico, tais valores são geralmente colocados em risco por qualquer modalidade de *backlash*.

O ponto essencial que caracteriza essa corrente é o fato de que, mesmo que se perceba o *backlash* como um obstáculo ou até como uma ameaça, juízes e Tribunais são encorajados a terem ousadia. O fenômeno é visto como um danoso efeito colateral, mas que não deve inibir juízes de adotarem as decisões moralmente corretas. Em *Roe v. Wade*, decisão em que a Suprema Corte Norte-Americana permitiu a realização do abortamento, Dworkin descreve o

⁵⁷ Welle Deutsche (DW). **Tribunal Constitucional alemão proíbe crucifixo em salas de aula**. 1995. Disponível em: <<http://www.dw.com/pt-br/1995-tribunal-constitucional-alem%C3%A3o-pro%C3%ADbe-crucifixo-em-salas-de-aula/a-606984>>. Acesso em: 21 jun. 2018.

⁵⁸ ADI 3128-7/DF.

furiioso *backlash* despertado pelo julgado⁵⁹. Apesar disso (e essa é a nota distintiva!), Dworkin considera a decisão como correta, asseverando que o local adequado para sanar essa controvérsia deveria mesmo ser um Tribunal, afinal, caberia a juízes afirmar ou infirmar se o feto era uma “pessoa constitucional”⁶⁰. Em suma: apesar de o *backlash* ser uma ameaça ao *status* da Corte como fórum de princípios, era isso mesmo que deveria ter sido feito pelos juízes.

2.2 O *backlash* no Minimalismo Judicial (Cass Sunstein): uma consequência a ser evitada

Viu-se que, para Dworkin, o *backlash* até pode colocar em risco o *status* do Tribunal como fórum de princípios, mas, apesar das adversidades, o juiz é encorajado a agir. No minimalismo, há um relativo desencorajamento. Nesse novo marco teórico, o *backlash* é algo a ser evitado.

O Judiciário deve atuar com moderação e parcimônia, evitando aquilatar aspectos não suscitados na demanda (raciocínio horizontal: estreiteza na extensão), bem como abstendo-se de uma incursão meritória com uma profundidade desnecessária (raciocínio vertical: rasura no aprofundamento). Menos é mais. Silenciar é uma postura construtiva e a passividade é uma virtude. Por que aventurar-se na tentativa de solucionar outros casos diversos daquele sobre o qual um Juiz se debruça? Essa seria uma exposição arriscada e não exigida.

No minimalismo, prestigia-se o casuísmo, porque não há pretensão de solucionar casos diversos e análogos. Como diria Sunstein, um caso por vez⁶¹. A vantagem é que, ante desacordos morais razoáveis, a abordagem acauteladora previne refluxos sociais, ao tempo em que oportuniza que o Parlamento venha a amadurecê-los a tempo e a modo. Para Sunstein, não há pressa na construção de um direito pelas Cortes.

A crítica mais contumaz endereçada ao minimalismo é aquela que o classifica como insuficiente para proteger o direito de minorias ou até mesmo de, às vezes, ser uma

⁵⁹ DWORKIN, Ronald. **O direito da Liberdade**. A Leitura Moral da Constituição Norte-Americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 67.

⁶⁰ DWORKIN, Ronald. Op. cit., p. 76-88.

⁶¹ SUNSTEIN, Cass. **One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

abordagem insensível a essas reivindicações político-sociais⁶². Para os críticos, tais direitos urgem e, por conseguinte, devem ser reconhecidos com a máxima brevidade. Sem dúvidas, os maiores detratores da proposta teórica de Sunstein são Robert Post e Reva Siegel. Segundo eles, Sunstein, ao lado de outros juristas, vislumbraria o *backlash* como um fenômeno preponderantemente desvantajoso e inclusive ameaçador da solidariedade social⁶³.

Apesar da predileção de Sunstein pelo minimalismo, não se conclua que o jurista defende essa abordagem como adequada para qualquer caso sob exame. O professor de Harvard reconhece que, excepcionalmente, o maximalismo pode ter lugar na postura judicial.

A rigor, uma leitura atenta dos escritos de Sunstein revela que a sua posição quanto ao *backlash* é relativamente inconclusiva. O jurista analisa o *backlash* em quatro mundos hipotéticos, artificialmente criados para filosofar sobre o tema: i) Olimpo; ii) Terra dos Anciãos; iii) Terra Lochner e iv) Atenas.⁶⁴

O primeiro dos mundos hipotéticos, Olimpo, seria uma nação onde as decisões judiciais são confiavelmente corretas e a oposição pública, quando existe, está seguramente errada. Nesse caso, Sunstein conclui ser difícil defender que o Tribunal deveria preocupar-se com o *backlash*, a menos que isso ocorra de maneira rara e por razões de prudência⁶⁵. A regra, contudo, seria de indiferença ao *backlash*.

No segundo mundo fantasioso, Terra dos Anciãos, o significado da Constituição é extraído de maneira originalista: ou é alcançado pela intenção do constituinte (à semelhança do originalismo de Robert Bork) ou pelo significado das palavras tais como utilizadas à época em que promulgadas (à semelhança do textualismo de Scalia)⁶⁶. Também nesse caso, assim

⁶² BUNCHAFT, Maria Eugênia. Constitucionalismo Democrático *versus* Minimalismo Judicial. **Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro, n. 38, p. 154-180, jan./jun. 2011, p. 149.

⁶³ POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, vol. 42, pp. 373-433, 2007, pp. 390.

⁶⁴ SUNSTEIN, Cass R. Backlash's Travels. **University of Chicago Public Law & Legal Theory. Working Paper**. n.º. 157, 2007.

⁶⁵ SUNSTEIN, Cass R. Backlash's Travels. **University of Chicago Public Law & Legal Theory. Working Paper**. n.º. 157, 2007. pp. 06.

⁶⁶ SUNSTEIN, Cass R. Op. cit. p. 07-08. A título de aprofundamento, Sunstein explica que é possível uma abordagem Bickeliana (Bickel) na Terra dos Anciãos. Por força dela, ainda que se considere o originalismo como a visão correta para aproximar-se do Direito (Constitucional), é possível acreditar que nenhuma sociedade pode ser completamente originalista o tempo todo. Isso porque as tradições têm e devem ter lugar nessa vetusta sociedade (Terra dos Antigos), por exemplo, quando Tribunais, há muitos anos, admitem a independência de agências reguladoras e o banimento das discriminações sexuais. Sunstein apresenta ainda uma abordagem Lincolniana (Lincoln) na Terra dos Anciãos. Nela, é possível considerar o originalismo como a melhor metódica, ao mesmo tempo em que a prudência recomendaria não insistir em uma

como no Olimpo, não faria sentido que os Juízes das Cortes levassem em consideração o risco do *backlash*, tampouco a opinião popular acerca do significado da Constituição. Isso porque, sendo ela um documento que deve ser lido em seu significado original (essa é a marca essencial da *Land of the Ancients*), a opinião do povo é insignificante a esse respeito. A distinção é que, no Olimpo, efetua-se uma leitura moral da Constituição, ao passo em que na Terra dos Anciãos a leitura é originalista. Basicamente, o diferencial é o método interpretativo. De resto, são muito próximos. Seja como for, segundo Sunstein, mesmo que o Olimpo e a Terra dos Anciãos desprezem o risco de *backlash*, em casos extremos, a análise das consequências pode fazer com que se tente antecipá-lo e evitá-lo. Para ele, Juízes desses reinos imaginários podem hesitar em decidir contra a opinião pública, mesmo convictos de que tais decisões estariam em conformidade com o significado constitucional. Na chamada Terra dos Antigos, seria possível valer-se de “doutrinas da justiciabilidade” de modo a evitar más consequências. Entretanto, a regra seria a de indiferença quanto ao *backlash*.

No terceiro mundo imaginário, a Terra Lochner, o significado constitucional deriva de julgamentos políticos ou morais do intérprete⁶⁷. Não que sejam livres para isso, mas que as ambiguidades e lacunas (porosidade do Direito) acabam dando espaço para julgamentos discricionários. Sunstein considera ainda que, nesse mundo ou nessa dimensão, o ponto de vista dos Juízes sobre princípios e política é frágil, desafiando uma indignação pública que se funda em premissas mais racionais, ou seja, o julgamento público é superior ao dos juízes. Noutras palavras, *Lochner land* é a terra onde são cometidos os erros judiciais. Aqui, a preocupação com o *backlash* é mais útil e o fenômeno é visto com mais deferência.

Por fim, o quarto mundo artificial: Atenas. Trata-se de uma democracia imaginária e de bom funcionamento, onde os juízes julgam de maneira refletida, bem fundamentada, sempre com transparência. Nela, a Corte deve acautelar-se do risco de *backlash*, mas não porque juízes julgam de maneira errônea. Quanto a isso, suponhamos que haja um ceticismo quanto ao erro ou acerto dos magistrados, pois sempre haverá decisões manifestamente boas e ruins. Também não significa que a voz do povo é a voz de Deus e que o povo sempre está correto. A razão para que uma Corte seja cautelosa quanto ao risco de *backlash* é que esse fenômeno reflete o julgamento do povo sobre questões sociais nucleares, bem como a melhor concepção acerca dos direitos fundamentais como igualdade, liberdade etc. O motivo

interpretação original que não conta com qualquer aderência popular, pelo contrário, que desperta a mais genuína indignação pública. Uma análise dos custos aconselharia um outro resultado.

⁶⁷ SUNSTEIN, Cass R. Op. cit., p. 09.

substancial é o autogoverno, que pressupõe ser governado por seus próprios juízos.⁶⁸ De maneira mais objetiva, este seria o mundo do constitucionalismo popular e onde uma lei só deveria ser declarada inconstitucional quando a violação à Constituição estivesse acima de uma dúvida razoável (Thayerianismo⁶⁹).

Apresentado o raciocínio desenvolvido por Sunstein, volta-se ao ponto inicial. Uma leitura criteriosa dos seus escritos revela que a sua posição quanto ao *backlash* é relativamente inconclusiva. O professor de Harvard reconhece que seus tipos imaginários não se amoldam ao mundo real, logo, uma conclusão decisiva sobre o *backlash* não seria tão clara. Uma das poucas conclusões apontadas por Sunstein é de que, não sendo a Suprema Corte norte-americana um Olimpo e tampouco uma Terra de Anciãos, pelo menos na maioria dos casos extremos, o risco do *backlash* deve ser levado em consideração⁷⁰. E é exatamente essa maneira utilitarista de pensar, computando os custos e ganhos de uma eventual decisão desafiadora de uma revolta social, que originou as críticas da *Yale Law School* (Robert Post e Reva Siegel). De fato, o pensamento de Sunstein considera o *backlash*, de um modo geral, como algo a ser calculado e estrategicamente evitado.

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

2.3 O *backlash* no Constitucionalismo Popular

Como observam Post e Siegel, a comunidade norte-americana vivenciou um movimento pendular. De início, na célebre era da Corte de Warren, a sociedade confiava excessivamente na jurisdição constitucional, concebida como um fórum de princípios, o que

⁶⁸ SUNSTEIN, Cass R. Op. cit., p. 13.

⁶⁹ James Bradley Thayer acreditava que uma lei só deveria ser invalidada se a violação à Constituição estivesse além de uma dúvida razoável. De uma maneira geral, segundo Sunstein, é possível chamar de thayerianismo a corrente pela qual as Cortes devem prevenir-se do *backlash*, antecipando o risco de sua ocorrência e evitando-o. Mais do que isso, o thayerianismo significa que as Cortes devem usualmente ser deferentes à opinião pública, a menos que ela seja claramente errada (SUNSTEIN, Cass R. Op. cit., p. 10).

⁷⁰ SUNSTEIN, Cass R. Op. cit., p. 15-16.

foi abordado anteriormente. Após essa fase, o constitucionalismo popular conseguiu arrebatado uma fração dos juristas progressistas, que passaram a questionar a legitimidade da jurisdição constitucional. Note-se que, no minimalismo de Sunstein, aceita-se uma jurisdição constitucional mais comedida. Aqui, questiona-se o próprio fato da atividade ser franqueada aos magistrados. A razão para essa mudança, segundo os professores de Yale, foi a de que “progressistas tornaram-se temerosos de que um Judiciário assertivo pudesse deflagrar um *backlash* político e cultural, que poderia prejudicar, mais do que ajudar, valores progressistas”⁷¹. Noutras palavras, para juristas progressistas, o que há de sedutor no constitucionalismo popular é que essa jusfilosofia, tanto quanto o minimalismo judicial, parece uma útil ferramenta de prevenção ao *backlash*. Assim, tais juristas “[...] temem que a jurisdição possa causar um *backlash* do mesmo tipo que eles atribuem a *Roe v. Wade*, precedente que acreditam ter dado vida à Nova Direita”⁷². Logo, de modo a evitar um “contra-ataque conservador”, progressistas acharam por bem, estrategicamente, esquivar-se de qualquer atitude que pudesse provocar uma “ressentimento populista”.⁷³

Como observa Mark Tushnet, a história norte-americana revela uma persistente tendência de constitucionalismo popular, compreendido como a aceitação de “argumentos constitucionais apresentados pelo próprio povo, independentemente de, e às vezes em sabido conflito com, interpretações constitucionais apresentadas e concretizadas pelos Tribunais”⁷⁴. Por sua vez, na definição de Cass Sunstein, o constitucionalismo popular pode ser entendido pela ideia de que “[...] o significado constitucional exige julgamentos de princípio básico e a crença de que esses julgamentos são mais confiáveis quando efetuados pelo povo do que pelo Judiciário”⁷⁵.

No constitucionalismo popular, o protagonista da interpretação constitucional é o povo, o que levou alguns autores mais radicais, no passado, a considerarem ilegítima a jurisdição constitucional. Nesse marco teórico, assim como no minimalismo, o *backlash* também é um mal a ser evitado, porém de uma maneira mais drástica: simplesmente, não seria legítimo que as Cortes invalidassem leis fabricadas pelo Parlamento. Em escritos mais

⁷¹ Op. Cit., p. 373.

⁷² Op. Cit., p. 374.

⁷³ Op. Cit., p. 374.

⁷⁴ TUSHNET, Mark. Popular Constitutionalism as Political Law. **Chicago-Kent Law Review**, Vol. 81, pp. 991-1006, 2006. pp. 991.

⁷⁵ SUNSTEIN, Cass R. Backlash's Travels. **University of Chicago Public Law & Legal Theory. Working Paper**, n. 157, 2007, pp. 11.

recentes, todavia, seus expoentes já toleram o controle de constitucionalidade, mas desde que na sua modalidade fraca (Tushnet) ou sem supremacia judicial (Kramer).

2.4 O *backlash* no Constitucionalismo Democrático: a Escola de Yale (Robert Post e Reva Siegel)

Já foi visto que a doutrina constitucionalista, no passado, cultuou a jurisdição constitucional, fase em que o *backlash* foi visto como uma ameaça à autoridade das Cortes. Surgiu, então, uma rota de fuga: o constitucionalismo popular, por força do qual a interpretação constitucional deveria ser realizada pelo povo e não pelos Tribunais. Ambos, cada qual à sua maneira, evitam o *backlash*.

Contudo, na visão de Post e Siegel, deve haver um ponto médio entre esses extremos. É exatamente esse suposto ponto de equilíbrio que eles denominaram de constitucionalismo democrático. Nele, os autores esclarecem que as divergências na interpretação constitucional são vistas como uma “condição normal para o desenvolvimento do Direito Constitucional”⁷⁶. Os professores da *Yale Law School* colocam o constitucionalismo democrático em uma posição intermediária e de (pretensão) equilíbrio. Diferentemente do constitucionalismo popular, não apregoa que as Cortes sejam distanciadas da interpretação constitucional. Por outro lado, não possui um enfoque juristocêntrico, na medida em que a interpretação técnica só teria legitimidade se respaldada nos valores e ideais populares. Aparentemente, propugnam um ponto central e equidistante entre o constitucionalismo popular e a visão juristocêntrica⁷⁷.

Na prática, é como se o marco teórico do constitucionalismo democrático visse com mais naturalidade os embates constitucionais que desaguam no *backlash*. Segundo Post e Siegel⁷⁸, o próprio significado de constituição é forjado a partir de um precioso diálogo travado entre autoridades do governo e aqueles que reagem às decisões dessas autoridades, ou seja, os cidadãos:

A premissa do constitucionalismo democrático é a de que a autoridade de uma Constituição depende da sua legitimidade democrática, compreendida como a habilidade da Constituição de inspirar americanos a reconhecerem-na como tal. Esta crença é sustentada por tradições de engajamento popular que autorizam os cidadãos a fazerem reivindicações acerca do significado constitucional e a se oporem ao seu governo – através de leis constitucionais, políticas eleitorais e instituições da sociedade civil – quando eles acreditam que a Constituição não está sendo

⁷⁶ Op. Cit., pp. 374.

⁷⁷ Op. Cit., pp. 379.

⁷⁸ Op. Cit., pp. 374.

respeitada. As autoridades públicas, em contrapartida, resistem e respondem a essas reivindicações cidadãs. Estes complexos padrões de troca tem historicamente moldado o significado da nossa Constituição.

Há muitos anos, como se sabe, parte do mundo vivencia uma tensão perene entre o constitucionalismo e a democracia. Para que maiorias não oprimam minorias, o Direito Constitucional reconhece às Cortes, em alguma medida, um papel contramajoritário. Por outro lado, esse papel coloca em risco a democracia, na medida em que juízes não sufragados nas urnas invalidam a vontade das maiorias. Quando juízes ignoram o sentimento social para atuar unicamente pelo Direito, tem-se um Estado de Direito que ameaça o regime democrático. Noutra ponta, quando magistrados julgam guiados pela opinião pública, ganha-se no coeficiente democrático, mas perde-se em segurança jurídica e resta enfraquecido o Estado de Direito. Essa é a dicotomia que se apresenta como conflito. Enquanto o autogoverno realça a autonomia, o Estado de Direito enfatiza a heteronomia. Ora, o *backlash* nasce exatamente dessa conflituosidade, na medida em que se manifesta quando o povo disputa a interpretação constitucional a ser adotada pelos juízes e Tribunais. Portanto, origina-se da confluência da democracia com o constitucionalismo. Geneticamente, o *backlash* é fruto do cruzamento efetuado entre regime democrático e Estado de Direito, razão pela qual é tão frequente no chamado Estado Democrático de Direito. Em parte, isso também explica porque não há, na história do constitucionalismo brasileiro, uma tradição de reações *backlashes*, afinal, a redemocratização só operou-se em 05 de outubro de 1988. Antes desse momento, inúmeros hiatos autoritários marcaram a história brasileira, não havendo, pois, condições favoráveis para reações sociais às decisões das Cortes. Em países não democráticos, o *backlash* pode ser perigosíssimo. Com propriedade, Post e Siegel explicam esse aspecto, averbando que o “*Backlash* expressa o desejo de um povo livre de influenciar o conteúdo da sua Constituição, mas o *backlash* também ameaça a independência do Direito. *Backlash* é quando a integridade do Estado de Direito colide com a necessidade da nossa ordem constitucional por uma legitimidade democrática”⁷⁹.

Na visão dos mencionados juristas, os compromissos potencialmente conflitantes entre o autogoverno (democracia) e o Estado de Direito (constitucionalismo) seriam amenizados pelo marco teórico do constitucionalismo democrático, por meio de reações mútuas e dialéticas entre o povo e os Tribunais. Segundo eles, o “Constitucionalismo democrático

⁷⁹ Op. Cit., pp. 376. No original: “Backlash expresses the desire of a free people to influence the content of their Constitution, yet backlash also threatens the independence of law. Backlash is where the integrity of the rule of law clashes with the need of our constitutional order for democratic legitimacy”.

descreve como nossa ordem constitucional realmente negocia a tensão entre o Estado de Direito e o autogoverno. Ele mostra como significados constitucionais se submetem à insistência das crenças populares e simultaneamente ainda conserva o Direito como integridade”⁸⁰.

Nesse quadrante, ao contrário do que prescreveriam os adeptos do minimalismo judicial, Post e Siegel sustentam que a melhor maneira para erradicar conflitos é enfrentá-los, e não esquivar-se deles, razão pela qual defendem uma maior ousadia do Judiciário no enfrentamento dos problemas sociais. Contudo, o incentivo também é dirigido aos cidadãos, que exercem uma considerável influência na interpretação constitucional. Desse modo, os autores compreendem o marco do constitucionalismo democrático como idôneo para encorajar ambos os lados responsáveis por forjar o significado constitucional⁸¹:

[...] nós propomos um modelo para compreender os esforços oficiais para cumprir a Constituição sob condições de controvérsias públicas. Batizamos esse modelo de constitucionalismo democrático. O constitucionalismo democrático afirma o papel do governo representativo e cidadãos engajados no cumprimento da Constituição, ao mesmo tempo em que afirma o papel das Cortes na utilização de razões jurídicas para interpretar a Constituição.

No constitucionalismo democrático, o *backlash* é compreendido como uma tentativa de se fazer ouvir, no que concerne ao processo de influência no processo de formação do significado constitucional⁸². Robert Post e Reva Siegel apresentam um interessante dilema por parte de quem pretende influenciar no processo de formação do significado constitucional. Se, por um lado, os integrantes da sociedade desejam ter a voz e a vez na definição do conteúdo de uma Constituição, noutra ponta, essas mesmas pessoas desejam conservar as bases do Estado de Direito e a própria autoridade das Cortes. Nas palavras dos aludidos docentes de Yale:

Aqueles que desejam mudar o conteúdo do Direito Constitucional, então, encaram um dilema: eles devem influenciar os Tribunais para os seus próprios valores

⁸⁰ Op. Cit., pp. 376. No original: “Democratic constitutionalism describes how our constitutional order actually negotiates the tension between the rule of law and self-governance. It shows how constitutional meaning bends to the insistence of popular beliefs and yet simultaneously retains integrity as law”.

⁸¹ Op. Cit., pp. 379. No original: “[...] we propose a model for understanding official efforts to enforce the Constitution under conditions of public controversy. We call this model ‘democratic constitutionalism.’ Democratic constitutionalism affirms the role of representative government and mobilized citizens in enforcing the Constitution at the same time as it affirms the role of courts in using professional legal reason to interpret the Constitution.”.

⁸² Op. Cit., pp. 382-383.

constitucionais e também devem preservar a autoridade dos Tribunais para falar a Constituição em nome de um Estado de Direito independente⁸³.

Esse é o ponto de equilíbrio supostamente alcançado pelo marco teórico do constitucionalismo democrático: é possível expressar descontentamento com decisões judiciais, sem que se procure destruir o Estado Democrático de Direito. Isso, por si só, já demonstra que Post e Siegel acabam por distinguir o *backlash* do chamado direito de resistência. Os autores não trabalham, portanto, com a hipótese de *backlashes* exteriorizados com revoltas armadas, limitando-se a reconhecer as formas de exteriorização manifestadas sem que se queira demolir um governo, mas sim remover a força jurídica de uma decisão, quase sempre, judicial. Nesse caso, as reações hostis costumam ocorrer por meios lícitos e positivados, a exemplo das reações legislativas, do exercício do direito constitucional de manifestação, do voto, da liberdade de imprensa etc.

Enquanto outros marcos teóricos tenderiam a menosprezar os ganhos do *backlash*, o constitucionalismo democrático possuiria uma perspectiva mais otimista sobre essa reação social, encarada como um fenômeno que areja a democracia, empresta legitimidade democrática à Constituição e confere protagonismo ao povo na interpretação constitucional. Nesse sentido, Post e Siegel⁸⁴ justificam:

O constitucionalismo democrático conceitua o fenômeno do *backlash* não apenas da perspectiva dos tribunais, mas também do ponto de vista da ordem constitucional americana como um todo. Ele situa o *backlash* em uma densa rede de troca comunicativa que sustenta a legitimidade democrática da Constituição. Americanos acreditam que o significado constitucional deve ser incorporado pelas formas legalmente aplicáveis e que o significado constitucional deve ser potencialmente suscetível aos seus pontos de vista. Cidadãos engajados no *backlash* pressionam autoridades públicas a aplicarem o que eles acreditam ser a correta compreensão da Constituição. Eles impõem essas demandas para que as autoridades interpretem a Constituição de maneiras democraticamente responsáveis.

O *backlash* não seria exatamente uma coisa a ser comemorada, mas um fenômeno natural da vindicação de direitos constitucionais. Essa é a visão dos Professores de Yale: o *backlash* pode ser um preço a ser pago. A propósito:

⁸³ Op. Cit., pp. 385. No original: “Those who wish to change the content of constitutional law thus face a dilemma: they must sway courts to their own constitutional values and yet they must also preserve the authority of courts to speak for the Constitution in the name of an independent rule of law.”.

⁸⁴ Op. Cit., pp. 389-390 (tradução nossa). No original: “Democratic constitutionalism conceptualizes the phenomenon of backlash not merely from the perspective of courts, but also from the point of view of the American constitutional order as a whole. It situates backlash within the dense network of communicative exchange that sustains the democratic legitimacy of the Constitution. Americans believe that constitutional meaning should be embodied in legally enforceable ways *and* that constitutional meaning should be potentially responsive to their own views. Citizens engaged in backlash press government officials to enforce what those citizens believe to be the correct understanding of the Constitution. They press these demands so that officials will interpret the Constitution in ways that are democratically accountable.”.

O constitucionalismo democrático sugere que algum grau de conflito pode ser uma inevitável consequência da reivindicação de direitos constitucionais, quer se trate de direitos assegurados pela legislação ou pelos tribunais. Decisões constitucionais às vezes provocam resistência, especialmente se elas ameaçam o *status* de grupos acostumados a exercer autoridade e que acreditam que a resistência pode evitar uma mudança constitucional iminente. Onde a controvérsia é inevitável, a aplicação de um direito pode, contudo, ser justificada se os valores em jogo são suficientemente importantes.⁸⁵

Ainda que não seja algo a ser celebrado, os professores da *Yale Law School* reconhecem efeitos benéficos do *backlash* para a ordem constitucional. Robert Post e Reva Siegel apontam que esse fenômeno é capaz de ativar uma cidadania adormecida, em um efeito cascata capaz de contagiar os demais concidadãos. Engajados política e constitucionalmente, a democracia se aperfeiçoaria, pluralizando-se os debates. Nesse sentido:

O constitucionalismo democrático sugere, ademais, que controvérsias provocadas por decisões judiciais podem até mesmo ter efeitos positivos para a ordem constitucional americana. Cidadãos que se opõem a decisões judiciais são politicamente ativos. [...] Eles procuram persuadir outros americanos a adotarem seus entendimentos sobre a Constituição. Estas formas de engajamento levam os cidadãos a se identificarem com a Constituição e uns com os outros. O debate popular sobre a Constituição infunde as memórias e os princípios da nossa tradição constitucional com significados que governam a lealdade popular e que nunca se desenvolveriam se uma cidadania normativamente alienada se submetesse, de forma passiva, ao julgamento dos juízes e tribunais.⁸⁶

Como se nota, cuida-se, substancialmente, de uma cidadania constitucional ou de uma militância constitucional. Tal comportamento jamais derivaria de um cumprimento alienado das decisões judiciais, conduta tão pernicioso quanto o cumprimento cego das leis preconizado pelo positivismo ideológico. O *backlash*, nesse prisma, beira a desobediência civil, mas não se confunde com ela, porquanto as medidas destinadas a superar o precedente hostilizado se fazem acompanhar do cumprimento do que restou decidido. A ideia é preservar a autoridade dos Tribunais e do Estado de Direito, mas também os canais democráticos de

⁸⁵ Op. Cit., pp. 390 (tradução nossa). No original: “Democratic constitutionalism suggests that some degree of conflict may be an inevitable consequence of vindicating constitutional rights, whether rights are secured by legislation or by adjudication. Constitutional decisions sometimes provoke resistance, especially if they threaten the status of groups that are accustomed to exercising authority and that believe resistance may avert threatened constitutional change. Where controversy is unavoidable, enforcement of a right may nevertheless be justified if the values at stake are sufficiently important.”.

⁸⁶ Op. Cit., pp. 390-391 (tradução nossa). No original: “Democratic constitutionalism suggests, moreover, that controversy provoked by judicial decisionmaking might even have positive benefits for the American constitutional order. Citizens who oppose court decisions are politically active. [...] They seek to persuade other Americans to embrace their constitutional understandings. These forms of engagement lead citizens to identify with the Constitution and with one another. Popular debate about the Constitution infuses the memories and principles of our constitutional tradition with meanings that command popular allegiance and that would never develop if a normatively estranged citizenry were passively to submit to judicial judgments.”.

pressão popular, de modo a existir uma influência dialética dos cidadãos sobre as Cortes e destas para aqueles.

Para Post e Siegel, a jurisdição constitucional e as políticas democráticas se influenciam mutuamente, porque o constitucionalismo democrático empresta valor às históricas lutas sociais para que determinados pontos de vista acerca do significado constitucional sejam efetivamente incorporados nas decisões dos Tribunais. A jurisdição constitucional, como prática social que é, deixa-se influenciar pelas crenças e compromissos sociais, mas também os influencia. Post e Siegel consideram que as decisões das Cortes podem efetivamente alterar os valores constitucionais compartilhados por uma sociedade, razão pela qual o *backlash* há de ser tido como uma consequência necessária da vindicação de direitos constitucionais⁸⁷. Em outras palavras, na firme crença de que é possível realmente influenciar a sociedade a adotar comportamentos considerados humanistas, por meio do Direito, o *backlash* também pode ser visto como uma resistência inicial com prazo certo para acabar. Lado outro, o fenômeno deve ser tido como um instrumento de legítima pressão social, de modo a sensibilizar juízes e Tribunais para que julguem conforme o sentimento social acerca do significado da Constituição que os governa.

No Brasil, essa proposta fascinou quase todos os juristas e juízes que fizeram alguma menção ao *backlash*. No âmbito do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux⁸⁸ e Luís Roberto Barroso⁸⁹ já tangenciaram o tema, tecendo elogios ao marco teórico do constitucionalismo democrático.

Porém, em uma análise fria, o deslumbramento com o constitucionalismo democrático de Robert Post e Reva Siegel não tem razão de ser. A uma, porque a ideia de abertura na interpretação constitucional não tem nada de inédito, pelo contrário, já era sustentada pelo constitucionalista alemão Peter Häberle⁹⁰. A duas, porque, ao contrário do que sustentado por

⁸⁷ Op. Cit., pp. 395. Neste ponto, ao contrário de Michael Klarman (e Gerald Rosenberg), juristas como Post, Siegel e Eskridge entendem que as atitudes públicas podem ser alteradas pelo Direito.

⁸⁸ FUX, Luiz. Cortes Constitucionais e Democracia: O Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988, p. 255-273. In: TOFFOLI, José Antonio Dias (organizador). **30 Anos da Constituição Brasileira: Democracia, Direitos Fundamentais e Instituições**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

⁸⁹ BARROSO, Luís Roberto. **A Judicialização da Vida e o Papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 82.

⁹⁰ “Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. [...] Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição”. (HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição:

Luiz Fux⁹¹, estudos empíricos revelam que o Supremo Tribunal Federal não se tem permitido influenciar pelos mecanismos processuais de abertura, como as audiências públicas e *amici curiae*. Verdade seja dita, a audiência pública tem sido “[...] um instrumento cuja função deliberativa está abaixo do potencial de qualidade e legitimidade democrática esperada”, prestando-se a uma “[...] finalidade retórica dentro do processo de construção argumentativa”⁹². Outros Ministros simplesmente repudiam o sentimento social⁹³. Ademais, o constitucionalismo democrático considera como normal aquilo que não o é. Por exemplo, esse marco deliberadamente ignora os assassinatos e atentados terroristas causados por decisões como *Roe v. Wade*, mediante um truque denexo causal. Sustentando-se que essas reações são oriundas de outros fatores, não da decisão em si mesma, seus autores conseguem transferir a responsabilidade dos Tribunais para outros atores políticos. Por fim, como lembra John Hart Ely, o fato de que um Tribunal deve prestigiar, em alguma medida, a opinião popular não diz muito em seu favor, considerando que até ditadores, às vezes, levam em conta os sentimentos da nação⁹⁴. Em boa verdade, o constitucionalismo democrático é responsável por uma visão romantizada do *backlash*.

2.5 O *backlash* na Análise Econômica do Direito (*Law and Economics*)

Embora isso seja absolutamente negligenciado, a Escola da Análise Econômica do Direito também ocupou-se do *backlash* como objeto de estudo. Para se ter ideia, o contexto que circunda esse tema recebeu a atenção do Banco Mundial, que organizou grupos de estudo com o propósito de explorar o papel que os Tribunais desempenham em processos de

Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 15)

⁹¹ FUX, Luiz. Op. Cit., p.270.

⁹² SOMBRA, Thiago Luís Santos. Supremo Tribunal Federal Representativo? O Impacto das Audiências Públicas na Deliberação. **Revista Direito GV**. São Paulo: v. 13, n. 1, p. 226-273, 2017. p. 267. A intrigante pesquisa é reveladora: “Em números absolutos, os Ministros que mais convocaram audiências foram Gilmar Mendes (judicialização do direito à saúde, regime prisional e depósitos judiciais) e Marco Aurélio (programa “Mais Médicos”, proibição do amianto e aborto de fetos anencéfalos), com três convocações cada um. No entanto, se promovida uma análise do tempo de criação da figura da audiência pública pela Lei n.º 9.868/1999 até os dias atuais, os números indicam que, ao longo dos últimos 25 anos à frente da Corte, Marco Aurélio manteve uma média pequena de convocações, 0,12 audiências por ano contra 0,23 do Ministro Gilmar Mendes, há 13 anos na Corte, nomeado em 2002. Por outro lado, nenhum dos casos em que o Ministro Gilmar Mendes convocou audiências públicas foi objeto de julgamento em Plenário, enquanto dois de Marco Aurélio já foram apreciados pelo Pleno”. (p. 243).

⁹³ Após ouvir críticas mordazes pela absolvição de João Paulo Cunha, Ricardo Lewandowski afirmou que “O juiz não deve ter medo das críticas, porque vota ou julga de acordo com sua consciência e de acordo com as leis. Não pode se pautar pela opinião pública ou a opinião publicada”. (Econômico Valor, 24.08.2012, Disponível em: <<http://www.valor.com.br/mensalao/2802568/lewandowski-diz-que-ja-esperava-criticas-pela-absolvicao-de-joao-paulo>>. Acesso em: 21 jan. 2018)

⁹⁴ ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança**. Uma Teoria do Controle Judicial de Constitucionalidade. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016, p. 273.

democratização⁹⁵. Instituições financeiras reconhecem que, sem a independência dos juízes, não há como preservar o Estado de Direito, e, sem Estado de Direito, inexitem condições propícias para a operação eficiente de uma economia aberta⁹⁶. Daí porque Mikhail Gorbachev asseverou que a *perestroika* dependia do compromisso com um *pravovoe gosudarstvo* (Estado de Direito).⁹⁷

De fato, como percebeu Mark J. Roe, se a política pode atrapalhar o mercado, não há mais razão para que a Escola da Análise Econômica do Direito continue a ignorar o *backlash*⁹⁸, sobretudo porque esse fenômeno social desequilibra a análise de eficiência que a L&E realiza sobre as leis e instituições sociais. A avaliação isolada de aspectos como tributação, regulação, política de subsídios e fatores análogos não é mais capaz de fornecer uma análise adequada da eficiência, caso não se considere a variável da instabilidade política que pode ser originada do *backlash*⁹⁹.

Para Mark Roe, curiosamente, “instituições produtivas levaram a um *backlash* político, tornando a sociedade comparativamente mais pobre”¹⁰⁰. Portanto, a se adotar essa perspectiva da Análise Econômica do Direito, o *backlash* pode até mesmo conduzir uma nação à pobreza. A constatação é relevantíssima se considerarmos que, além de fenômeno social, o *backlash* pode ser encarado como um direito em si mesmo. Trata-se do direito de, em uma democracia, orquestrar um conjunto de medidas de resistência lícitas contra uma decisão. Repita-se à exaustão: o *backlash* é o direito difuso à hostilização lícita de decisões do Poder Público.

Como direito que é, o *backlash* tem um custo. Stephen Holmes e Cass Sunstein, em célebre obra sobre o tema, averbam que “um direito legal existe, na realidade, apenas quando e se ele tem um custo financeiro”¹⁰¹. Restou superada, no Direito Constitucional, a vetusta ideia de que apenas os direitos sociais, econômicos e culturais (2ª dimensão) demandam a alocação de recursos. Qualquer direito tem um custo monetário, direto ou remoto, desde que

⁹⁵ EPSTEIN, Lee; KNIGHT Jack; SHVETSOVA, Olga. The Role of Constitutional Courts in The Establishment and Maintenance of Democratic Systems of Government. **Law and Society Review**. v. 35, n. 1, 2001, pp. 119.

⁹⁶ EPSTEIN, Lee; KNIGHT Jack; SHVETSOVA, Olga. Op. Cit., pp. 119.

⁹⁷ EPSTEIN, Lee; KNIGHT Jack; SHVETSOVA, Olga. Op. Cit., pp. 119.

⁹⁸ ROE, Mark J. Backlash. **Columbia Law Review**, v. 98:217, pp. 217-241, 1998, pp. 217.

⁹⁹ Op. Cit., pp. 219.

¹⁰⁰ Op. Cit., pp. 224.

¹⁰¹ HOLMES, Stephen. SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights**. Why Liberty Depends on Taxes. New York, Norton, 1999, pp. 19.

se deseje implementá-lo. Avançando no raciocínio, Holmes e Sunstein lembram que “o tempo das Cortes é o dinheiro dos contribuintes”¹⁰². Ora, no que atine ao tempo, nada mais contraproducente do que uma revolta social vocacionada a remover a autoridade de uma decisão que levou meses ou anos para ser gestada e dada à luz. Por conseguinte, o *backlash* tem custos políticos, sociais e orçamentários.

Ultrapassada a concepção pela qual apenas os direitos de segunda dimensão demandam disponibilidade orçamentária, já não causa surpresa a afirmação de que os direitos políticos também possuem um custo. Esse ponto é dos mais relevantes para esta pesquisa, porque é de se reconhecer que a solução de desacordos morais por mecanismos democráticos, a exemplo das consultas populares, também exigirá um custo financeiro. Na Romênia, ilustrativamente, estima-se que o referendo sobre o casamento gay custou um valor superior a \$40.000.000,00 (quarenta milhões de dólares)¹⁰³. Trata-se de um dado que, sobretudo na Análise Econômica do Direito, não pode ser descartado, dada a escassez dos recursos.

Seja qual for o marco teórico adotado, certo é que o *backlash* é uma possibilidade que merece ser, pelo menos, considerada. Mais do que isso, é útil que o seu risco seja calculado. A uma, porque, potencialmente, o fenômeno tem aptidão lesiva para fraturar uma sociedade. Isso, por si só, já deve alertar juízes e membros do Ministério Público. A duas, porque o efeito pode mesmo abortar futuros direitos que seriam naturalmente reconhecidos no Parlamento e digeridos pela sociedade. Logo, sobretudo no campo dos litígios de impacto ou litígios estratégicos, é proveitoso aquilatar a conveniência de demandar ou não demandar. Noutras palavras, inclusive para a advocacia, é importante avaliar se é oportuno e se convém aforar uma ação judicial para precipitar uma discussão sensível à sociedade.

A essa altura, um fato é inegável: o *backlash* tem um mínimo de potencialidade lesiva. Negar isso é assumir uma postura artificial de indiferença e menosprezo às revoltas sociais, que seriam tidas por inócuas, vãs ou inúteis. Refutar isso também equivale a assumir um perigosíssimo risco de desperdício de recursos financeiros. Não se pode subestimar um fenômeno social vocacionado ao combate de uma decisão. Logo, é útil calcular os riscos de erupção desse vulcão social, empreendimento que será demonstrado em momento posterior.

¹⁰² HOLMES, Stephen. SUNSTEIN, Cass R. Op. Cit., pp. 26.

¹⁰³ The Washington Post. **Romania spent over \$40 million on a referendum to ban same-sex marriage. Few bothered to vote.** Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/world/2018/10/08/romania-spent-over-million-referendum-ban-same-sex-marriage-few-bothered-vote/?utm_term=.47a50a54acd5>. Acesso em: 13 out. 2018.

3 DINÂMICA EVOLUTIVA

No que diz respeito à dinâmica desse fenômeno social, isto é, do seu itinerário e das suas etapas evolutivas, o *backlash* pode ser compreendido processualmente. A ritualística e o *modus operandi* podem variar, a depender dos meios pelos quais se exteriorizou e até mesmo do êxito precoce das reações sociais. Porém, ainda assim, é possível fornecer uma visão linear e temporal. Nessa perspectiva dinâmica, um interessante itinerário processual do *backlash* é apontado por George Marmelstein¹⁰⁴:

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

Algumas críticas devem ser endereçadas ao fluxograma descrito por Marmelstein. A primeira delas é a de que, no item 1, o itinerário limita-se ao *backlash* conservador, seguramente o mais recorrente. Contudo, nem sempre se desafia uma revolta social por meio de uma “decisão liberal”. Neste trabalho, já restou demonstrado que a doutrina e a própria história fornecem exemplos do que alguns denominam de *backlash* “progressista” (v.g o caso *Bowers v. Hardwick* - 1986), fenômeno que hostiliza decisões conservadoras. Nesse caso, não há assunção de “vanguarda na defesa dos direitos fundamentais”, mas sim uma decisão que reafirma o *status quo*. Esse simples ponto de partida eleito pelo autor compromete e contamina todo o seu raciocínio posterior.

O segundo aspecto a ser criticado é que, no item 2, Marmelstein presume uma relativa indecisão na opinião pública, que não estaria “bem consolidada” e, por isso, mais vulnerável a ser cooptada por “discursos conservadores [...] recheados de falácias”. Pesquisas de opinião

¹⁰⁴ MARMELSTEIN, George. **Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: Reações Políticas à Atuação Judicial.** Disponível em: <<https://direitosfundamentais.net/2015/09/05/efeito-backlash-da-jurisducao-constitucional-reacoes-politicas-a-atuacao-judicial/>>. Acesso em: 13 jun. 2018.

revelam, no entanto, que o índice de indecisos ou abstêmios em assuntos como pena de morte, drogas, aborto e redução da maioria penal é quase insignificante: a maioria dos brasileiros segue favorável à proibição do porte de maconha para consumo pessoal, sendo que apenas 1% não se posicionou e 2% não opinaram; a maior parcela dos brasileiros adultos segue favorável à criminalização do aborto, enquanto uma parcela de 7% absteve-se de opinar; a maior parte dos brasileiros declarou ser favorável à pena de morte, tema considerado indiferente para 1% e sobre o qual 3% não emitiram opinião; a maioria dos brasileiros adultos é favorável à redução da maioria penal de 18 (dezoito) para 16 (dezesesseis) anos, sendo que 2% não opinaram¹⁰⁵.

Bem se vê, dados empíricos comprovam que, certo ou errado, o povo sabe o que quer. Boa ou má, as pessoas têm uma opinião sobre o mundo que as circunda. E mais: essa opinião pode manter-se estável por décadas. Apesar de algumas flutuações, as pesquisas demonstram que, em alguns casos, há, sim, uma certa consolidação na opinião pública. Por exemplo, de 1995 a 2012, o índice de brasileiros que apoiam a proibição do porte de maconha para consumo pessoal manteve-se estável¹⁰⁶. O mesmo ocorreu quanto ao índice dos que manifestaram apoio à descriminalização. Nota-se que a opinião pública conservou-se praticamente incólume por quase vinte anos. É de se ressaltar que, em junho de 2011, o Supremo Tribunal Federal permitiu a realização de eventos conhecidos como “marcha da maconha” (ADPF 187), o que pode, isso sim, ter influenciado a visão de parte dos brasileiros sobre a problemática. Em princípio, não há jurisdição que exerça autoridade sobre o coração humano. Um juiz pode punir alguém pelo crime de racismo, mas sua sentença não tem poderes para desconstituir, na pessoa sentenciada, opiniões racistas. Entretanto, alguns estudos desenvolvidos na área de Psicologia Social sugerem que, alterando-se primeiramente o comportamento do ser humano, é possível, em um momento posterior, influenciar sua visão de mundo¹⁰⁷. Se é legítimo ao Judiciário atuar como uma vanguarda iluminista, promovendo saltos históricos, é uma valoração descabida para os propósitos deste trabalho. O importante é esclarecer que leis e decisões judiciais conseguem moldar a opinião pública, dada a cogência e autoridade dos atos legislativos e jurisdicionais, mas talvez a sociedade não seja exatamente

¹⁰⁵ Os dados foram coletados pela Gerência de Pesquisas de Opinião do Datafolha, por meio de 2.765 (duas mil, setecentos e sessenta e cinco) entrevistas presenciais, em 192 (cento e noventa e dois) municípios, nos dias 29 e 30 de novembro de 2017 (Temas Polêmicos - PO n.º 813942).

¹⁰⁶ Datafolha, PO n.º 813942.

¹⁰⁷ “À medida que passaram a agir de maneira mais parecida, os norte-americanos passaram a pensar de maneira mais semelhante (Greeley & Sheatsley, 1971; Taylor et al., 1978)” (MYERS, David. G. *Psicologia Social*. 10. ed. Porto Alegre: AMGH, 2014, p. 124)

manipulada por “discursos conservadores [...] com forte apelo emocional”. É possível que ocorra uma identificação representativa entre opiniões conservadoras do povo e os candidatos que apresentam discursos tradicionais.

Não se deve subestimar a capacidade do povo de posicionar-se sobre assuntos controversos. A deficiência de julgamento e a precária valoração de mundo, portanto, até podem ser presumidas para crianças, mas não é a regra para pessoas adultas, instruídas ou não. A propósito, a mesma pesquisa indica que tais posicionamentos são compartilhados principalmente entre pessoas economicamente desvalidas, o que não desqualifica a respeitabilidade dessas visões de mundo (tampouco as visões de mundo comungadas pelas pessoas mais afortunadas, que são igualmente respeitáveis). Sobretudo, porque a inteligência de alguém não é medida pela sua habilidade com letras e números. Quando o constituinte, na redação original da Constituição de 1988, reconheceu o *jus suffragii* (direito de voto) aos analfabetos, mas não o franqueou aos alfabetizados menores de 18 (dezoito) anos, revelou que a opinião política do adulto analfabeto parecia-lhe comparativamente mais digna de prestígio que aquela compartilhada por adolescentes letrados nas melhores escolas do país. Entre a opinião política de um conscrito, alguns com nível de escolaridade superior (v.g médicos, dentistas etc.), e a opinião de um analfabeto agricultor, o constituinte preferiu este àquele. Do mesmo modo, ao consagrar o voto universal, em vez daquele baseado na renda ou na escolaridade, optou-se por reverenciar as visões de mundo das pessoas mais humildes. Tudo isso diz muito sobre o espírito da Constituição de 1988, que tem deferência pela opinião do povo, de onde verdadeiramente emana o poder.

Realmente, o *backlash* costuma nascer de decisões que solucionam desacordos morais, portanto, de temas que dividem o sentimento social. Porém, essa divisão costuma ser desigual, sendo bastante frequente que exista uma opinião pública predominante, ainda que nem sempre seja tarefa simples decifrá-la. É exatamente dessa fração social incomodada pela decisão que, em geral, a reação política se origina. A visão de Marmelstein parece contagiada por um paternalismo jurídico, enxergando o povo brasileiro como portador de uma opinião frágil, portador de uma “consciência social” que “não está bem consolidada”, por conseguinte, facilmente manipulável pelo sofismo de conservadores falaciosos. Talvez, a cosmovisão dos brasileiros não seja tão influenciável assim.

A crítica tecida ao item 2 se estende ao item 3. Por vezes, não há qualquer mudança na opinião pública causada pelo *backlash* (item 3). Não raro, a decisão hostilizada já é, *ab initio*,

proferida de encontro à opinião pública dominante (e não ao encontro dela). Desse modo, é justamente por contrariar o sentimento social que as decisões são hostilizadas, não porque contrariaram interesses de conservadores que, persuadindo uma sociedade indecisa, conseguem capturar um rebanho de eleitores para suas agendas políticas.

Outro aspecto a ser questionado é a dificuldade de cognição social, no que diz respeito à opinião pública: trata-se de um dado difícilimo de ser extraído, conforme se verifica em estudos especializados.

Por fim, no item 7, as valorações “retrocesso” e “pior” não traduzem um problema científico, mas sim um problema de valor. Como ensina Fred N. Kerlinger, “uma questão de valor pergunta qual de duas ou mais coisas é melhor ou pior que outra [...]”, exigindo “um julgamento das coisas a serem avaliadas”¹⁰⁸. É impossível testar empiricamente a correção ou incorreção desses enunciados, porque não afirmam e nem implicam relações entre variáveis. Não há como afirmar ou infirmar que uma dada “situação normativa” traduz um “retrocesso jurídico” se comparada à situação anterior ao julgado. No campo moral, é possível arriscar esses palpites, mas é difícil fazê-lo na ciência. O referido professor da Universidade de Amsterdã preceitua que “uma hipótese é um enunciado conjectural das relações entre duas ou mais variáveis”¹⁰⁹. Neste trabalho, duas delas são defendidas: desacordos morais solucionados pelo Parlamento são assimilados com menor impacto pela sociedade e desacordos morais precipitados na arena judicial são mais propensos a uma reação social que hostilizará a decisão. O que se considera como pior, melhor, progresso ou retrocesso escapa à análise em apreço.

Por fim, também não é correto associar umbilicalmente conservadorismo e retrocesso, na medida em que é possível conservar um dado progresso alcançado e, por meio dessa conservação, impedir que se retroceda. Por um consectário lógico, combater o retrocesso não deixa de ser uma postura conservadora, porque tendente à manutenção do *status* outrora considerado como avanço. De mais a mais, é possível conservar aquilo que é valioso, evitando-se a deterioração pela ação do tempo ou do homem. Por exemplo, conservar os costumes de uma comunidade quilombola, de modo a evitar o etnocídio, é uma conservação que não se faz acompanhar de qualquer retrocesso. Da mesma maneira, conservar o meio

¹⁰⁸ KERLINGER, Fred Nichols. **Metodologia da Pesquisa em Ciências Sociais**. Um Tratamento Conceitual. São Paulo: Pedagógica e Universitária LTDA, 1910, p.33-34.

¹⁰⁹ Op. Cit., p. 38.

ambiente é uma medida edificante, tanto quanto restaurá-lo. Os museus, verdadeiros templos culturais, revelam quão preciosa é a arte de bem conservar, assim como a habilidade de restaurar. Como lembra Roger Scruton, filósofo britânico, conservadores são também restauradores¹¹⁰. A biografia de uma nação não é escrita somente por rupturas e mudanças, mas também pela conservação. Sobretudo, porque a história, a cultura e as instituições de uma sociedade são repositórios dos valores humanos¹¹¹. Logo, conservar o que é precioso é tão importante quanto reformar o que merece ser aperfeiçoado.

¹¹⁰ SCRUTON, Roger. **O Que É Conservadorismo**. São Paulo: É Realizações, 2015, p.53.

¹¹¹ SCRUTON, Roger. Op. Cit., p.56.

4 FORMAS DE EXTERIORIZAÇÃO DO *BACKLASH*

O *backlash* não se confunde com a mera opinião pública desfavorável a um julgado. Mais do que isso, nele, tem-se uma verdadeira revolta social, que se exprime por meio de atos estratégicos destinados a enfraquecer ou mesmo superar a decisão hostilizada. Assim, como revolta social que é, exterioriza-se no mundo fenomênico por meio de comportamentos da sociedade. É importante analisar essas exteriorizações, porque elas revelarão a morfologia do *backlash*, inclusive, o seu impacto social.

Metodologicamente, neste momento do trabalho, o enfoque será o *backlash* doméstico, vale dizer, aquele que se levanta para desafiar medidas ou decisões proferidas no compartimento nacional, isto é, em um dado país. A exteriorização do *backlash* internacional é bastante peculiar e merece um estudo à parte, o que tem sido feito a contento pela Universidade de Copenhague (Dinamarca). De toda sorte, para não omitir completamente o assunto, registre-se que tem sido comum a manifestação do *backlash* internacional, ilustrativamente, quando uma gama de estados nacionais orquestram um boicote coletivo para o desmantelamento de um Tribunal¹¹². Assim como a Venezuela e a República de Trindade e Tobago deixaram a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a Ruanda retirou-se da jurisdição da Corte Africana de Direitos Humanos no que concerne às petições individuais e subscritas por ONGs¹¹³. Basicamente, esse é o aspecto extrínseco do *backlash* internacional.

Volta-se para o *backlash* nacional. A partir de uma análise casuística do passado, isto é, de notáveis decisões controversas proferidas na história da humanidade, além de outros julgados periféricos, percebe-se que muitos sintomas podem sinalizar a ocorrência do *backlash*. Os 10 (dez) sintomas mais recorrentes foram elencados nas categorias a seguir:

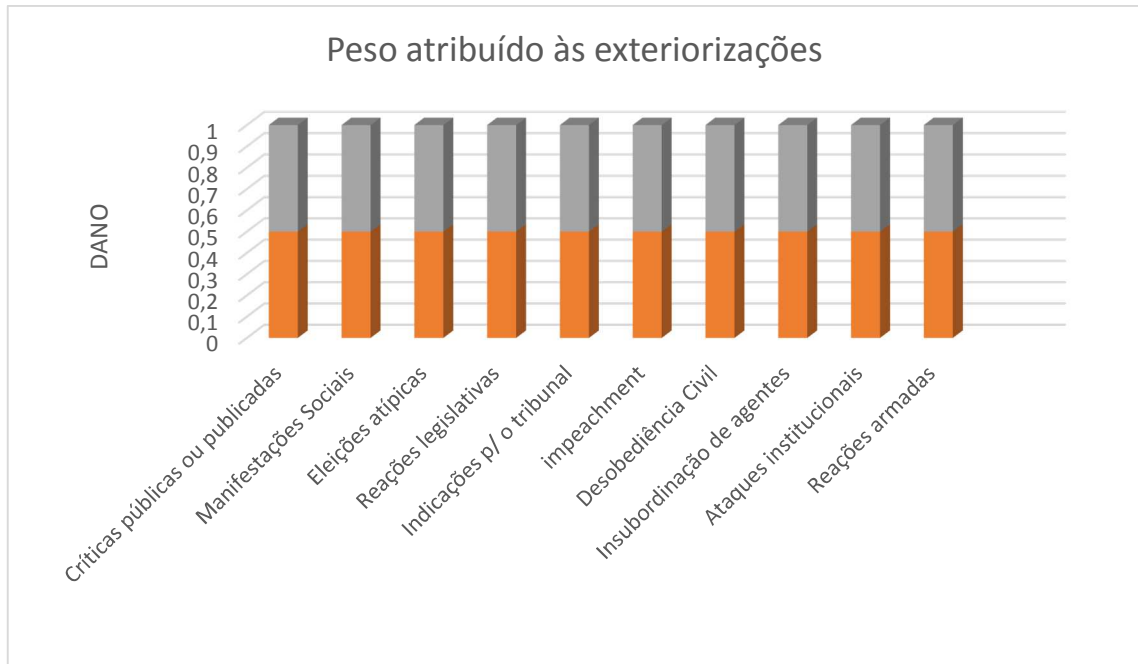
- críticas jornalísticas ou de personalidades, contumazes, mordazes e tecidas em veículos de mídia diversificados (v.g *Roe v. Wade*, *Kruzifix-Urteil*, descriminalização da maconha na Georgia);
- manifestações sociais: protestos, greves, passeatas, comícios, procissões, desfiles etc.(v.g *Kruzifix-Urteil*, *Roe v. Wade*);

¹¹² MADSEN, Mikael Rask; CEBULAK, Pola; WIEBUSCH, Micha. Backlash against International Courts: Explaining the Forms and Patterns of Resistance to International Courts. **International Journal of Law in Context**, 14(2), 2018, pp. 6.

¹¹³ MADSEN, Mikael Rask; CEBULAK, Pola; WIEBUSCH, Micha. Op. Cit., pp. 4.

- instrumentalização da decisão na plataforma eleitoral, podendo haver um giro copérnico no resultado de processos eleitorais, ou a perda repentina de mandatos exercidos por políticos tradicionalmente estabilizados na carreira política (v.g *Brown v. Board of Education*, *Goodridge v. Department of Public Health*, *Miranda v. Arizona*);
- reações legislativas (v.g *Kelo v. New London*, *Furman v. Georgia*, *Miranda v. Arizona*);
- atos de desobediência civil;
- insubordinação de autoridades e agentes do Poder Público (v.g *Kruzifix-Urteil*);
- desconfiguração do perfil das Cortes Constitucionais, a exemplo da indicação de autoridades com uma visão distinta da composição majoritária (*Roe v. Wade*);
- *impeachment* para a destituição de Ministros das Cortes (em se tratando de juízos singulares; exemplifica-se com o *recall* para a remoção de juízes – v.g crime sexual no *campus* da Universidade de Stanford, na Califórnia – EUA);
- ataques à instituição propriamente dita, como atos arbitrários de *court packing*, corte no orçamento dos Tribunais etc.;
- atentados terroristas (*Roe v. Wade*), revoltas armadas e guerra civil (*Dred Scott v. Sandford*).

O catálogo de exteriorizações do *backlash* deve ser tido como *numerus apertus*. Em uma escala de impacto ascendente, o *backlash* pode manifestar-se das críticas jornalísticas às reações armadas. Esses dois extremos possuem matizes intermediários que, a depender da intensidade em que se manifestam, podem ser escalonados conforme o peso, vale dizer, conforme o dano causado pela exteriorização.



É possível raciociná-los de maneira linear e cronológica, embora não de maneira rígida. Críticas na imprensa podem ou não desencadear movimentos populares. Afinal, matérias jornalísticas, mesmo as mais mordazes, nem sempre fazem eco nas ruas (estágio 1). Porém, é possível que a revolta social ultrapasse a letra fria dos jornais para se materializar em atos concretos de reivindicação popular (estágio 2). Da mesma maneira, nem sempre as urnas são caixas de ressonância da voz das ruas. Há manifestações populares que não conseguem influenciar o resultado do pleito eleitoral, tampouco a campanha de candidatos. Isso porque as manifestações se dissipam antes do processo eleitoral. Diferentemente, há manifestações significativas o suficiente para impactarem as eleições (estágio 3). Uma vez eleitos, os mandatários do povo podem ignorar o motivo original que os elegeu, abstendo-se de qualquer iniciativa política destinada a combater a decisão hostilizada. Por outro lado, o apelo popular pode revestir-se de uma magnitude política que simplesmente não lhe permita ser ignorado pelos mandatários, o que originaria as chamadas reações legislativas (estágio 4). Em regra, tais reações já aplacam a sanha popular de destruir o precedente judicial. Contudo, para que a história não se repita (ou por outras razões técnicas abordadas posteriormente), é possível que, diante de uma vacância eventual, o Chefe do Executivo indique novos magistrados com um perfil ideológico diverso daqueles responsáveis pela decisão vergastada socialmente (estágio 5). Mesmo que isso venha a ocorrer, trata-se de uma reação política do Executivo, situada no campo da licitude. Havendo configuração de crime de responsabilidade, o povo poderá reagir de uma maneira mais drástica, qual seja, o *impeachment* do juiz que prolatou a decisão (estágio 6). Se a decisão sobreviver à reação legislativa, havendo ou não

impeachment, o julgado desafiará uma desobediência civil, uma fronteira nebulosa entre o lícito e o ilícito (estágio 7).

Cruzada a fronteira da desobediência civil, os atos seguintes expressam *backlashes* que, se banalizados, são claramente antijurídicos. O escopo, nas fases seguintes, se aproxima gradualmente de um atentado contra o Tribunal em si mesmo, minando-lhe a independência.

É possível que a indiferença do Poder Público resulte em uma insubordinação dos seus agentes. Simplesmente, o julgado é ignorado por quem deveria cumpri-lo exemplarmente, gerando uma sensação de anomia (estágio 8). Alterando-se a mira das decisões para o próprio órgão prolator das decisões, uma série de ataques podem ser orquestrados contra a instituição propriamente dita: cortes orçamentários, suspensão das atividades, atos arbitrários de *court packing* etc. (estágio 9). Por fim, reações armadas, de ímpeto revolucionário, podem materializar-se. A incapacidade de aceitação do grupo atingido pode ocasionar uma revanche pautada, por exemplo, em atentados terroristas. Tais atos originam-se dos cidadãos e podem ser endereçados aos próprios cidadãos ou em face das autoridades, em uma espécie de autofagia social com idoneidade para evoluir para uma guerra civil (estágio 10).

A primeira observação é que uma decisão judicial pode ser destruída, por exemplo, no estágio 4. Isso tornaria improvável uma evolução para as medidas seguintes. Outro ponto digno de nota é que podem haver saltos, ou seja, nada impede que a reação social migre do estágio 2 (manifestações sociais) para o estágio 4 (reações legislativas), eliminando-se a etapa do processo eleitoral¹¹⁴. Para isso, basta que a reação legislativa seja operada por parlamentares já eleitos, que simplesmente ouviram a sociedade. Por último, a depender das peculiaridades do *backlash* como fenômeno social, poderá haver uma inversão de etapas. Quando Viktor Yanukovytsch, então presidente da Ucrânia, negou-se a promover uma aproximação deste país com a União Europeia, as manifestações de 2013 em Kiev (Euromaidan) evoluíram rapidamente para reações armadas, tendo como ponto culminante a deposição da referida autoridade. Praticamente, um hiato entre manifestações e guerra civil. A

¹¹⁴ Aliás, a Psicologia Coletiva revela que manifestações sociais podem evoluir rapidamente reações armadas (última etapa das exteriorizações). Conforme sublinhado pelo psicólogo francês Pierre Mannoni, que assistiu ao protesto multitudinário oriundo da assembleia de Maio de 1968, em Paris, “[...] pudemos verificar a que ponto a multidão entusiasta corria o risco de oscilar para a violência. Basta, por exemplo, que um contraditor se manifeste nesses momentos de exaltação em que a intensidade emocional atinge por vezes o cúmulo, para que seja visto como o inimigo a abater. E em geral a multidão não se priva de o fazer. No fundo, as fronteiras categoriais entre as violências e os entusiasmos colectivos parecem bastante pouco nítidas, e as massas passam facilmente de uns para outras”. (MANNONI, Pierre. **A Psicologia Colectiva**. Portugal: Publicações Europa-América, 1988, pp. 43).

beligerância na Ucrânia foi mais intensa do que as manifestações contrárias às decisões do Tribunal Constitucional da Espanha, quando invalidou dispositivos do Estatuto da Catalunha e não reconheceu a possibilidade de separação. Portanto, o elenco em estudo não deve ser tomado de maneira rígida e inflexível. Conclui-se que atingir uma determinada fase não implica necessariamente o transcurso das anteriores, embora seja mais didático compreender um percurso progressivo e linear.

Se isoladamente considerados, os sintomas acima podem não evidenciar com segurança a ocorrência do *backlash*, ou seja, tomados individualmente, eles não forneçam um diagnóstico seguro. Por outro lado, quando conjugados, podem atuar como um poderoso indicador da ocorrência do fenômeno social em estudo. A partir de quantos sintomas podemos afirmar, com segurança, que configurou-se o *backlash*? A resposta demanda uma análise sistêmica, não exatamente quantitativa. Há casos em que, a depender da intensidade com a qual se manifestam, até mesmo um único sintoma pode ser decisivo para o diagnóstico.

Admitamos que um tradicional e experiente juiz profira uma decisão que fraturou a opinião pública, porque posicionou-se de maneira controversa em um tema sensível. Se, poucos meses depois, um *recall* o remove do cargo, trata-se de um sintoma isolado, mas relativamente seguro para decifrar a difícil tarefa de cognição social. Com uma imensa probabilidade, operou-se um *backlash*. Por outro lado, notícias jornalísticas que hostilizam uma decisão estão longe de representar um dado confiável, mormente quando se sabe da cooptação dos veículos de mídia por determinados grupos. Tudo, portanto, depende do caso a ser avaliado.

Seja como for, algumas cautelas também devem ser adotadas. Protestos hostis e episódicos não dizem muito como um termômetro social, mas manifestações perenes e duradouras podem ser um indicador eficaz. Outro ponto a ser avaliado é que minorias organizadas podem se fazer perceber mais do que maiorias desarticuladas. Ademais, o poder econômico e a propriedade dos veículos de mídia também são fatores que podem confundir a cognição social, principalmente pela instrumentalização de pessoas a serviço de interesses governamentais, classistas, financeiros, políticos e partidários. Lamentavelmente, quando se trata de simular necessidades e mascarar interesses, seres humanos são manipulados como marionetes. A voz das ruas existe, mas também há quem, alucinadamente, delire ouvir vozes. A voz do povo é uma realidade, porém, um impostor pode apresentar-se, com oportunismo, na qualidade de porta-voz da população. Nem tudo que é dito por um advogado pode ser

atribuído à vontade real do cliente que o constituiu. As negociações efetuadas por um líder sindical, às vezes, não correspondem exatamente aos anseios dos sindicalizados. Em que medida um prefeito tem legitimidade para falar em nome do povo que governa? Quando, precisamente, um líder estudantil fala por si e quando fala em nome dos estudantes por ele representados? Discernir esses aspectos é tarefa espinhosa e reveladora da dificuldade de uma cognição social. Para aferir o *backlash*, é sempre mais seguro observar o comportamento da fonte primária do poder (povo), e não seus mandatários, procuradores ou exercentes.

Outro ponto digno de nota é que se pode estabelecer uma correlação entre a divisão espacial do poder em função do território e determinadas maneiras de exteriorização do *backlash*. O tipo de manifestação do *backlash* varia conforme a forma de Estado adotada, se federal ou unitário. Pela importância de verticalização do tema e pelos mitos envolvidos, as formas de exteriorização serão abordadas em tópicos próprios.

4.1 Críticas públicas ou publicadas

A primeira maneira de desqualificar uma decisão é endereçando-lhe críticas mordazes, que demonstrem, por exemplo, a sua irracionalidade ou a sua injustiça. As críticas são como uma faísca na opinião pública, que pode ou não incendiar-se, evoluindo para outras etapas de hostilização. Exatamente por esse risco, alguns Tribunais estão expedindo notas públicas justificadoras das suas decisões, como uma maneira de tentar proteger a credibilidade da instituição e a reputação dos seus juízes. Por exemplo, isso foi feito pela Corte Constitucional da Geórgia e também é uma prática da Corte Constitucional da Romênia. De maneira similar, estudos evidenciam que a Corte Constitucional da Indonésia também é bastante vulnerável à opinião pública, inclusive, ouvindo com muita deferência os pleitos formulados por Organizações Não Governamentais (ONGs) e revelando uma maior propensão para julgar favoravelmente as petições que contam com um maior apoio numérico de pessoas¹¹⁵.

A vulnerabilidade às críticas sistemáticas se acentua quando o alvo é uma Corte Constitucional recente, cuja legitimidade ainda está em fase de consolidação, como é o caso, mais uma vez, da Corte Constitucional da Indonésia (2003). Não por acaso, esse Tribunal, assim como o Supremo Tribunal Federal (Brasil), tem investido em julgamentos

¹¹⁵ NARDIR Jr., Dominic J. **Embedded Judicial Autonomy: How NGOs and Public Opinion Influence Indonesia's Constitutional Court.** Doctoral Degree of Philosophy (Political Science) in The University of Michigan (USA), 2018. Nesse estudo, o autor utilizou um *software* criado para detectar plágios, analisando centenas de petições endereçadas à Corte Constitucional da Indonésia e correlacionando com o que efetivamente foi contemplado no corpo textual das decisões.

televisionados, mídias sociais, transparência e demais medidas vocacionadas a aproximá-lo do público. Embora não dependam da opinião pública para a investidura no cargo, muitos juízes precisam dela para proteger o Tribunal de ataques governamentais.

Considerando o poder de influência da imprensa e de pessoas com notoriedade social, declarações públicas, ainda que nem sempre publicadas, são como um dardo venenoso contra a respeitabilidade de um Tribunal. Às vezes, tais declarações conclamam a sociedade a uma desobediência civil. Ilustrativamente, o senador norte-americano James Eastland qualificou *Brown v. Board of Education* (1954), que proibiu a segregação racial nas escolas, como uma “tirania judicial”, sugerindo a inobservância do julgado, sob a justificativa de que “a opinião pública é lei e nenhuma lei pode vigorar se não tiver atrás dela a força da opinião pública”¹¹⁶. Portanto, por críticas públicas ou publicadas, entenda-se o gesto de repúdio por parte dos veículos de mídia (jornais, rádios, televisões, Internet etc.) e personalidades públicas (discursos, declarações etc.).

4.2 Manifestações sociais

Mesmo que Tribunais se coloquem como absolutamente independentes, não se deve subestimar as manifestações sociais e a sua capacidade de persuasão. Obviamente, o mais natural é que elas ocorram em regimes democráticos, como uma maneira de demonstrar o descontentamento social, mas isso não exclui a possibilidade de movimentos sociais alterarem o curso da História em países integrantes da chamada zona cinzenta do mundo¹¹⁷.

Como aponta Nebojša Vladislavljević, há evidências de que manifestações populares colaboraram para a evolução, o declínio e a queda do regime comunista na antiga Iugoslávia¹¹⁸. Segundo o cientista político sérvio, manifestações sociais têm aptidão até mesmo para alterar a configuração de um regime político, transformando um regime autoritário em democrático ou, pelo menos, em uma modalidade mais amena de autoritarismo. Mesmo quando os movimentos sociais não operarem mudanças dessa envergadura, porque o próprio regime atacado superou a resistência social apresentada contra o seu governo, ainda

¹¹⁶ RODRIGUES, Lêda Boechat. **A Corte de Warren**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991, p. 92.

¹¹⁷ A expressão *gray zone* tem sido empregada por cientistas políticos para designar, por exemplo, países do Leste Europeu que se desvencilharam do comunismo, mas que ainda não alcançaram uma democracia consolidada. Situam-se, pois, em uma zona de transição por vezes denominada de constitucionalismo autoritário, democracias híbridas etc.

¹¹⁸ VLADISAVLJEVIĆ, Nebojša. **Popular Protest in Authoritarian Regimes: Evidence from Communist and Post-communist States**. *Southeast European and Black Sea Studies*, v. 14, n. 2, 139–157, may, 2014, pp. 140.

seria possível perceber alguns ganhos: será possível perceber alterações benéficas nas políticas, composição da classe dominante, instituições e governança¹¹⁹. Ora, se assim o é com regimes autoritários, com mais razão diante de decisões judiciais proferidas no contexto de um Estado Democrático de Direito. Definitivamente, as manifestações sociais têm o condão de amplificar a voz dos que se rebelam contra um julgado, ou seja, atuam como um fio condutor de uma reação *backlash*.

Sob a rubrica de manifestações sociais, entenda-se todo tipo de ato coletivo da sociedade civil destinado a hostilizar uma medida ou decisão, a exemplo de greves, comícios, desfiles, procissões, carreatas, além de reações bastante específicas que não poderiam ser tipificadas de maneira apriorística. Por exemplo, o restabelecimento do banimento de atletas negros em competições desportivas, após a decisão proferida em *Brown v. Board of Education* (1954). Katya Kozicki fornece exemplos bem peculiares de reações sociais, como “o escracho popular da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP) por conta da participação de empresários no financiamento da Ditadura Militar”, supostamente um *backlash* contra a decisão do STF que considerou como recepcionada a Lei de Anistia (ADPF 153)¹²⁰.

Muitas manifestações sociais se fazem acompanhar de atos de vandalismo e depredação, de maneira episódica. Metodologicamente, tais manifestações sociais serão categorizadas neste tópico. Somente quando a manifestação social possui um perfil nítido de resistência beligerante, a exemplo do que ocorreu na Primavera Ucraniana (2014), a classificação migra para o *status* de reações armadas.

4.3 Eleições atípicas: o uso da decisão como argumento de retórica para capitalizar votos

A depender do grau de reprovabilidade social de uma medida ou decisão, é possível que candidatos a cargos eletivos a instrumentalizem como uma ferramenta de impulso político. Vampirizando a opinião pública ou simplesmente atuando como porta voz da fração social atingida, tais candidatos acabam sendo eleitos de uma maneira, às vezes, que destoa do padrão comportamental historicamente observado nas urnas. Mitt Romney, governador do estado de Massachusetts (USA), explorou eleitoralmente a antipatia social despertada por

¹¹⁹ VLADISAVLJEVIĆ, Nebojša. Op. Cit., pp. 143.

¹²⁰ KOZICKI, Katya. *Backlash*: as “Reações Contrárias” à Decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 153, p. 194. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo de; SILVA FILHO, José Carlos Moreira da; PAIXÃO, Cristiano; FONSECA, Livia Gimenes Dias da; RAMPIN, Talita Tatiana Dias. **O Direito Achado na Rua**: introdução crítica à justiça de transição na América Latina. v. 7. Brasília: UnB, 2015.

Goodridge v. Department of Public Health (2003), quando a Suprema Corte de Massachusetts reconheceu o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Se a depreciação da decisão é amplamente utilizada como um instrumento de campanha eleitoral, tem-se mais uma exteriorização *backlash*. A depender da intensidade dessa manifestação, poderá haver um resultado eleitoral anormal (no melhor sentido, afinal, o povo é livre para alterar os rumos eleitorais), vale dizer, que destoa daquilo que tradicionalmente se observa no comportamento das urnas.

4.4 Reações legislativas

Segundo o artigo 102, § 2º, da Constituição Brasileira de 1988:

As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Percebe-se que o Poder Legislativo, na sua função típica de legislar, não se vincula à decisão da mais Alta Corte. Como o Parlamento não se acorrenta aos ditames do julgado, poderá elaborar uma norma com conteúdo idêntico àquele censurado pelo STF, no mesmo dia em que publicada a decisão¹²¹.

Quando o Supremo Tribunal Federal afirma que uma lei é inconstitucional, isto equivale a dizer que o diploma foi invalidado porque o seu teor era incompatível com o significado que hoje é atribuído pelo STF à Constituição. Com o passar dos anos, alterando-se a composição dos membros da Corte, talvez um novo significado seja atribuído ao mesmo documento constitucional. Entretanto, se o Legislativo estivesse eternamente proibido de elaborar um diploma idêntico ao censurado no passado, seria como se o antigo significado de Constituição ainda estivesse em vigor, bloqueando a elaboração da norma invalidada, *ad aeternum*. Seria um prolongamento do antigo significado de Constituição, para todo o sempre. Esse fenômeno foi pejorativamente chamado de “fossilização da Constituição” e é considerado indesejado pelo pensamento até então dominante no Brasil. Exatamente para evitar essa fossilização da Constituição, entende-se que a decisão que invalida uma lei não proíbe o Legislativo de elaborá-la novamente, possibilitando-se que o Parlamento reaja diante do comportamento do Judiciário que fulminou a sua obra. Essa reedição da norma invalidada,

¹²¹ ADI n.º 907, RTJ 150/726.

portanto, é tecnicamente denominada de reação legislativa¹²². Não raro, a reação legislativa é o *grand finale* do *backlash*, ou seja, o golpe de misericórdia, dada a sua potencial aptidão para sepultar a decisão hostilizada pela sociedade. Todavia, é possível haver *backlash* sem reação legislativa, assim como pode existir reação legislativa sem *backlash*. Uma coisa não implica a outra.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal tem efetuado uma importante distinção quanto à maneira pela qual essas reações legislativas são apresentadas¹²³. Na hipótese de reação legislativa veiculada por lei ordinária ou lei complementar, o diploma com idêntico teor ao censurado já nasce com uma presunção de inconstitucionalidade. Trata-se da única hipótese em que isso ocorre, afinal, como as leis em geral escaparam do controle preventivo de constitucionalidade (v.g. sobreviveram à análise das Comissões de Constituição e Justiça e ao veto jurídico presidencial), milita em favor delas uma presunção *juris tantum* de constitucionalidade. São as chamadas leis *in your face*. Tem-se, pois, uma deferência raquítica do STF, que só se retratará caso o Congresso consiga demonstrar que sobrevieram mudanças no arcabouço fático-jurídico. A grande verdade é que as reações legislativas veiculadas por leis infraconstitucionais situam-se nos domínios da cláusula *rebus sic stantibus*. Diferentemente, nas hipóteses de reação legislativa veiculada por emenda à Constituição, a deferência é sobremodo maior, porque altera-se o próprio parâmetro utilizado pela Corte para a interpretação constitucional. Nesse caso, a análise do Supremo Tribunal Federal limitar-se-á a aferir se a emenda vulnerou cláusulas pétreas. Não sendo o caso, promove-se uma alteração da interpretação constitucional, por meio dessa superação legislativa.

¹²² Embora o fundamento comumente apontado seja evitar a fossilização da Constituição, é possível indicar uma outra boa razão, pelo menos, no Brasil. Segundo o artigo 49, V, CF/88. “É da competência exclusiva do Congresso Nacional: sustar os atos normativos **do Poder Executivo** que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa” (destacamos). Como se vê, a Carta Magna muniu o Legislativo de uma importante ferramenta para combater a usurpação advinda do Executivo, mas não previu explicitamente um mecanismo que protegesse o Legislativo da intromissão do Judiciário. Isso porque, à época, o STF de Moreira Alves revelava uma profunda deferência pela separação dos Poderes. Logo, é crucial franquear ao Legislativo a oportunidade da voz e da vez, para tentar alterar, por meio de reações legislativas, a interpretação constitucional efetuada pelo STF. No Direito Comparado, encontramos mecanismos jurídicos que podem amenizar essa indesejada hipertrofia do Judiciário. Dentre eles, a Constituição do Canadá previu a *not with standing clause* (cláusula não obstante), pela qual o Legislativo poderia aplicar determinada norma, não obstante tal diploma estivesse em desarmonia com a Constituição (Seção 33, Carta de Direitos Canadenses de 1982). Em Israel, possibilita-se ao Parlamento (Knesset), desde que por um consenso maior (maioria absoluta), editar uma lei que contrarie a *Basic Law*. Ambas são formas de combater o ativismo judicial, tão caro a um país que se pretende governado pelo povo e para o povo. No Brasil, não acolhemos a cláusula *not with standing*. Sendo assim, mais do que nunca, repita-se: afigura-se imprescindível franquear ao Legislativo a oportunidade da voz e da vez, para que tenha a chance de se fazer ouvir, por meio de reações legislativas, acerca do acerto ou desacerto da interpretação constitucional efetuada pelo STF.

¹²³ ADI 5105/DF.

Quando apenas um estado da federação edita uma lei que desafia o precedente judicial controverso, tem-se uma reação legislativa, mas não necessariamente um *normative backlash*. Ora, *mutatis mutandis*, o estado insatisfeito é apenas um condômino do extenso condomínio federativo, que se compõe, no Brasil, de 27 (vinte e sete) unidades condominiais (estaduais e distrital). Nos Estados Unidos, por sua vez, a federação conjuga 50 (cinquenta) estados e um distrito federal. Assim como a insatisfação de um único condômino é insuficiente para atestar a impopularidade de uma medida adotada pelo síndico, a voz isolada de um estado é muito pouco para comprovar um *backlash* no condomínio federativo. A vontade dissonante de um único estado, que é veiculada por meio de uma lei reativa ao precedente, longe de representar um *backlash*, acaba por confirmar, *a contrario sensu*, o silêncio resignado e tolerante de todos os demais membros da aliança. Em boa verdade, reações legislativas crônicas ou generalizadas fornecem uma base segura para concluir pela configuração do *backlash*. Após a decisão de *Furman v. Georgia*, que invalidou as leis estaduais que previam a pena de morte, Ilya Somin¹²⁴ aponta que cerca de 35 (trinta e cinco) estados, além do próprio Congresso, editaram leis que implementavam a pena capital, em um lapso de 4 (quatro) anos. O *backlash* é insofismável, porque uma dissonância dessa magnitude representa a adesão de mais de 60% dos estados americanos, em um curto espaço de tempo.

Em tese, quando a reação legislativa é veiculada por uma emenda, espécie normativa mais solene e perfectibilizada em âmbito nacional, existe a ficção de que todos os estados da federação endossariam o seu conteúdo. Logo, quantitativamente, teríamos uma maioria suficiente para a configuração de um *backlash*. Trata-se de um equívoco. Nem mesmo uma emenda à Constituição, que reage a um dado precedente judicial, pode ser tida como uma prova cabal e decisiva de *backlash*. John Hart Ely elenca as 4 (quarto) emendas que representaram reações legislativas a decisões da SCOTUS¹²⁵: a 11ª emenda anulou *Crisholm v. Georgia*; a 14ª emenda reagiu a *Dred Scott v. Sandford*; a 16ª emenda sepultou *Pollak v. Farmers's Loan & Trust Co*; por fim, a 26ª emenda superou *Oregon v. Mitchell*¹²⁶. Nem todas essas reações podem ser vistas como um *backlash*. Para se ter ideia, pelo menos metade desse universo de reações foi desconsiderado pela literatura especializada. Ilya Somin, por exemplo, ao efetuar um levantamento dos casos que despertaram reações legislativas dos estados-membros, em um contexto de *backlash*, opta por descartar *Pollock v. Farmers's Loan & Trust*

¹²⁴ SOMIN, Ilya. The Limits of Backlash: Assessing the Political Response to Kelo. **George Mason University School of Law Minnesota Law Review**. v. 93, n. 6, pp. 2100-2178, June 2009, pp. 2102.

¹²⁵ A sigla é uma abreviação da Suprema Corte norte-americana (*Supreme Court of The United States*).

¹²⁶ ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança**. Uma Teoria do Controle Judicial de Constitucionalidade. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 272.

Co e Chisholm v. Georgia exatamente porque foram precedentes superados por emendas¹²⁷. De fato, metodologicamente, uma emenda não diz muito, salvo quanto ao grau de deferência pelo qual o Judiciário deverá aquilatar a sua constitucionalidade, que é muito maior.

No Direito Constitucional norte-americano, uma emenda reclama a anuência de pelo menos 3/4 dos estados da federação, que se manifestam por meio dos seus parlamentos (ou por outras maneiras previstas nas cartas estaduais), além de um consenso de 2/3 dos parlamentares do Congresso. Até mesmo no constitucionalismo estadunidense, em que as emendas à Constituição são promulgadas com uma participação dos estados sobretudo mais significativa, há autores que hesitam em incluí-las como nítidas manifestações de reações dos estados, o que se dirá se o raciocínio for empregado no Brasil (que exige um consenso bem mais modesto). Essa é a razão pela qual, no ordenamento brasileiro, a emenda à Constituição n.º 96/2017, que estatuiu não haver crueldade em práticas desportivas com animais, pode (e deve) ser tida como uma reação à ADI 4983/CE, precedente em que o STF reputou crudelíssima a prática da vaquejada, porém, em uma rigorosa análise científica, não se trata de uma prova cabal de *backlash*. Não se tem conhecimento de que a decisão da mais alta Corte brasileira despertou significativas hostilizações sociais, mas sim um *lobby* de um setor muito específico da economia, sobretudo a cearense. A EC n.º 96/2017 só poderia ser considerada como sinalizadora de um *backlash* se acompanhada de outros sintomas característicos desse controverso fenômeno social.

Avançando no raciocínio, como foi dito, é possível estabelecer uma correlação entre a divisão espacial do poder em função do território e determinadas maneiras de exteriorização do *backlash*. Nesse contexto, há uma estreita relação entre federalismo e reações legislativas. Nas palavras de Louis Brandeis, *Chief Justice* da Suprema Corte Norte-Americana, no federalismo, os estados são “laboratórios da democracia”¹²⁸. Kleilein e Petkova apontam que o referido lema, com o passar do tempo, passou a ser utilizado por conservadores defensores de um federalismo que blindasse os estados de iniciativas progressistas dos legisladores e, para o que interessa neste trabalho, das Cortes federais. Nesse contexto, as instituições jurídicas estaduais se colocam como obstáculos às decisões da Suprema Corte Norte-

¹²⁷ SOMIN, Ilya. The Limits of Backlash: Assessing the Political Response to Kelo. **George Mason University School of Law Minnesota Law Review**. v. 93, n. 6, pp. 2100-2178, June 2009, pp. 2102.

¹²⁸ *New State Ice Co. v. Liebmann*, 285 U.S. 262, 311 (1932).

Americana, em um contexto de guerra cultural¹²⁹. Ilustrativamente, após a decisão proferida pela Suprema Corte dos EUA em *Roe v. Wade* (permitindo o abortamento no primeiro trimestre de gestação), o estado-membro do Missouri, alinhavado com o Governo Bush para destruir esse precedente, editou uma lei com um conteúdo ab-rogante. A reação legislativa do Missouri, em síntese, fixava a concepção como termo inicial de proteção da vida, proibia o abortamento em hospitais guarnecidos por bens públicos, exigia exames médicos complexos como condição para a realização do procedimento médico etc¹³⁰.

Contudo, se a exteriorização do *backlash* varia de um Estado Federal para um Estado unitário, também se percebem variações em função do próprio modelo de federalismo adotado. No Brasil, o *modus operandi* do *backlash* é distinto daquele usualmente operado nos Estados Unidos, dada a arquitetura constitucional diferenciada entre o federalismo norte-americano (de origem centrípeta ou por agregação) e o federalismo brasileiro (de origem centrífuga ou por desagregação). Por exemplo, nos Estados Unidos, é possível a promulgação de leis penais e civis em dois níveis: estadual e federal. Isso acaba munindo os estados de uma ferramenta que lhes permite blindá-los da incidência de leis e decisões “progressistas” federais que abordem temas como propriedade privada, pena de morte e casamento gay. Como decorrência dessa possibilidade, a exteriorização do *backlash* por meio de reações legislativas é muito mais abundante nos Estados Unidos do que no Brasil. Quanto mais autonomia se confere às ordens parciais, maior a probabilidade de se rebelarem contra os ditames que emanam da ordem central. É o que se vislumbra no caso *Kelo v. New London* (2005), quando mais de 40 (quarenta) estados da federação reagiram ao precedente por meio de leis estaduais.

No Brasil, as reações legislativas não costumam fornecer, isoladamente, uma análise segura, porque a União é detentora da maioria das competências para legislar, o que torna improvável a verificação de uma metástase legislativa nos estados da federação. Portanto, porque os estados podem se opor significativamente aos precedentes da Suprema Corte Norte-Americana, o federalismo estadunidense é um campo fértil para a eclosão do *backlash*. Noutra ponta, a decisão do constituinte brasileiro de concentrar a maior parte das competências legislativas na União foi um fator inibitório do *backlash*.

¹²⁹ KLEINLEIN, Thomas; PETKOVA, Bilyana. Federalism, Rights, and Backlash in Europe and the United States. *International Journal of Constitutional Law* (I.CON), Oxford University Press, v. 15, n. 4, pp. 1066–1079, 2017, pp. 1070.

¹³⁰ DWORKIN, Ronald. *O Direito da Liberdade*. A Leitura Moral da Constituição Norte-Americana. São Paulo: Martins Montes, 2006, p. 68.

Outra variável que não pode ser esquecida na análise é que o peso a ser atribuído a uma dada reação legislativa pode ser completamente diferente, a depender da peculiaridade do caso estudado. A alteração da constituição estadual da Califórnia é bem mais simples que operar uma mudança na constituição do estado de Massachusetts, o que permite conclusões diferenciadas quanto a cada um dos fenômenos.

4.5 Indicações estrategicamente ideológicas para o Tribunal

É bastante natural e corriqueiro que, diante da convulsão social gerada por uma medida ou decisão, o povo se articule para promover a superação do precedente (*overruling*). Isso por duas razões: primeiro, porque nem sempre a reação legislativa corrige democraticamente o ato controverso, na medida em que é possível suscitar a inconstitucionalidade da norma reativa; segundo, porque o placar de muitas votações polêmicas é um convite à revanche: 5x4 em *Bush v. Gore* (2000)¹³¹, decisão que enfrentou um desacordo sobre a contagem de votos para a eleição presidencial. Coincidentemente ou não, os cinco juízes conservadores votaram a favor do Partido Republicano, enquanto os quatro juízes mais liberais votaram favoráveis ao Partido Democrata. Cenários como esse permitiram ao povo eleger candidatos que se comprometessem a indicar juízes com filosofias jurídicas contrárias a determinados precedentes judiciais, exatamente para superá-los.

O *backlash* exige uma interação não amigável entre dois eixos: o judicial e o social, com o intermédio de um governante. Essa é a tradicional forma de exteriorização, que pode ser verificada nitidamente na conduta de Richard Nixon, quando assumiu o compromisso de indicar juízes considerados como adeptos do construcionismo estrito (*strict constructionists*). A alteração da composição foi uma reação à Corte de Warren, sobretudo, uma reação social a *Miranda v. Arizona*. O mesmo pode ser vislumbrado no *modus operandi* de Ronald Reagan.

O traço distintivo essencial é que esta modalidade de exteriorização do *backlash* não se opera em um contexto de recessão democrática (a exemplo da conduta de Getúlio Vargas e dos Atos Institucionais), pelo contrário: trata-se de uma medida que emana do povo e é protagonizada por ele, sendo apenas coadjuvada pelo presidente (mero executor). O papel do Chefe de Governo de promover a alteração da Corte, nesse contexto, é fungível, na medida em que, se não o fizesse, um outro candidato seria eleito exatamente pela promessa de fazê-lo, tamanha a repulsa social despertada pelo precedente judicial.

¹³¹ 531 U.S. 98 (2000).

Desse modo, é crucial perceber que essa é mais uma exteriorização lícita do *backlash*, que não se confunde com os atos arbitrários de *court packing*. Esses são examinados a tempo e a modo, mas traduzem uma reação ilegítima de exercício do *backlash*.

4.6 *Impeachment*

A licitude dessa exteriorização depende do fundamento que a origina. Em princípio, certa ou errada, boa ou má, uma decisão não se presta à justificação de uma medida tão drástica como o impedimento de um juiz. Não obstante, a vida demonstra que, às vezes, o mérito de uma decisão pode ser decodificado pelo povo como um comportamento desviante, a exemplo do *recall* que removeu um juiz da Califórnia (Aaron Persky), em razão da prolação de uma sentença criminal considerada leniente.

Na História Constitucional, figure-se, por exemplo, em *Watkins v. United States* e *Sweezy v. New Hampshire*, a Suprema Corte dos Estados Unidos limitou os poderes das Comissões Parlamentares de Inquérito e julgou favoravelmente ao direito de não autoincriminação. Como resposta a esses julgados da Corte de Warren, senadores e deputados da ala conservadora declararam que deflagrariam um processo de *impeachment* contra todos os juízes que integraram a maioria vencedora¹³². No ano de 1958, como resposta a *Brown v. Board of Education* (1954), nasceu a John Birch Society, que iniciou uma campanha nacional contra o julgado por meio de uma Petição de *Impeachment* do Presidente da Suprema Corte, Earl Warren¹³³.

Para afirmar ou infirmar o *backlash*, é importante verificar se há nexos causal entre a decisão e o *impeachment*, o que nem sempre ocorrerá. Para se ter ideia, o *Chief Justice* William Douglas, da Suprema Corte norte-americana, foi alvo de pelo menos três tentativas de *impeachment*. Algumas, lastreadas em uma suposta má-conduta, envolvimento com pornografia e declarações consideradas anárquicas ou até comunistas. Nesses casos, não há que se falar em *backlash*. Porém, em uma situação em especial, o Juiz William Douglas decidiu adiar a execução (pena de morte) de espiões da União Soviética (Julius Rosenberg e Ethel Rosenberg), medida que definitivamente gerou controvérsias. Como resposta a esse

¹³² RODRIGUES, Lêda Boechat. **A Corte de Warren**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991, p. 95.

¹³³ RODRIGUES, Lêda Boechat. Op Cit., p. 99.

atraso judicialmente ordenado (logo, há nexos etiológicos), tentaram demovê-lo por meio de um *impeachment*. Posteriormente, os acusados de espionagem atômica foram eletrocutados¹³⁴.

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

4.7 Atos de desobediência civil

Poucos *backlashes* atingem esse crítico patamar. Aqui, já se tem alguma ameaça à autoridade dos juízes e Tribunais, portanto, nasce um risco para o próprio Estado de Direito. De uma maneira geral, o tema da desobediência civil costuma ser abordado no contexto das leis, não das decisões dos juízes e Tribunais. Maria Helena Diniz¹³⁵, ao examinar o instituto em sua preciosa monografia acerca das normas constitucionais, esclarece que a desobediência civil “[...] é executada com o fim imediato de mostrar publicamente a injustiça, a ilegitimidade e a invalidade da lei e com o fim mediato de induzir o poder a mudá-la. Daí ser um ato inovador e não destruidor”. Com efeito, o usual é que indaguem se, e em que medida, seria lícito a um cidadão virar as costas para normas jurídicas que disciplinam a vida em sociedade, sobretudo porque a equidade exige que todos se sujeitem igualmente aos deveres sociais. Esse não é o enfoque deste trabalho. Nesta dissertação, diferentemente, interessa examinar a desobediência popular que desafia a autoridade de decisões.

Absolutamente, não há consenso sobre isso.

No Brasil, tomando-se de empréstimo as palavras do Ministro Luís Roberto Barroso, “deixar de cumprir uma decisão judicial é crime de desobediência ou golpe de Estado”¹³⁶. Nessa concepção, não haveria espaço para inobservar uma decisão proveniente de um órgão julgante, mormente em face do delito tipificado no art. 330, CP.¹³⁷

¹³⁴ RODRIGUES, Lêda Boechat. Op Cit., p. 99.

¹³⁵ DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e Seus Efeitos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 102.

¹³⁶ Luís Roberto Barroso criticou o fato de o senador Renan Calheiros não ter cumprido a decisão liminar do ministro Marco Aurélio Mello, que determinou o seu afastamento da presidência do Senado. (Jornal Estadão, 07 de dezembro de 2016).

¹³⁷ Art. 330, Código Penal. Desobedecer a ordem legal de funcionário público: Pena – detenção, de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses, e multa.

Contrariamente, o Ministro Maurício Corrêa asseverou que “ninguém é obrigado a cumprir ordem ilegal, ou a ela se submeter, ainda que emanada de autoridade judicial”. A declaração é incisiva e inconciliável com a anterior. Nesse ponto de vista, mesmo que se trate de uma decisão judicial, o mandamento *contra legem* não deve ser posto em prática, porque inexecutável. A rigor, não se trataria exatamente de uma desobediência civil, posto que desobedecer uma ordem ilegal equivale a obedecer a lei. Nesse sentido, acrescenta Maurício Corrêa: “Mais: é dever de cidadania opor-se à ordem ilegal; caso contrário, nega-se o Estado de Direito.”¹³⁸

Bem se vê, trata-se de uma zona de penumbra entre a licitude e a ilicitude. Dworkin¹³⁹ já se debruçou sobre a desobediência civil, para concluir que, em determinados contextos, seria possível que o cidadão se opusesse até mesmo a decisões de juízes e Tribunais. A esse respeito, confira-se:

Às vezes, mesmo depois de uma decisão contrária da Suprema Corte, um indivíduo ainda pode acreditar, razoavelmente, que o direito esteja do seu lado; tais casos são raros, mas ocorrem com maior frequência nas disputas referentes ao direito constitucional, quando a desobediência civil está em jogo. A Suprema Corte mostrou-se mais disposta a rever suas decisões anteriores quando estas limitaram importantes direitos pessoais ou políticos. São exatamente essas decisões que um dissidente pode querer desafiar. Em outras palavras, não se pode pressupor que a constituição é sempre o que a Suprema Corte afirma que ela é.

[...]

[...] qualquer tribunal, inclusive a Suprema Corte, pode rever suas decisões. Em 1940, a Suprema Corte decidiu pela constitucionalidade de uma lei do Estado da West Virginia, que exigia que os estudantes saudassem a bandeira. Em 1943, mudou de opinião e decidiu que uma tal lei era afinal inconstitucional. Enquanto cidadãos, qual seria o dever daquelas pessoas que, em 1941 e 1942, se recusaram a saudar a bandeira por razões de consciência, por acharem que a decisão tomada pela Suprema Corte em 1940 estava errada? É difícil afirmar que seu dever era o de obedecer à primeira decisão.

O autor refere-se a uma lei ambígua ou duvidosa, quando haveria, então, a possibilidade de um cidadão pautar sua conduta pelo seu próprio discernimento do que a lei significa, mesmo depois que o mais alto Tribunal venha a contrariá-lo quanto à melhor interpretação adotada. Esse é considerado o melhor modelo para o jurista, porque o comprometimento comunitário de um cidadão deve ser para com a lei, não para com uma particular visão sobre a natureza do Direito¹⁴⁰. Em suma, Dworkin defende a legitimidade de recusa ao cumprimento de uma decisão judicial restritiva de direitos fundamentais, quando,

¹³⁸ HC 73.454, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 22-4-1996, Segunda Turma, DJ de 7-6-1996.

¹³⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 323 e 326.

¹⁴⁰ Op. Cit., p. 322-323 e 328.

por exemplo, a lei é de validade controversa ou a interpretação que um Tribunal efetua sobre ela é discutível, à semelhança das palavras do Ministro Maurício Corrêa.

A verdade é que, em apreço à nossa abordagem eminentemente descritiva (e não prescritiva), descabe prolongar o debate acerca da licitude ou ilicitude desse comportamento socialmente desafiador. O mais importante é constatar que decisões de juízes e Tribunais têm aptidão potencial para desencadear uma desobediência civil, a depender da dificuldade de assimilação social do seu conteúdo. Quanto a isso, não pode haver dúvida. Se a justificação para a desobediência civil é moral ou legal, a valoração é secundária.

Se admitirmos que o *backlash* pode ter uma envergadura dessa natureza, para abarcar até mesmo atos que se rebelam ao cumprimento de decisões de juízes, o fenômeno em estudo deixa de ser uma manifestação de direito para convolar-se em uma manifestação de fato, a menos que se conceba a desobediência civil como uma causa supralegal de excludente da culpabilidade.

Verdade seja dita, não há segurança jurídica para que cidadãos questionem, em qualquer momento do cotidiano, ordens judiciais, sobretudo porque nem sempre é nítido para juristas, com mais razão para pessoas não letradas nas ciências jurídicas, o (des)acerto de uma decisão. Porém, há casos verdadeiramente teratológicos. Ainda no período colonial da História do Brasil, o vetusto Tribunal da Relação (1763-1808), antecessor remoto do Supremo Tribunal Federal, foi chamado a decidir se “Maria da Conceição, escrava na condição de crioula forra”, tinha o direito ao reconhecimento jurídico da sua liberdade¹⁴¹. O extinto Supremo Tribunal de Justiça (1829-1891), por sua vez, foi instado a decidir se “a parda Eva” tinha o direito de se ver livre do seu “senhor”, Miguel Maria Ferreira Ornelas¹⁴². A depender da força do movimento abolicionista, a sociedade da época poderia recusar-se a acatar eventuais decisões de manutenção da escravidão, deflagrando uma reação *backlash*. Independentemente da dificuldade de densificar o conteúdo dos chamados direitos naturais, dentre eles o da liberdade humana, certo é que decisões judiciais que amputam direitos naturais são, na essência, um insulto social.

¹⁴¹ A expressão degradante, que repugna a quem vos escreve, foi gravada no próprio documento, qual seja, a Ação de Libelo n.º 4, de 06 de abril de 1796.

¹⁴² A expressão aviltante, que deveria ser por todos repudiada, foi extraída da Revista Cível n.º 1064, de 1885.

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

4.8 Insubordinação de agentes

Quando agentes e autoridades públicas se negam a dar cumprimento a uma decisão, a indiferença ao julgado elimina qualquer resíduo de *binding effect*, sinalizando o desprestígio do Tribunal. A insubmissão de autoridades, por si só, não implica a exteriorização de um efeito *backlash*. Quando Renan Calheiros, então presidente do Senado Federal, negou-se a afastar-se do cargo, em desobediência à decisão (liminar e monocraticamente) proferida pelo Ministro Marco Aurélio¹⁴³, operou-se um curto circuito na separação dos poderes, mas não uma reação da sociedade contra o que restou decidido. A avaliação, pois, depende de uma análise sistêmica, conjugando-se com outras exteriorizações.

O risco de insubordinação dos agentes é maior em democracias emergentes ou híbridas, a exemplo de alguns países do Leste Europeu. Por outro lado, em democracias consolidadas, a exemplo da estadunidense, tem-se uma deferência consideravelmente maior. Quando há uma tradição histórica de respeito às decisões do Tribunal, a tendência é a continuidade desse sentimento de reverência, ainda que por inércia. Portanto, o tema envolve a chamada respeitabilidade interinstitucional, que há de ser conquistada por meio de um conjunto de decisões coesas e responsáveis.

Ilustrando o raciocínio descrito, quando, pela primeira vez, a Corte Constitucional da Rússia declarou a inconstitucionalidade de um decreto presidencial, o então presidente Boris Yeltsin hesitou em obedecer a essa decisão. Somente após ser persuadido pelo Presidente da Corte, o referido Chefe de Estado respeitou o que restou decidido¹⁴⁴. Nota-se que impasses como esse são dramáticos para um Estado de Direito, porque o desfecho é absolutamente decisivo para definir a respeitabilidade de um Tribunal.

¹⁴³ ADPF 402 MC. A propósito, o Plenário não reconheceu o *periculum in mora* para afastar Renan Calheiros, aduzindo, entretanto, que não poderia substituir o Presidente da República, ante o recebimento de uma ação penal em seu desfavor. Portanto, o presidente do Senado estaria fora da ordem de vocação elencada no artigo 80 da Carta Magna, na medida em que o próprio Chefe do Executivo, quando sinta no banco dos réus em acusação penal recebida pelo STF, fica suspenso das funções presidenciais por até 180 dias (art. 86, § 1º, I, CF/88). Verdade seja dita, a reputação da Corte foi colocada em jogo. (STF, Plenário. ADPF 402 MC REF/DEF, Rel. Ministro Marco Aurélio. J. em 07.12.2016).

¹⁴⁴ EPSTEIN, Lee; KNIGHT Jack; SHVETSOVA, Olga. The Role of Constitutional Courts in The Establishment and Maintenance of Democratic Systems of Government. **Law and Society Review**. v. 35, n. 1., 2001, pp. 126.

Embora seja incomum que essa exteriorização ocorra em democracias amadurecidas, a depender do força do *backlash*, exceções podem acontecer. Um exemplo pode ser extraído de *Brown v. Board of Education* (1954), que proibiu a segregação racial nas escolas. Orval E. Faubus, governador do Arkansas (USA), incitou a população a resistir a essa decisão e, acionando a guarda nacional, impediu que nove jovens negros entrassem no Ginásio Central de Little Rock, capital do estado¹⁴⁵. Percebe-se que a insubordinação de agentes pode facilmente se fazer acompanhar de uma desobediência civil, razão pela qual é tida como uma exteriorização de *backlash* ainda mais hostil. Sobretudo, se considerada a variável de que, a depender do *status* do agente público, haverá ferramentas para sabotar a decisão (v.g o uso de força policial). Para vencer a recalcitrância da referida autoridade, o então presidente Eisenhower federalizou a guarda nacional e enviou tropas para Little Rock, o que finalmente permitiu que o teor do julgado fosse cumprido. É digno de nota, porém, que Eisenhower não parecia de todo convencido do acerto da decisão, o que se constata pelas suas palavras em um pronunciamento televisivo¹⁴⁶:

Como se sabe, a Corte Suprema dos Estados Unidos decidiu que são inconstitucionais as leis sobre a segregação racial nas escolas. Nossa opinião pessoal quanto à decisão não desempenha qualquer papel na imposição do cumprimento da lei. A base dos nossos direitos e liberdades individuais é assentada na garantia de que o presidente e o Poder Executivo apoiam e impõem as decisões da Corte Suprema. Se necessário, com todos os recursos à disposição do presidente.

Uma possível suspeita da vacilação de Eisenhower em endossar cabalmente o entendimento da Suprema Corte também pode ser inferida da leitura de documentos oficiais, a exemplo da transcrição do pronunciamento publicado pela Secretaria de Imprensa da Casa Branca, em 21 de setembro de 1957. Nele, Eisenhower afirma acreditar na colaboração dos cidadãos de Little Rock, que cumprirão a lei, “concordem ou não pessoalmente com ela”¹⁴⁷.

Esse ponto é crucial para compreender um aspecto da insubordinação de agentes como exteriorização do *backlash*: o que teria ocorrido com a decisão da Suprema Corte Norte-Americana se Eisenhower não a tivesse endossado? O que seria da Corte Constitucional da Rússia se Boris Yeltsin não a tivesse obedecido? Por muito pouco, o desfecho desses incidentes não foi diferente. E se não tivessem ocorrido como ocorreram, a profecia trovejante

¹⁴⁵ RODRIGUES, Lêda Boechat. **A Corte de Warren**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991, p. 98-99.

¹⁴⁶ O pronunciamento televisivo foi realizado em 23 de setembro de 1957. Deutsche Welle. “1957: Os Nove de Little Rock”. Disponível em: <<https://www.dw.com/pt-br/1957-os-nove-de-little-rock/a-263358>>. Acesso em: 28 out. 2018.

¹⁴⁷ Tradução livre. No original: “[...] they are persons of good will and feel a responsibility to preserve and respect the law – whether or not they personally agree with it”.(James C. Hagerty, Press Secretary to The President, White House, September 21, 1957).

de Alexander Hamilton teria se concretizado. No longínquo ano de 1788, Hamilton¹⁴⁸ vaticinou:

[...] o poder judicial será sempre o menos perigoso [...]. O Executivo não só distribui as honrarias, mas empunha a espada da comunidade. A legislatura não só comanda a Bolsa, mas prescreve as normas pelas quais se devem regular os deveres e direitos de todos os cidadãos. O judicial, pelo contrário, não tem nenhuma influência sobre a espada ou sobre a bolsa; nenhuma condução da força ou da riqueza da sociedade; e não pode tomar nenhuma resolução activa, sela qual for. Pode ser dito com verdade que não tem Força nem Vontade, mas apenas juízos.

Hamilton não tinha dons premonitórios, mas seu vaticínio foi atemporal. Suas palavras continuam bastante atuais, revelando a fragilidade dos Tribunais. Por todas essas razões, a insubordinação de agentes, como exteriorização do *backlash*, afigura-se tão perigosa.

4.9 Ataques institucionais: atos arbitrários de *court packing*, cortes no orçamento etc.

Em um debate, é possível atacar as ideias do interlocutor, mas também é possível atacar a pessoa do interlocutor (argumento *ad personam*). De maneira analógica, percebe-se que, às vezes, as decisões de um Tribunal são atacadas, ao passo que, em casos mais graves, o próprio Tribunal é objeto de ataque. As maneiras de ataques institucionais são variadas, podendo ocorrer por meio de cortes no orçamento, suspensão das atividades ou uma alteração arbitrária na composição da Corte. Essa última, com o escopo de deformar o perfil do Tribunal.

Contudo, a deformação subjugadora do perfil das Cortes é uma medida que nem sempre tem como origem o *backlash*, razão pela qual deve ser apreciada como sintomática, mas não necessariamente como decisiva. Sobretudo em regimes de exceção, é habitual que se atente contra a composição de um Tribunal, mas para assegurar a hipertrofia do Executivo (não exatamente em razão de uma dada decisão). No Brasil, durante o Estado Novo (1937-1945), um decreto-lei atribuiu a Getúlio Vargas a prerrogativa de escolher, por tempo indeterminado, qual Ministro do Supremo Tribunal Federal presidiria a Corte. No Regime Militar (1964-1985), o Ato Institucional n.º 2, de 1965, ampliou o número de Ministros do Supremo Tribunal Federal, que era de 11 (onze), para 16 (dezesseis) membros. No ano de

¹⁴⁸ O trecho refere-se ao Federalista n.º 78, subscrito por Hamilton, que se valeu do pseudônimo Publius. (HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, pp. 683).

1969, o Ato Institucional n.º 5 aposentou compulsoriamente 3 (três) Ministros do STF, estabelecendo em um dos seus dispositivos a impossibilidade de apreciação judicial¹⁴⁹.

Na Hungria, como bem observou Bojan Bugarič, reduzindo-se a idade de aposentadoria dos juízes de 70 (setenta) para 62 (sessenta e dois) anos, o governo removeu quase todos os presidentes de Tribunais¹⁵⁰. Na Polônia, uma das medidas aprovadas pelo Partido Lei e Justiça foi a redução da idade de aposentadoria, que era de 70 (setenta) anos, para 65 (sessenta e cinco) anos, o que atingiu Malgorzata Gersdorf, presidente da Suprema Corte polonesa. Aliás, essa juíza recusou-se a migrar para a inatividade e, desafiando a norma jurídica que a aposentou, passou a comparecer diariamente ao seu gabinete. Por fim, quando as medidas econômicas do New Deal encontraram resistência na Suprema Corte Norte-Americana, apelidada de Corte do *Laissez Faire* (ou Corte da Era *Lochner*¹⁵¹), Franklin Delano Roosevelt ameaçou alterar a composição do Tribunal (“*court-packing*” plan). O escopo de todas essas iniciativas, em geral, era o de promover mudanças no perfil filosófico ou ideológico de um Tribunal, diluindo a oposição ao governo. As alterações tornam rarefeita a tendência até então dominante em uma Corte ou permitem a supressão de juízes alinhados com o regime anterior. Não há nada de novo nesse artifício, na medida em que a Escola da Exegese, que transformou juízes franceses na boca da lei (*la bouche de la loi*), não passava de uma desconfiança nos magistrados do Antigo Regime. Nenhuma das situações narradas traduzem, tecnicamente, um efeito *backlash*.

Nos exemplos fornecidos, não foi exatamente uma reação social que enfraqueceu os juízes e Tribunais, mas sim medidas de grupos que ocuparam o poder e desejavam subjugar

¹⁴⁹ Foram eles: Hermes Lima, Victor Nunes Leal e Evandro Lins e Silva. Inconformados com este acontecimento, outros dois Ministros abdicaram do cargo, quais sejam, Gonçalves de Oliveira e Antonio Carlos Lafayette de Andrada. Todos foram homenageados no próprio STF, por ocasião da 1ª sessão plena ordinária de 05.02.1969, sessão esta presidida pelo Ministro Luiz Gallotti, a quem coube proferir o discurso (Diário da Justiça, Ano XLIV, n.º 23, quinta-feira, 06 de fevereiro de 1969, p. 285). O referido documento histórico foi gentilmente disponibilizado pela Seção de Arquivo da Coordenadoria de Memória e Gestão Documental do Supremo Tribunal Federal, pelo que agradecemos.

¹⁵⁰ BUGARIČ, Bojan. A Crisis of Constitutional Democracy in post-Communist Europe: “Lands in-between” Democracy and Authoritarianism. **International Journal of Constitutional Law**. v. 13, Issue 1, 1 January, pp. 219–245, 2015, pp. 226.

¹⁵¹ No início do século XX, nos Estados Unidos, uma lei nova iorquina estipulou um teto para a jornada de trabalho em padarias. A SCOTUS, alicerçada no liberalismo econômico, pronunciou a inconstitucionalidade da lei estadual (*Lochner v. New York* - 1905). Tal precedente foi o pórtico do que alguns especialistas batizaram de *Lochner Era*, ou seja, o período na história da Suprema Corte Norte-Americana caracterizado pela invalidação de leis que intervinham na economia, portanto, uma fase de ativismo judicial conservador. Só por isso já se conclui que o ativismo judicial, em si mesmo, não é necessariamente um comportamento “progressista”. Similarmente, o *judicial restraint* não implica uma postura conservadora. Tudo depende do contexto e da maneira pela qual essas posturas são adotadas. O raciocínio binário de associar umbilicalmente ativismo e progressismo, assim como minimalismo e conservadorismo, não passa de um lugar comum.

outros poderes. Outrossim, não foi uma decisão que originou essas reações arbitrárias e subjugadoras. Não há, pois, *backlashes* nesses contextos.

Não obstante, havendo nexos causais entre as medidas apresentadas e uma dada decisão, o *modus operandi* será o mesmo narrado acima. Noutras palavras, em tese, é possível que uma decisão judicial desafie reações hostis como essas, a exemplo da aposentadoria compulsória de um juiz que, nas suas decisões, desagradou a sociedade e, como decorrência disso, sofreu ataques arbitrários do governo. Assim, os atos arbitrários de *court packing* só configuram uma reação *backlash* quando, ainda que promovidos de maneira ilegítima, seja possível vislumbrar um nexo etiológico entre o ataque sofrido e a decisão socialmente vergastada etc.

É preciso discernir as hipóteses distintas. Figure-se que eleitores sejam contrariados por uma decisão inflamadora de ressentimentos populares e, em razão disso e como reação a isso, elejam um presidente. Esse, na condição de *longa manus* da sociedade, compromete-se a escolher novos juízes para superar o precedente hostilizado, promovendo uma alteração zetética no perfil do colegiado. Nesse caso, o ato é legítimo. Não se trata de uma medida arbitrária de *court packing*, em que a própria composição numérica costuma ser alterada.

Uma última advertência se faz necessária. Evidentemente, não há um limite rígido e ideal para a composição de uma Corte, além do qual não será possível crescer ou aquém do qual não se poderá reduzir. Por exemplo, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal tem um número de Ministros superior ao total de juízes das Cortes Constitucionais da Albânia, Romênia, Kosovo¹⁵², Lituânia, Bósnia e Herzegovina, Romênia e Eslovênia. Por outro lado, o número de Ministros do STF é inferior à composição das Cortes constitucionais da Polônia, República Tcheca, Sérvia, Eslováquia, Ucrânia e Rússia. Eventuais iniciativas de alteração da composição da mais Alta Corte brasileira, desde que efetuadas por uma emenda à Constituição e que somente suprimam cargos vagos, em princípio, não sinalizam uma tentativa de manipulação exercida sobre a Corte. Não se trata de uma cláusula pétrea, logo, as gerações vindouras podem legitimamente alterar a composição atual.

¹⁵² Embora o Kosovo não seja reconhecido pelo Estado brasileiro, o exemplo ilustra o que se pretende.

4.10 Reações armadas (“direito” de resistência)

No tópico anterior, abordou-se o direito de desobediência civil. Contudo, mais do que simplesmente não obedecer, o descontentamento social com uma decisão pode expressar-se por meio de uma revolta armada. Com apoio nas lições de Santi Romano, “distingue-se um direito de resistência passiva, mediante o qual estaria autorizada a recusa de obedecer [...], e um direito de resistência ativa, [...] não mais como simples recusa de obediência, mas como uma reação positiva à ação do Estado”¹⁵³.

Na literatura de filosofia política, o direito de resistência é conceituado por Henry David Thoreau¹⁵⁴, que, negando reconhecimento e legitimidade a um governo escravocrata, esclarece que todos reconhecem o direito de revolução, assim entendido como “[...] o direito de recusar lealdade ao governo, e opor-lhe resistência, quando sua tirania ou sua ineficiência tornam-se insuportáveis”.

Em tese, a resistência oferecida pode ser individual ou coletiva. Para os fins deste trabalho, que tem como objeto de investigação um fenômeno social, interessa-nos a resistência coletiva, que é definida por Santi Romano como aquela que “[...] de simples protestos ou demonstrações, poder-se-ia desenvolver até assumir o caráter de revolução”¹⁵⁵.

Em uma cadeia denexo causal, é possível, sim, vislumbrar uma relação de causa e efeito entre decisões judiciais e guerras. Por exemplo, para alguns analistas, a decisão da Suprema Corte norte-americana que negou cidadania a um escravo, em *Dread Scott v. Sandford* (1857)¹⁵⁶, “[...] contribuiu para acirrar os ânimos dos Estados do Sul (escravocratas e agrários) e os do Norte (antiescravagistas e industriais), contribuindo para deflagrar a Guerra Civil”¹⁵⁷. De fato, não é exatamente um exagero compreender a decisão aludida como a causa remota da eclosão da Guerra de Secessão, mas também não é correto dizer que a guerra tinha como desiderato combater a decisão judicial.

Seja como for, o fato é que não se deve subestimar a agressividade de uma sociedade, porque há nela pessoas dispostas a uma luta com armas para defender o que julgam ser o

¹⁵³ ROMANO, Santi. **Princípios de Direito Constitucional Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 162.

¹⁵⁴ THOREAU, Henry David. **A Desobediência Civil**. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2016, p. 14.

¹⁵⁵ ROMANO, Santi. Op. Cit., p. 162.

¹⁵⁶ 60. U.S. 393.

¹⁵⁷ SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos**. Principais Decisões. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 59.

significado da Constituição. Não custa lembrar, tal observação é descritiva, não prescritiva. A História do Brasil revela que, em uma tentativa de reação à eclosão do regime militar de 1964, Francisco Julião escreveu um manifesto conclamando o povo “para que se unisse e defendesse a Constituição com armas na mão”¹⁵⁸. O documento foi publicado em uma revista uruguaia e o autor foi preso no mês de junho daquele ano. Colhe-se desse exemplo histórico que, em nome da defesa da Constituição de 1946, talvez um cidadão assumisse o risco de ser sacrificado em uma batalha de sangue. Em tese, uma idêntica reação pode voltar-se contra os Tribunais, desde que esses violem o mesmo sentimento de patriotismo constitucional, inflamando-lhe com a decepção oriunda de uma traição cívica. Essa é a fórmula da barbárie. Cuida-se exatamente do mencionado “direito de resistência”, que traduz mais uma possível exteriorização do *backlash*.

Por uma questão de imperativo lógico, o direito de resistência não costuma ser reconhecido como tal por um dado ordenamento positivo, exatamente porque traduz uma força que se volta contra poderes instituídos por uma ordem constitucional em vigor. A Constituição da Alemanha (art. 20, n.º I a IV) e a Constituição de Portugal (art. 21) possuem normas que flertam com o direito de resistência, mas que não o acolheram em sua plenitude, exatamente porque fazê-lo seria um comportamento autofágico¹⁵⁹.

É nesse sentido a observação de Santi Romano, quando assinala que “[...] não se pode falar em caso algum de um verdadeiro e próprio direito de resistência”¹⁶⁰. Sendo assim, o

¹⁵⁸ SANTIAGO, Vandek. **Francisco Julião: Luta, Paixão e Morte de um Agitador**. Recife: Assembleia Legislativa do Estado de Pernambuco, 2001. (Perfil Parlamentar, v. 8). p. 163. *apud* CORTEZ, Lucili Grangeiro. **O Drama Barroco dos Exilados do Nordeste**. Fortaleza: Editora UFC, 2005, p. 105.

¹⁵⁹ Neste ponto, *data venia*, discorda-se parcialmente de Maria Helena Diniz, para quem os dispositivos da carta alemã e da carta portuguesa efetivamente traduzem previsões do direito de resistência (DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e Seus Efeitos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 104). Explica-se. As normas constitucionais aludidas limitam-se a reconhecer a possibilidade de insurgir-se contra quem atentar contra a ordem constitucional, mas não o direito de rebelar-se contra essa mesma ordem. A rigor, cuida-se do direito de oposição a autoridades que procedam em desconformidade com a Constituição. Na teoria, é possível que um *backlash* se manifeste por meio de uma resistência em face de uma decisão judicial que se divorciou da Constituição que jurou cumprir. Porém, também é possível cogitar de um *backlash* que reaja contra uma decisão que aplicou o significado original dessa mesma Constituição, que já não encontra eco nos valores sociais em vigor, razão pela qual o povo reclama um novo documento constitucional. A segunda hipótese traduz o direito de resistência por excelência.

¹⁶⁰ ROMANO, Santi. *Op. Cit.*, pp. 162. Segundo o jurista italiano, “Se [...] a resistência for ativa, a reação ou violência não será nunca legítima, no sentido próprio da palavra, mas poderá ser um ato escusável aos fins da exclusão das responsabilidades. Além disso, deve-se ter presente que há certas manifestações [...] principalmente, coletivas contra os atos das autoridades, mesmo ilegítimos, que não podem ter lugar senão ultrapassando os limites impostos à liberdade de imprensa, de associação, de reunião e assim por diante, e são por isso vedadas, e outras ainda que constituam figuras especiais de crimes” (*Op. Cit.*, pp. 162-163). Quando o “direito” de resistência se expressa por meios lícitos, Santi Romano esclarece que não será um direito autônomo, mas sim o exercício de outros direitos e liberdades constitucionais (manifestação, reunião, imprensa etc.). Portanto, não haveria como falar em um direito de resistência.

mais acertado seria compreender o direito de resistência como um direito natural ou como uma situação de fato. A primeira opção (direito de resistência como um direito natural) foi eleita pela Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789), no seu artigo 2º, quando estatui que “A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão”. Aliás, o *locus* apropriado para o direito de resistência é exatamente as chamadas Declarações de Independência (não constituições), porque anteriores ao próprio Estado. Como bem observou John Hart Ely¹⁶¹, “[...] os peticionários de uma revolução não costumam ter o direito positivo ao seu lado, e por isso devem basear-se no direito natural”.

Apesar dessas respeitáveis considerações a respeito do direito de resistência como um direito natural, jusfilosofia que é digna de toda deferência, neste trabalho, por inúmeras razões que não serão declinadas, prefere-se reputá-lo como uma situação de fato a considerá-lo como um direito natural¹⁶². Atingido o patamar da reação armada, o *backlash* migra de uma manifestação de direito para uma situação de fato. A essa altura, já se percebe que o *backlash*, como manifestação social que é, exterioriza-se de maneiras conformes ou até desconformes ao ordenamento jurídico. Daí ser um erro técnico afirmar que o *backlash* é um direito, posto que nem sempre o será.

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

¹⁶¹ ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança**. Uma Teoria do Controle Judicial de Constitucionalidade. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 65.

¹⁶² Um aspecto precisa ser explicitado: o terrorismo nunca é um direito e deve ser repudiado. Isso é inegociável. Metodologicamente, atos terroristas contra uma decisão judicial podem ser enquadrados nesse tópico, mas, nesse caso, não há direito algum a resistir por meio do terror.

5 CÁLCULO DE UM INDICADOR DE IMPACTO *BACKLASH*

É possível construir, para cada *case* em análise, um indicador de impacto *backlash*. Sabendo-se que a reação social pode manifestar-se com maior ou menor força, a ferramenta proposta atua como um medidor de intensidade. É inegável que muitos *backlashes* não atingem, por exemplo, o nível reativo despertado por *Roe v. Wade* (1973). Logo, mensurar o impacto de uma decisão tem a utilidade de permitir comparações.

O cálculo baseia-se nas 10 (dez) exteriorizações já examinadas no capítulo anterior. Cada exteriorização originou uma pergunta, cuja resposta pode ser graduada em três níveis: 0 – 0,5 – 1, conforme se trate, respectivamente, de uma manifestação ausente, fraca ou forte. Noutras palavras, cada pergunta varia consoante a intensidade em que a exteriorização se verificou. Por exemplo, se não houve reação legislativa, atribui-se 0 (zero). Se ocorreu de maneira fraca, 0,5 (zero vígula cinco). Se forte, 1 (um). Isso confere mais nitidez aos quesitos, porque não há como calibrar as respostas ao ponto de dar a elas uma precisão milimétrica para medir reações sociais. É mais seguro trabalhar com uma escala composta por marcos extremados e bem definidos: reação ausente, fraca ou forte.

Quanto à bateria de perguntas, ei-las:

- a) A decisão recebeu críticas explícitas e contumazes em veículos de mídia diversificados ou por parte de autoridades em pronunciamentos públicos? (Não: 0; Sim: 0,5 se de maneira fraca; 1,0 se de maneira forte).
- b) A decisão foi questionada em protestos, greves, passeatas, comícios, procissões, desfiles ou demais manifestações reativas da sociedade civil? (Não: 0; Sim: 0,5 se de maneira fraca; 1,0 se de maneira forte).
- c) O tema foi instrumentalizado como plataforma nas candidaturas eleitorais? O resultado das eleições imediatamente subsequentes à decisão proclamou como vencedores candidatos que se comprometeram a confrontar a medida (decisão, lei ou resultado de consulta popular), produzindo um panorama eleitoral que destoava do tradicionalmente observado na última década? Ou ainda: ocorreu a perda repentina de mandatos exercidos por políticos tradicionalmente estabilizados na carreira política e cuja atuação vai ao encontro da medida controversa? (Não: 0; Sim: 0,5 se de maneira fraca; 1,0 se de maneira forte. A primeira pergunta representa um impacto fraco. As demais, um resultado forte).

- d) A decisão desafiou reações legislativas crônicas ou generalizadas (na hipótese de decisão nacional e reação estadual)? (Não: 0; Sim: 0,5 se de maneira fraca; 1,0 se de maneira forte).
- e) A composição da Corte sofreu alterações em função do julgado controverso, por meio de indicações tendentes a alterar o perfil do colegiado?(Não: 0; Sim: 0,5 se de maneira fraca; 1,0 se de maneira forte).
- f) Houve (tentativas de) *impeachment* de Ministros das Cortes (ou *recall* para remoção de juízes)? (Não: 0; Sim: 0,5 se de maneira fraca; 1,0 se de maneira forte).
- g) Os distúrbios civis atingiram o patamar de uma significativa recusa ao cumprimento da decisão, caracterizando uma ampla desobediência civil? (Não: 0; Sim: 0,5 se de maneira fraca; 1,0 se de maneira forte).
- h) A decisão deixou de ser cumprida por agentes públicos e autoridades, no intuito deliberado de ignorá-la? (Não: 0; Sim: 0,5 se de maneira fraca; 1,0 se de maneira forte).
- i) A decisão gerou atos arbitrários de *court packing*, cortes no orçamento ou outras medidas de ataque institucional? (Não: 0; Sim: 0,5 se de maneira fraca; 1,0 se de maneira forte).
- j) É possível verificar uma relação entre a decisão e atentados ou conflitos armados, como guerras civis? (Não: 0; Sim: 0,5 se de maneira fraca; 1,0 se de maneira forte).

Uma vez calculado o valor individual de cada quesito, passa-se à etapa posterior: uma média aritmética é realizada.

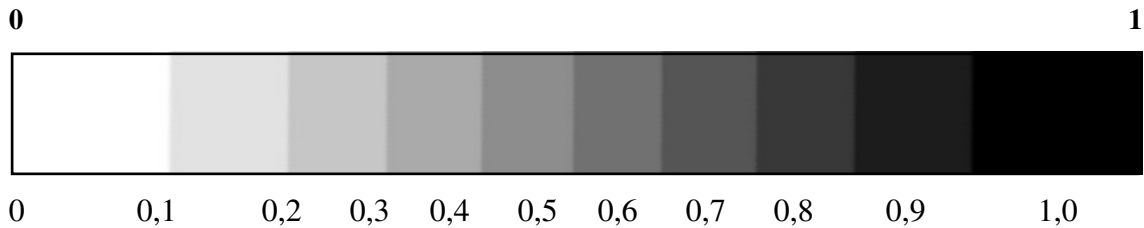
$$(i) = \sum x/n$$

Onde:

- (i) é o indicador de impacto *backlash*;
- x é o valor de cada pergunta;
- n é o total de variáveis utilizadas.

$$\underline{\text{IMPACTO (i) = (a + b + c + d + e + f + g + h + i + j)}}.$$

O resultado será uma variação de 0 a 1. De maneira ascendente, quanto mais elevado o valor encontrado para o indicador, maior será o impacto ou a força do *backlash*:



Por fim, o indicador deve ser interpretado conforme os intervalos descritos na tabela a seguir:

Intervalo (valor índice)	Status
0,1 a 0,3	<i>Backlash</i> de baixo impacto
0,35 a 0,6	<i>Backlash</i> de médio impacto
0,65 a 1,0	<i>Backlash</i> de alto impacto

O fato de haver um *backlash* fraco pode, em princípio, parecer um oxímoro. Ora, se, por definição, todo *backlash* é uma reação social intensa ou hostil, como aludir a um *backlash* fraco? O aparente paradoxo é compreendido quando se raciocina comparativamente. Só é possível falar em *backlash* fraco se o comparamos com um *backlash* forte. Em comum, ambos são reações sociais dotadas de significativa agressividade quando se trata de repudiar a decisão. Portanto, é preciso não confundir as coisas: afirmar que um *backlash* teve um médio impacto não significa que a sociedade assimilou a decisão de maneira moderada. Na realidade, significa que assimilou mal, reagindo de maneira hostil (*backlash*). Esta reação hostil, não obstante, se comparada com outras reações ainda mais hostis, pode ser classificada como de médio impacto.

Como se percebe, na hipótese de resposta afirmativa a uma única pergunta, que se verifica de maneira fraca, alcança-se um indicador de 0,05, valor numérico inexpressivo quando se trata de indicar uma reação hostil. Portanto, insuficiente para a configuração do *backlash*. Esse fenômeno, segundo a escala adotada, tem início com um impacto de, pelo

menos, 0,1. Alcançando-se menos do que isso, quando muito, será possível inferir que a decisão despertou uma antipatia social ou não foi vista com bons olhos.

Uma possível objeção ao indicador proposto pode ser a de que, em tese, uma resposta afirmativa às duas últimas perguntas jamais poderia ser equivalente a uma resposta afirmativa às duas primeiras perguntas. Certamente. Nesse caso, um *backlash* caracterizado por críticas na imprensa e por manifestações sociais seria expresso pelo mesmo indicador que um *backlash* exteriorizado por gravíssimos ataques institucionais e até reações armadas. Há maneiras distintas para solucionar isso. A primeira delas seria atribuir um peso maior às últimas perguntas, por exemplo, multiplicando-se cada uma delas por 2 (dois). O inconveniente seria a obtenção de indicadores pouco amigáveis, como um teto de 1,2. Outra possibilidade seria multiplicar cada pergunta por um fator decimal (0,1 – 0,2 – 0,3 – 0,4... etc.). O problema seria a dificuldade de escalonar as perguntas quanto à sua gravidade exata. Em que medida uma desobediência civil é mais ou menos grave que uma dada manifestação social? Por fim, e essa foi a solução adotada nesta dissertação, prefere-se partir da premissa, inteiramente plausível, de que o *backlash* exteriorizado por ataques institucionais endereçados a uma Corte e por reações armadas, dada a sua gravidade, necessariamente teria percorrido alguma das fases anteriores, ainda que não cronologicamente. Não se concebe que jornais não noticiem agressões armadas oriundas de uma decisão judicial ou que autoridades se eximam de criticar um julgado que elas mesmas se encarregam de destruir. A menos que se trate de um golpe de estado, figura diversa do fenômeno social em estudo. Em suma: os valores numéricos jamais seriam os mesmos.

A demonstração prática de como calcular um indicador de impacto *backlash* será testada utilizando-se como parâmetro o caso *Brown v. Board of Education* (1954), cujo estudo de caso é minuciosamente realizado no penúltimo capítulo deste trabalho. A antecipação, portanto, justifica-se por questões didáticas e ilustrativas.

5.1 Indicador de impacto do *backlash* causado por *Brown v. Board of Education* (1954)

- a) A decisão recebeu críticas explícitas e contumazes em veículos de mídia diversificados ou por parte de autoridades em pronunciamentos públicos? Resposta: Sim, de maneira forte (1,0). Inúmeras autoridades se pronunciaram pública e ostensivamente contra a decisão, a exemplo do Senador James Eastland e do deputado Andrews (Alabama).

- b) A decisão foi questionada em protestos, greves, passeatas, comícios, procissões, desfiles ou demais manifestações reativas da sociedade civil? Resposta: Sim, de maneira forte (1,0). Exemplifica-se com a reativação da Ku-Klux-Klan da região sul e inúmeras reações sociais específicas.
- c) O tema foi instrumentalizado como plataforma nas candidaturas eleitorais? O resultado das eleições imediatamente subsequentes à decisão proclamou como vencedores candidatos que se comprometeram a confrontar a decisão, produzindo um panorama eleitoral que destoava do tradicionalmente observado na última década? Ou ainda: ocorreu a perda repentina de mandatos exercidos por políticos tradicionalmente estabilizados na carreira política e cuja atuação vai ao encontro da medida controversa? (A primeira pergunta representa um impacto fraco. As demais, um resultado forte). Resposta: Sim, mas de maneira fraca (0,5). Conforme apontado por especialistas como Gerald Rosenberg, pelo menos nas eleições de 1956, o sentimento dominante era de oportunismo, isto é, de como atrair estrategicamente a simpatia do eleitorado negro, que antes era relativamente negligenciado.¹⁶³ Porém, autores como Klarman identificaram um modesto distúrbio eleitoral, seja pela porque prejudicou a carreira de políticos moderados como Big Jim Folsom, seja porque alavancou políticos favoráveis à segregação racial como George Wallace, Ross Barnett e Bull Connor¹⁶⁴.
- d) A decisão desafiou reações legislativas crônicas ou generalizadas? Resposta: Sim, de maneira forte (1,0). Cinco estados emendaram suas constituições e declararam nulo o julgamento da Suprema Corte. Em 1956, a Suprema Corte foi atacada por 70 (setenta) projetos de lei com o desiderato de enfraquecê-la.
- e) A composição da Corte sofreu alterações em função do julgado controverso, por meio de indicações tendentes a alterar o perfil do colegiado? Resposta: Não (0,0).
- f) Houve (tentativas de) *impeachment* de Ministros das Cortes (ou *recall* para remoção de juízes)? Resposta: Não (0,0). Houve pedidos de *impeachment* durante a chamada Corte de Warren, mas o nexos causal é duvidoso, dada a quantidade de decisões controversas proferidas nesse período. Logo, *in dubio abstine*.
- g) Os distúrbios civis atingiram o patamar de uma significativa recusa ao cumprimento da decisão, caracterizando uma ampla desobediência civil? Resposta: Sim, de maneira

¹⁶³ ROSENBERG, Gerald N. **The Hollow Hope**. Can Courts Bring About Social Change? Second Edition. The University of Chicago Press, 2008, pp. 160-162.

¹⁶⁴ KLARMAN, Michael. Courts, Social Change and Political Backlash. In: **Hart Lecture at Georgetown Law Center**, March 31, 2011 – Speaker’s Notes, pp. 02. Disponível em: <<http://tinyurl.com/bz4cwqk>>. Acesso em: 01 jul. 2017, pp. 2-3.

forte (1,0). Em princípio, a decisão deveria ser cumprida pelo Poder Público, não por particulares, motivo pelo qual descaberia falar em desobediência civil. Porém, incidentes como o de Little Rock, onde a população se uniu para hostilizar alunos negros que tentavam estudar nas escolas dessegregadas, revelam uma desobediência da sociedade civil. Não por acaso, o presidente Eisenhower pronunciou-se publicamente, tentando sensibilizar a sociedade do estado do Arkansas a respeitar a decisão da Suprema Corte. Por essas razões, será atribuída a pontuação indicada.

- h) A decisão deixou de ser cumprida por agentes públicos e autoridades, no intuito deliberado de ignorá-la? Resposta: Sim, de maneira forte (1,0). Exemplifica-se com Lindsay Almond, Governador da Virgínia, que fechou nove escolas para esquivar-se do dever de promover a dessegregação. Outro exemplo, mais importante que o anterior, foi a recusa do Governador do Arkansas em permitir a entrada dos nove jovens no Ginásio de Little Rock.
- i) A decisão gerou atos arbitrários de *court packing*, cortes no orçamento ou outras medidas de ataque institucional? Resposta: Não (0,0).
- j) É possível verificar uma relação entre a decisão e atentados ou conflitos armados como guerras civis? Resposta: Não (0,0).

$$(i) = \sum x/n$$

Logo: $5,5/10 = 0,55$. Cuida-se de um *backlash* de médio porte. Comparativamente, respondendo-se às mesmas perguntas, *Roe v. Wade* (1973) possui um indicador de 0,65, portanto, um *backlash* de alto impacto.

6 DESACORDOS MORAIS SOLUCIONADOS POR LEI, PLEBISCITO OU REFERENDO: UMA MAIOR ASSIMILAÇÃO SOCIAL

Uma das hipóteses defendidas neste trabalho, como se sabe, é a de que medidas legislativas ou consultas populares são menos propensas a uma reação *backlash*. Antes de prosseguir com essa defesa, é importante ressaltar que essa ideia já foi expressamente repudiada por parte da doutrina. Robert Post e Reva Siegel consideram-na como alicerçada em uma concepção romantizada¹⁶⁵:

A ideia de que valores constitucionais podem ser mais harmoniosamente realizados por meio da legislação do que por meio da jurisdição é algo subjacente ao medo contemporâneo do *backlash*. Parece repousar sobre uma visão seriamente romantizada da política democrática.

William Eskridge também é incisivo quando sublinha¹⁶⁶:

[...] ainda não existem evidências concretas de que o nível de afronta e ultraje é sempre maior simplesmente porque um tribunal, em vez de um parlamento, reconhece casamentos entre pessoas do mesmo sexo.

[...] a despeito da retórica política, o *backlash* contra uma decisão de um tribunal, de que as pessoas não gostam, não é necessariamente diferente do *backlash* contra uma decisão política que as pessoas não gostam.

Eskridge compreende que, em casos que envolvam debates políticos usualmente travados de maneira mais virulenta pela sociedade, o *backlash* seria gerado tanto pelo parlamento quanto pelos Tribunais. Para ele, não se trata propriamente de quem decide, mas sim de o que é decidido e em que circunstâncias se decidiu. Quanto mais divisão social sobre um assunto, maior a propensão para o *backlash*. Para ele, “[...] haverá reações negativas em qualquer avanço nos direitos de minorias, independentemente de qual instituição faz o movimento de avanço igualitário”¹⁶⁷. Contudo, de maneira ligeiramente contraditória, o

¹⁶⁵ POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, vol. 42, pp. 373-433, 2007, p. 393. No original: “The idea that constitutional values can be more harmoniously realized through legislation than through adjudication is one that underlies much contemporary fear of backlash. It seems to rest on a seriously romanticized view of democratic politics”.

¹⁶⁶ ESKRIDGE JR., William N. Backlash Politics: How Constitutional Litigation Has Advanced Marriage Equality In The United States. **Boston University Law Review**. v. 93, pp. 275-323, 2013, pp. 296 e 299. No original: “[...] there is still no hard evidence that the level of affront and outrage is always higher simply because a court rather than a legislature recognizes same-sex marriages. [...] political rhetoric notwithstanding, backlash against a court decision people do not like is not necessarily different than backlash against a political decision people do not like”.

¹⁶⁷ ESKRIDGE JR., William N. Op. Cit., pp. 296. No original: “[...] there will be negative reactions to any advance in minority rights, regardless of which institution makes the equality-advancing move”. Opinião idêntica é externada por Linda Greenhouse e Reva Siegel, para quem importa mais o que se discute que onde se discute. Confira-se: GREENHOUSE, Linda; SIEGEL, Reva. Backlash to the Future? From Roe to Perry

mesmo Eskridge, que afirma que “[...] haverá reações negativas [...] independentemente de qual instituição” promove avanços igualitários, também reconhece que há uma diferença entre o fórum institucional escolhido: se o Legislativo ou o Judiciário. Para ele, enquanto o Legislativo tende a avançar a passos menores, sempre com o indispensável apoio dos eleitores, Tribunais costumam precipitar-se em assuntos controversos, sendo essa a distinção essencial que justificaria uma maior probabilidade de *backlash* entre cada um desses fóruns institucionais¹⁶⁸. Sendo assim, em termos práticos, as ponderações de Eskridge acabam confirmando que, substancialmente, os escritos desse autor o alocam entre os doutrinadores que concebem o risco de *backlash* como relativamente mais acentuado em medidas adotadas por Tribunais.

Sem descurar das posições doutrinárias mencionadas, a partir de uma observação empírica e de um raciocínio indutivo, a realidade demonstra que, quando os desacordos morais são solucionados por meio de mecanismos democráticos, participativos (v.g plebiscito e referendo) ou representativos (leis elaboradas no Parlamento), essas divergências são assimiladas com mais facilidade (ou com menos dificuldade) pela comunidade social. Não se quer dizer com isso que uma decisão tomada por legisladores não tem qualquer impacto social, em termos de rebeldia, o que seria refutado por exemplos práticos como a posição do Parlamento argentino de, em 2018, repelir o projeto de lei a favor do abortamento¹⁶⁹. A deliberação legislativa dos congressistas argentinos foi recebida com lágrimas e atos de depredação, mas, ainda assim, a resignação é menos desafiadora do que se a medida adviesse do consenso formado por uma dezena de juízes.

Segundo Michael Klarman¹⁷⁰, a atividade jurisdicional precipita oposições. Para ele, há três razões básicas por força das quais as decisões judiciais sobre temas controversos inflamam ressentimentos populares, que podem ser razoavelmente resumidas da maneira a seguir:

(March 13, 2013). **UCLA Law Review Discourse**, 2013; Yale Law School, Public Law Working Paper n.º 281, pp. 04.

¹⁶⁸ ESKRIDGE JR., William N. Op. Cit., pp. 296.

¹⁶⁹ A rigor, o termo aborto designa o produto do abortamento, isto é, o corpo do não nascido. Feito esse esclarecimento, ao longo deste trabalho, prefere-se utilizar a expressão “abortamento” para referir-se à prática de abortar.

¹⁷⁰ POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, vol. 42, pp. 373-433, 2007, pp. 390 e 392.

- Cortes salientam questões controversas até então despercebidas¹⁷¹;
- Cortes incitam revolta quando interferem de maneira ativista em questões políticas;
- Cortes principiam no tempo uma mudança social que naturalmente ocorreria a tempo e a modo.

Klarman considera que há um tempo adequado para o amadurecimento social de controvérsias, o que nem sempre é aguardado pelos Tribunais, que às vezes se aventuram em decisões precoces. Como já esclarecemos, William Eskridge assevera que, embora as decisões de juízes nem sempre tenham uma aptidão para a divisibilidade maior do que aquelas advindas do legislador, existe um perigo especial: quando se trata de fornecer uma resposta às querelas de grupos minoritários desprezados, juízes reagem muito rapidamente¹⁷². Nessa perspectiva, quando a decisão é proveniente do Legislativo, a propensão para gerar revoltas sociais é sobremodo menor. Em suma, em se tratando de desacordos solucionados por ferramentas de democracia direta ou representativa, o processo de aceitação social parece ser mais dócil.

Robert Post e Reva Siegel consideram que a visão de Klarman deriva de uma concepção idealista das políticas democráticas, observando (a propósito, muito bem) que o professor de Harvard parece repudiar a premissa fundamental, tão compartilhada por juristas progressistas após o New Deal, de que a função dos Tribunais é interferir para reparar os defeitos no processo democrático. De fato, na abordagem de Klarman, o mantra dogmático pós New Deal de que o papel dos Tribunais é exercer uma função contramajoritária, para proteger minorias da tirania de maiorias eventuais, é posto em cheque. Klarman parece não dizer amém para o construto teórico de John Hart Ely, para quem as Cortes devem intervir e desobstruir os canais democráticos. Post e Siegel consideram que as ideias de Klarman estão radicadas na premissa de que Tribunais não conseguem alterar práticas e crenças sociais, uma convicção já manifestada nos escritos de Gerald Rosenberg¹⁷³. O debate está posto. Neste trabalho, comungamos do entendimento pelo qual a tolerância social é mais generosa diante de decisões adotadas democraticamente, vale dizer, advindas da lei ou de consultas populares.

¹⁷¹ Isso fica muito claro com o exemplo dado por Luís Roberto Barroso: “[...] quando o Congresso Nacional aprovou as pesquisas com células-tronco embrionárias, o tema passou despercebido. Quando a lei foi questionada no STF, assistiu-se a um debate nacional”. (BARROSO, Luís Roberto. *A Razão Sem Voto: o Supremo Tribunal Federal e o Governo da Maioria*. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília, v. 5, p. 23-50. Número Especial, 2015. p. 39).

¹⁷² ESKRIDGE JR., William N. Backlash Politics: How Constitutional Litigation Has Advanced Marriage Equality In The United States. **Boston University Law Review**. v. 93, pp. 275-323, 2013, pp. 280.

¹⁷³ POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, vol. 42, pp. 373-433, 2007, pp. 393-394.

Isso se percebe, indutivamente, a partir da análise de fatos exemplos colhidos de experiências internacionais, senão vejamos.

6.1 O desacordo moral do abortamento no Direito Constitucional Irlandês

Na Irlanda, o chamado *Offences Against the Person Act* (1861) proibiu a prática do abortamento. No ano de 1983, de modo a fortalecer a proibição ao abortamento, a 8ª emenda à Constituição da Irlanda não apenas reconheceu o direito à vida intrauterina, como o fez “com a mesma consideração ao igual direito à vida da mãe”, equiparando os direitos à vida do nascituro e da gestante (art. 40, seção 3, subseção 3)¹⁷⁴. Portanto, a vedação passou a ter explícita envergadura constitucional. Na época, as medidas foram ao encontro dos valores substantivos compartilhados por um país de forte tradição católica, que optou por promulgar uma das legislações mais restritivas do mundo. Comparativamente, enquanto o Brasil pune o autoabortamento com uma detenção de três anos (art. 124, Código Penal), a Irlanda punia o mesmo delito com uma pena de 14 (catorze) anos, considerando como crime até mesmo o abortamento motivado por estupro¹⁷⁵.

No emblemático “Caso X”, a Corte Constitucional da Irlanda reconheceu a uma adolescente, que foi vitimada por um estupro, o direito de abortar, mas isso porque a menor desenvolveu ímpetus suicidas que geraram um considerável risco de morte¹⁷⁶. Na análise de Christina Akrivopoulou, o *leading case* teria acendido uma discussão nacional que culminou no referendo de 2003, consulta democrática cujo resultado foi a possibilidade de abortamento diante do risco iminente de suicídio¹⁷⁷.

Somente em 2013, uma lei relativizou a absoluta proibição de abortar, para permiti-la em situações extremas de risco à vida da gestante. Por fim, quase 35 anos após a 8ª emenda, por meio de um referendo realizado no ano de 2018, a referida vedação ao abortamento foi finalmente removida pelos irlandeses. A sociedade mudou e, por conseguinte, o arcabouço jurídico-constitucional também acompanhou essa mudança. Para se ter ideia, à semelhança de

¹⁷⁴ Tradução livre. No original: “Art. 40.3.3 - The State acknowledges the right to life of the unborn and, with due regard to the equal right to life of the mother, guarantees in its laws to respect, and, as far as practicable, by its laws to defend and vindicate that right”.

¹⁷⁵ AKRIVOPOULOU, Christina. **Liberalizing Abortion in Ireland: The New Legal Framework**, Int’l J. Const. L. Blog, August 1, 2013. Disponível em: <<http://www.icconnectblog.com/2013/08/liberalizing-abortion-in-ireland-the-new-legal-framework>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

¹⁷⁶ Attorney General v. X ([1992] 1 I.R. 53-54 (Ir. S. C.)).

¹⁷⁷ AKRIVOPOULOU, Christina. **Liberalizing Abortion in Ireland: The New Legal Framework**, Int’l J. Const. L. Blog, August 1, 2013. Disponível em: <<http://www.icconnectblog.com/2013/08/liberalizing-abortion-in-ireland-the-new-legal-framework>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

um sionismo eleitoral, inúmeros irlandeses, que viviam no exterior, retornaram à Irlanda com o único propósito de exercer sua cidadania na consulta popular. Em parte, essas viagens simbolizaram um movimento inverso ao exigido no passado, porque a Constituição irlandesa ressaltava a possibilidade de viagens para abortamento em outros países (art. 40, seção 3, subseção 3). Como se vê, ainda que uma decisão proferida pela Corte Constitucional Irlandesa tenha prestado algum obséquio para esse sensível tema, certo é que o protagonismo na resolução do desacordo foi eminentemente do Parlamento e do povo em si mesmo, que se fez ouvir por meio do referendo. A propósito, a consulta popular foi a mesma via eleita para implementar o casamento gay na Irlanda. A solução, portanto, acabou sendo adotada imune a ressentimentos populistas mais odiosos, sendo qualificada pelo Primeiro-Ministro Leo Varadkar como uma “revolução silenciosa”¹⁷⁸.

6.2 O desacordo moral do casamento gay no Direito Constitucional da França, Argentina e Romênia

Na França, em 2011, o tema da união entre pessoas do mesmo sexo foi levado à Corte Constitucional, suscitando-se uma eventual incompatibilidade do Código Civil francês com a Constituição desse país. Não obstante, a Corte pontuou que os artigos 75 e 144 da codificação civil estavam em conformidade com a Carta Política, aduzindo ainda que “descabe ao Conselho Constitucional substituir a sua avaliação pela do legislador”, reconhecendo, portanto, como válida a opção adotada pelo Parlamento¹⁷⁹.

Em resposta, no ano de 2013, o Parlamento francês aprovou a união entre pessoas do mesmo sexo, exercendo, mais uma vez, sua opção de posicionar-se sobre o assunto, assim como havia feito por ocasião da promulgação do Código Civil. Porém, dessa vez, os legisladores entenderam de trilhar caminho oposto ao inicial. Apesar de algumas manifestações públicas pela revogação da lei que permitiu o casamento entre pessoas do mesmo sexo, de uma maneira geral, o movimento contrário resignou-se ao resultado democrático.

¹⁷⁸ Irlanda acaba com tabu do aborto com “revolução silenciosa”. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/mundo/irlanda-acaba-com-tabu-do-aborto-com-revolucao-silenciosa/>>. Acesso em: 14 nov. 2018.

¹⁷⁹ Décision n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011. Tradução livre. No original: “[...] qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur [...]”. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2011/2010-92-qpc/decision-n-2010-92-qpc-du-28-janvier-2011.52612.html>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

Seja qual foi o lado vencedor nos controversos assuntos submetidos ao crivo popular, certo é que os debates foram elevados a uma belíssima disputa cívica e democrática, o que legitima qualquer placar. Esse é o sentido das considerações de Abraham Skorka, professor de Direito Hebraico da Universidade de Salamanca, quando pontua: “Em uma democracia tudo deve se resolver pelos canais legais, mediante um sincero, profundo e respeitoso debate. Os argumentos que cada parte usa devem buscar elementos em comum com o adversário, para chegar a uma síntese de conquistas e concessões mútuas”.¹⁸⁰

Em um raciocínio indutivo, as controvérsias enfrentadas com ferramentas democráticas parecem mais bem assimiladas pela sociedade. Isso ficará ainda mais nítido quando, comparativamente, a análise recair sobre desacordos morais dissolvidos em um outro *locus*, qual seja, a arena judicial. Nela, as consequências são bem diferentes, não apenas porque não há participação popular. Em geral, a medida consegue ser ainda mais controversa porque costuma desautorizar uma decisão popular anterior. Em um Estado de Direito, nasce um sentimento de vilipêndio à lei, que é causado exatamente por parte de quem deveria observá-la. Na Argentina, o então Arcebispo de Buenos Aires, Jorge Bergoglio¹⁸¹, que o mundo veio a conhecer alguns anos depois como Papa Francisco, apresenta um histórico relato sobre esse sensação de infidelidade cívica:

Insisto que nossa opinião sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo não tem base religiosa, e sim antropológica. Quando o chefe de governo da cidade de Buenos Aires, Mauricio Macri, não apelou da sentença de uma juíza de primeira instância autorizando o casamento, senti que tinha algo a dizer, a orientar; eu me vi na obrigação de manifestar minha opinião. Foi a primeira vez em dezoito anos de bispo que chamei a atenção de um dirigente. Se analisar as duas declarações que fiz, em nenhum momento falei de homossexuais nem fiz alguma referência pejorativa em relação a eles. A primeira declaração dizia que era preocupante a sentença da juíza porque indicava certo desapego à lei, já que um magistrado de primeira instância não pode violar o Código Civil, e ela o estava violando. Além de tudo, alertava sobre o fato de que um chefe de governo, guardião da legalidade, houvesse proibido que se apelasse contra essa falha. Macri me disse que eram suas convicções; eu as respeito, mas um chefe de governo não tem que transferir suas convicções pessoais para a lei.

Trata-se de um problema eminentemente de aceitação. O depoimento transcrito revela um desconforto persistente ou vitalício que, conquanto externado por uma autoridade eclesiástica, parece ter sido experimentado, acima de tudo, por um cidadão argentino que tesmунhou transformações sociais promovidas à revelia de quem de direito, isto é, do povo da

¹⁸⁰ BERGOGLIO, Jorge e SKORKA, Abraham. **Sobre o Céu e a Terra**. São Paulo: Paralela, 2013, p. 100.

¹⁸¹ BERGOGLIO, Jorge e SKORKA, Abraham. Op. Cit., p. 100.

Argentina. No ano de 2010, finalmente, o parlamento argentino aprovou o casamento entre pessoas do mesmo sexo, iniciativa que certamente contribuiu para a paz social.

A experiência vivenciada pelo constitucionalismo da Romênia também merece ser estudada quanto ao impacto social. O país não permite o casamento gay, mas grupos de conservadores decidiram elevar a proibição a um *status* constitucional, explicitando aquilo que, tradicionalmente, não era objeto de questionamento. Nasceu, então, a ideia de uma emenda à Carta Política. Consoante o artigo 150 da Constituição da Romênia, parte final, é possível emendar a constituição mediante a iniciativa de 500.000 (quinhentos mil) eleitores. Nesse caso, como ensinam Tănăsescu e Selejan-Guțan, a iniciativa deve sujeitar-se a um controle a ser exercido pela Corte Constitucional romena, *ex officio*, que se pronuncia pela viabilidade técnica da proposição¹⁸². A proposta é deliberada e votada pelo Parlamento e, por fim, submetida a um referendo popular.

Em apreço a esse dispositivo, aproximadamente 2,6 milhões de cidadãos romenos subscreveram uma iniciativa de reforma do documento constitucional, mais precisamente o artigo 48, por força do qual a família é fundada no casamento livremente consentido dos “cônjuges”. O desiderato da proposta popular foi redefinir o conceito de “família”, para estabelecer como elemento fundante o casamento livremente consentido por “um homem e uma mulher”.

Seguindo-se o rito aludido, a Corte Constitucional da Romênia foi chamada a efetuar um juízo de admissibilidade da proposta, concluindo pelo prosseguimento da proposição, asseverando que não estava credenciada a aquilatar a constitucionalidade material da pretensa emenda¹⁸³. Na Câmara dos Deputados, a aprovação contou com 232 votos favoráveis, ao passo que 22 se opuseram¹⁸⁴. No Senado, a aprovação foi de 107 votos favoráveis, havendo

¹⁸² TĂNĂSESCU, Simina Elena; SELEJAN-GUȚAN, Bianca. Developments in Romanian Constitutional Law. **Global Review of Constitutional Law**. Richard Albert, David Landau, Pietro Faraguna e Simon Drugda Editors. pp. 172-181, 2017, pp. 171. In: Albert, Richard and Landau, David and Faraguna, Pietro and Drugda, Șimon, The I-CONnect-Clough Center 2016 Global Review of Constitutional Law (August 3, 2017). Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3014378>>. Acesso em: 13 out. 2018.

¹⁸³ Decisão n.º 580/2016. Mais informações foram obtidas pelo Departamento de Relações Exteriores, Assessoria de Imprensa e Protocolo do Tribunal Constitucional da Romênia, que publicou um Comunicado Oficial na data de 17.09.2018.

¹⁸⁴ Os dados referentes à proposição foram extraídos no sítio eletrônico da Câmara dos Deputados da Romênia (*Camera Deputatilor*), onde o projeto recebeu o número de registro PLX127/2017. Disponível em: <http://www.cdep.ro/pls/proiecte/upl_pck2015.proiect?nr=127&an=2017>. Acesso em: 02 nov. 2018.

13 desfavoráveis¹⁸⁵. Por derradeiro, o referendo foi designado para o dia 7 de outubro de 2018, quando deveria atingir 30% de aprovação para promover a emenda à Constituição.

Aparentemente, o cenário estava favorável à pretendida emenda constitucional. Pesquisas de opinião, colhidas na véspera da consulta popular, indicaram uma aprovação de aproximadamente 90% da população romena, o que guardava coesão com a baixíssima dificuldade para propositura da proposta e com a manifesta adesão dos parlamentares¹⁸⁶.

Não obstante, poucos dias antes da realização da consulta popular, a Corte Constitucional da Romênia proferiu uma decisão no sentido de que uniões entre pessoas do mesmo sexo devem ser contempladas com os mesmos direitos que as uniões entre pessoas do sexo oposto, inclusive, com o reconhecimento jurídico de seus direitos e de suas obrigações. Portanto, na véspera do referendo, a Corte Romena praticamente antecipou a solução da controvérsia, esvaziando significativamente o objeto da consulta que custou mais de \$40.000.000,00 (quarenta milhões de dólares) para ser realizada¹⁸⁷.

Mesmo em dois dias de votação, simplesmente não foi alcançado o *quorum* de 30% para a alteração constitucional, mas somente 20,4%. Com isso, não houve um resultado juridicamente vinculante. O desfecho foi relativamente inconcludente, na medida em que não se soube, ao certo, se o voto popular seria favorável ou desfavorável à medida. Ao que tudo indica, a decisão da Corte Constitucional Romena bloqueou o agir coletivo, congelando no tempo o amadurecimento desse desacordo moral¹⁸⁸ e conservando a polarização social em torno da temática.

¹⁸⁵ Os dados referentes à proposição foram extraídos no sítio eletrônico do Senado da Romênia (*Senat*). Nesta casa legislativa, o número de registro do projeto é distinto: L569/2016. Disponível em: <https://www.senat.ro/legis/lista.aspx?nr_cls=L569&an_cls=2016>. Acesso em: 02 nov. 2018.

¹⁸⁶ O Jornal *The Guardian*, dois dias antes da consulta popular, noticiou a alta probabilidade de reforma constitucional, mas ressaltou a dúvida sobre a possibilidade de alcançar o *quorum* exigido para dar caráter vinculante à votação. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/world/2018/oct/05/romanians-to-vote-in-referendum-lgbt-groups-say-is-fuelling-hate-marriage-corruption>>. Acesso em: 13 out. 2018.

¹⁸⁷ The Washington Post. “**Romania spent over \$40 million on a referendum to ban same-sex marriage. Few bothered to vote**”. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/world/2018/10/08/romania-spent-over-million-referendum-ban-same-sex-marriage-few-bothered-vote/?utm_term=.47a50a54acd5>. Acesso em: 13 out. 2018.

¹⁸⁸ No Brasil, o Ministro Luiz Fux já alertou a comunidade jurídica sobre o risco de o STF arruinar debates políticos ainda em fase de desenvolvimento: “[...] o desafio do Supremo Tribunal Federal consiste em identificar qual é o *timing* correto para se posicionar, impedindo que se retirem prematuramente pautas ainda em discussão na esfera pública”. FUX, Luiz. Cortes Constitucionais e Democracia: O Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988, p. 255-273. In: TOFFOLI, José Antonio Dias (organizador). **30 Anos da Constituição Brasileira: Democracia, Direitos Fundamentais e Instituições**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 267.

6.3 Outras experiências bem-sucedidas de desacordos solvidos por mecanismos de soberania popular: Países Nórdicos, Europa Ocidental e Leste-Europeu

Diversos outros casos, que prestigiam o Parlamento e as consultas populares, podem ser mencionados como exemplos de experimentalismos constitucionais bem-sucedidos, na medida em que indutores de um baixo impacto social. Lamentavelmente, o senso comum teórico de muitos juristas ainda está impregnado por uma visão cética quanto aos parlamentares, fenômeno já denunciado por Jeremy Waldron¹⁸⁹. Verdade seja dita, a desconfiança sobre a capacidade de altruísmo das maiorias, mais do que qualquer coisa, revela uma visão pessimista acerca da própria humanidade, além de um fetichismo paternalista nutrido pelos Tribunais. Todavia, Tribunais são vias anômalas para a criação de direitos, embora sejam o *locus* apropriado para declará-los. O Legislativo, no Brasil e no mundo, tem desempenhado o seu papel.

No Direito Constitucional dos chamados países nórdicos, as instâncias políticas deliberativas têm sido eleitas exitosamente, o que se percebe pela escassez de reações adversas que hostilizem as medidas adotadas mediante consultas populares ou pelo Parlamento. A Suécia reconheceu a união civil entre pessoas do mesmo sexo, assim como o casamento gay, ambas as medidas adotadas pelo Parlamento sueco¹⁹⁰. O Reino da Dinamarca escolheu reconhecer a união civil entre pessoas do mesmo sexo, elegendo, igualmente, a via legislativa¹⁹¹. Esse também foi o percurso adotado pelos Parlamntos da Finlândia¹⁹² e da Noruega¹⁹³.

O Parlamento da Holanda também foi o responsável pela possibilidade de casamento igualitário, no ano de 2001, seguido rapidamente pelo Parlamento da Bélgica¹⁹⁴. O mesmo se diga quanto à Inglaterra, que aprovou uma lei para o casamento gay e um outro diploma de

¹⁸⁹ WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 02.

¹⁹⁰ Äktenskapsbalk (1987:230), Lag (1994:1117) om registrerat partnerskap, Lag (2009:260) om upphävande av lagen (1994:1117) om registrerat partnerskap. Disponível em: <<https://www.riksdagen.se>>. Acesso em: 02 nov. 2018.

¹⁹¹ Lbk nr. 1818 af 23.12.2015 om Bekendtgørelse af lov om ægteskabs indgåelse og opløsning, §§ 1–11. Disponível em: <<https://www.retsinformation.dk/>>. Acesso em: 02 nov. 2018. A Dinamarca já havia reconhecido a união entre pessoas do mesmo sexo no final dos anos 80: The Danish Registered Partnership Act n.º. 372 (1989).

¹⁹² É o que se vislumbra no Marriage Act (234/1929) e na emenda a esta norma, qual seja, o Act Amending the Marriage Act (156/2015).

¹⁹³ Lei n.º 47/1991 (“Marriage Act”), com as alterações promovidas pela Lei n.º 53/2008.

¹⁹⁴ ESKRIDGE JR, William N. Backlash Politics: How Constitutional Litigation Has Advanced Marriage Equality in The United States. **Boston University Law Review**, v. 93, pp. 275-323, 2013, pp. 286.

regência para a união civil entre pessoas do mesmo sexo¹⁹⁵. Assim também o órgão legiferante da Escócia, que igualmente permitiu o casamento gay¹⁹⁶. Até o ano de 2017, a Alemanha não admitia o casamento gay, mas o Parlamento já havia disciplinado a união civil entre pessoas do mesmo sexo¹⁹⁷. Hoje, as duas modalidades foram chanceladas pela legislação alemã. À semelhança da experiência romena, a Suíça submeteu a temática da união civil a um referendo popular, cujo resultado foi favorável¹⁹⁸. O Código Civil suíço não reconhece o casamento gay, mas a união civil afigura-se possível, com arrimo no *Swiss Partnership Act*.

Como medir eventuais reações a essas experiências legislativas e plebiscitárias na explosiva temática dos direitos LGBT? De que maneira é possível avaliar os impactos sociais dessas escolhas e o grau de aceitabilidade social? Atualmente, existe uma rica base de dados relativos à assimilação social das pautas LGBT. Já se sabe, com dados empíricos, que a Chechênia e a Somália são hostis a essa fração social, ao passo que a Islândia e a Espanha são países bastante receptivos.

Tradicionalmente, a entidade Spartacus elabora um meticuloso *ranking* mundial que mensura o nível de receptividade dos países, no que se refere à população LGBT (*gay travel index*). O levantamento foi feito a partir da década de 70, sendo atualizado anualmente. No ano de 2018, foram 197 (cento e noventa e sete) países avaliados, todos com uma metodologia transparente e racional¹⁹⁹. Um índice é construído de maneira multifatorial, atribuindo-se escores positivos para a presença das seguintes variáveis:

- legislação antidiscriminação;
- possibilidade de casamento e união civil entre pessoas do mesmo sexo;
- licitude de adoção;
- direitos civis para transgêneros e

¹⁹⁵ Marriage (Same-Sex Couples) Act 2013 e Civil Partnership Act 2004, embora este tenha uma amplitude geográfica maior (vigora em todo o Reino Unido) que aquele (somente vigora na Inglaterra e no País de Gales). Isso acaba retirando a possibilidade de casamento gay na Irlanda do Norte, onde, não obstante, é possível a união civil homossexual, dada a vigência do aludido Civil Partnership Act 2004.

¹⁹⁶ Marriage and Civil Partnership (Scotland) Act 2014. Quanto à união civil gay, também é plenamente possível, afinal, como já foi dito, o Civil Partnership Act 2004 é ubíquo em todo o Reino Unido da Grã-Bretanha.

¹⁹⁷ The Civil Partnership Act 2001, Reform of the Civil Partnership Act 2013 (LPartG).

¹⁹⁸ ILGA EUROPE. **First ever national referendum on same-sex partnership rights in Switzerland**. Disponível em: <<https://www.ilga-europe.org/resources/news/first-ever-national-referendum-same-sex-partnership-rights-switzerland>>. Acesso em: 14 out. 2018.

¹⁹⁹ *Spartacus Gay Travel Index* 2018. Disponível em: <www.spartacus.travel>. Acesso em: 05 nov. 2018.

- idêntica idade para o válido consentimento de atos sexuais, matrimônio etc.

Por sua vez, para o cálculo do índice, atribuiu-se uma pontuação negativa para os elementos a seguir:

- influência da religião;
- restrições de viagens para portadores de HIV;
- leis contra gays;
- leis que criminalizam a sodomia;
- banimento de demonstrações públicas de orgulho gay;
- existência de locais hostis à comunidade gay;
- abertura de processos judiciais contra gays;
- assassinatos;
- pena de morte.

Como se vê, trata-se de uma medição baseada em uma análise holística ou conglobada, que considera uma gama de fatores sociais, religiosos, políticos, culturais e jurídicos. A partir dessa expressão numérica, o *ranking* sinaliza os destinos mais seguros e atrativos para a comunidade LGBT, inclusive com finalidades turísticas. A riqueza multifatorial do índice Spartacus acabou evidenciando uma pertinência científica com a investigação do *backlash*, visto que muitos fatores considerados traduzem exatamente possíveis reações sociais a decisões ou medidas nessa temática. Noutras palavras, o índice Spartacus demonstra em que medida a sociedade assimilou os impactos de leis ou decisões judiciais nessa seara, identificando a repercussão política, cultural e social dessas medidas.

Metodologicamente, os países que enfrentaram o desacordo da união entre pessoas do mesmo sexo terão seu desempenho comparado com aqueles que deram esse passo por meio de uma Corte Constitucional. Já foi visto que Suécia, Noruega, Dinamarca, Finlândia, Bélgica, Holanda, Inglaterra, Escócia, Alemanha, Suíça, França, Irlanda e Argentina valeram-se da via normal, qual seja, o Parlamento ou mecanismos de consultas populares. Na verdade, esse é o itinerário procedimental da maioria dos países do mundo.

Pois bem.

Noutra ponta, excepcionalmente, alguns países fizeram uso da via anômala. Em 2004, a Suprema Corte do Canadá decidiu favoravelmente ao casamento gay²⁰⁰. No ano de 2006, a Corte Constitucional da África do Sul também endossou esse posicionamento²⁰¹. Em 2011, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal entendeu de reconhecer a união civil entre pessoas do mesmo sexo, ao passo que, em 2013, o Conselho Nacional de Justiça reconheceu a possibilidade de casamento gay²⁰². Em 2015, a Suprema Corte dos Estados Unidos reconheceu o casamento gay como uma liberdade inderrogável pelos estados da federação²⁰³. Já em 2017, a Corte Constitucional de Taiwan permitiu a união entre pessoas do mesmo sexo, sendo esta ilha o único país da Ásia a fazê-lo²⁰⁴. Cumpre ressaltar que a decisão instou o Legislativo de Taiwan a elaborar uma lei, no prazo de 2 (dois) anos, período durante o qual a decisão estará suspensa²⁰⁵. Por fim, a Corte Constitucional da Áustria, no ano de 2017, determinou que, após 31 de dezembro de 2018, o casamento gay também seria possível²⁰⁶. Até então, por determinação legal, o casamento só é franqueado aos heterossexuais, enquanto a união civil contempla os homossexuais²⁰⁷.

Antes de cruzar os dados e efetuar a comparação entre os dois blocos de países, cumpre antecipar uma possível objeção. Em uma perspectiva de nexos causal, talvez fosse apresentada a objeção de que, na verdade, a legislação favorável ao casamento e à união civil entre pessoas do mesmo sexo só surgiu exatamente porque tais países já eram receptivos à agenda LGBT. Porém, antes de promulgada a legislação referida, tais países estariam em péssimas posições no *ranking* apresentado, recebendo índices ruins de desempenho. Logo, é exatamente o advento da legislação que incrementa uma melhor posição.

Efetuando-se um comparativo de desempenho, tem-se o seguinte *ranking*:

²⁰⁰ Reference Re Same-Sex Marriage [2004] 3 S.C.R. 698, 2004 SCC 79.

²⁰¹ Minister of Home Affairs v. Fourie, 2006 (1) SA 524 (CC) (S. Afr.).

²⁰² ADI 4277/DF, ADPF 132 e Resolução n.º 175/2013.

²⁰³ Obergefell v. Hodges, 576 U.S (2015).

²⁰⁴ J.Y. Interpretation N.º 748, em 24.05.2017.

²⁰⁵ FOWKES, James. **Crisis and its Opposite: A Reminiscence of Same-Sex Marriage's Most Successful Year** (I-CONnect Column). Disponível em: <<http://www.iconnectblog.com/2018/01/crisis-and-its-opposite-a-reminiscence-of-same-sex-marriages-most-successful-year-i-connect-column/>>. Acesso em: 04 nov. 2018.

²⁰⁶ *Verfassungsgerichtshof Österreich*. G258/2017, 04.12.2017.

²⁰⁷ The Registered Partnership Act (Eingetragene Partnerschaft-Gesetz), Austria's Federal Law Gazette (Bundesgesetzblatt), Volume I, N.º 135/2009.

País	Ranking Spartacus (2018)	Via eleita
Suécia e Canadá	1º	Parlamento sueco. Corte Constitucional e Parlamento Canadenses.
Noruega, Finlândia, França, Alemanha, Inglaterra, Irlanda ²⁰⁸ , Escócia, Holanda e Bélgica	3º	Parlamento
Áustria	15º	Parlamento ²⁰⁹ .
Suíça	21º	Consulta popular
África do Sul	27º	Corte Constitucional
Estados Unidos	39º	Suprema Corte
Taiwan	45º	Corte Constitucional
Brasil	55º	STF e CNJ

Bem se vê, houve um excelente desempenho nos países que trataram o tema mediante consultas populares ou por meio da lei. A assimilação social foi alta, ao passo que a resistência oferecida foi baixa.

Por outro lado, países que optaram pela jurisdição constitucional das Cortes não tiveram um bom desempenho no *ranking*, com exceção do Canadá. Em parte, é razoável suspeitar que o *backlash* contra essas decisões e o próprio congelamento dos debates na arena judicial podem, em alguma medida, dificultar progressos em outras áreas consideradas pelo índice. Tais países tiveram um desempenho pior do que outros que sequer permitiram as uniões igualitárias, conforme será demonstrado.

De fato, a Suprema Corte do Canadá decidiu favoravelmente ao casamento gay²¹⁰ e este país ocupa o primeiro lugar no *ranking* da Spartacus. Todavia, a decisão do tribunal foi apenas uma consulta formulada pelo Governo. Na realidade, a união entre pessoas do mesmo sexo foi nacionalmente estabelecida por lei: o *Civil Marriage Act* (2005). Para evitar questionamentos sobre o futuro diploma, o Governo antecipou-se, formulando a hipotética

²⁰⁸ Exclui-se a Irlanda do Norte, que não admite o casamento gay.

²⁰⁹ Como foi dito, a Corte Constitucional da Áustria proferiu uma decisão, em dezembro de 2017, afirmando a possibilidade de casamento gay a partir de 2019. (*Verfassungsgerichtshof Österreich*. G258/2017, 04.12.2017.). Porém, o *ranking* não considerou esse julgado, na medida em que a pontuação atribuída ao critério “casamento gay/união civil” foi 1 (um), ou seja, somente considerou a legislação permissiva da união civil. Portanto, o índice alcançado pela Áustria (8) foi atingido e calculado por meio do Parlamento e demais critérios, porque a decisão proferida ainda não operou seus efeitos e está pendente de exequibilidade. Logo, a posição no *ranking* não levou em consideração a recente iniciativa da Corte.

²¹⁰ Reference Re Same-Sex Marriage [2004] 3 S.C.R. 698, 2004 SCC 79.

consulta. O julgado limitou-se, então, a afirmar a constitucionalidade do matrimônio entre pessoas do mesmo sexo, averbando que o Parlamento canadense tinha competência para legislar sobre capacidade para o casamento gay.

Valendo-se da Doutrina da Árvore Viva (*Living Tree Doctrine*)²¹¹, a Corte Constitucional Canadense afirmou que o conceito de casamento do século XIX não poderia ser congelado no tempo. Prevenindo uma reação *backlash*, o tribunal teve o cuidado de esclarecer que sacerdotes não seriam compelidos à celebração de casamentos gays. Aliás, adotando um comportamento estratégico, a Corte deixou de responder à quarta pergunta formulada pelo Governo. Nota-se, pois, que a decisão consultiva contou com um reforço vetorial legislativo e ambas as Instituições diluíram o impacto da medida. Antes deste precedente, muitos tribunais provincianos já haviam admitido a união entre pessoas do mesmo sexo²¹², a exemplo da decisão da Corte de Apelação de Ontário. É crucial registrar que o então Primeiro Ministro Jean Chrétien declarou, de público, que não recorreria desta decisão²¹³. O apoio do Governo, portanto, foi notório, inequívoco e decisivo.

Quando uma Corte Constitucional toma a iniciativa em temáticas como essas, assume-se um risco de não ser acompanhada pelo Parlamento (ou pelo Executivo), o que ocorreu, por exemplo, no Brasil. A questão remete ao estudo da Teoria do Intervalo da Tolerância²¹⁴, por força da qual há um limite suportável nas relações interinstitucionais. Rompido esse limite, calculando-se os custos e benefícios de uma reação, poderá haver uma dura resposta por parte dos demais Poderes. Sucede que, no Canadá, as instituições foram sincronizadas. A consulta se deu em dezembro de 2004, ao passo que a votação da lei seria em janeiro de 2005. Outro ponto relevante para a análise é que, dentre outras razões declinadas pela Corte para não responder ao quarto quesito da consulta, uma delas foi a de que o Governo já teria avisado que, independentemente da resposta, aprovaria o casamento gay pela via legislativa. O recado,

²¹¹ A Doutrina da Árvore Viva já havia sido invocada no caso *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] AC 124, por força do qual a constituição não deve ser vista como um fóssil imutável. Ao contrário, trata-se de um organismo vivo que, tal como uma árvore, cresce e se expande para alcançar os novos valores sociais.

²¹² *Halpern v. Canada (Attorney General)* (2003), 65 OR (3d) 161 (CA). A Corte Constitucional do Canadá também já havia se manifestado no caso *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3 (Can.), mas não havia uniformidade do tema em todas as províncias.

²¹³ Todos os dados mencionados sobre a evolução histórica do casamento gay no Canadá foram pesquisados no Centro de Estudos Constitucionais da *Universidade de Alberta*. A propósito, apesar de todos os cuidados orquestrados acima, a província de Alberta se rebelou contra o julgado, sinalizando que faria uso da cláusula *notwithstanding* para conservar o conceito tradicional de casamento.

²¹⁴ EPSTEIN, Lee; KNIGHT Jack; SHVETSOVA, Olga. The Role of Constitutional Courts in The Establishment and Maintenance of Democratic Systems of Government. **Law and Society Review**. v. 35, n. 1, 2001, pp. 128-129.

portanto, foi bastante claro. Na realidade, a iniciativa adveio do Parlamento e do Executivo canadenses, ainda que os tribunais tenham desempenhado um importante papel de pavimentação social dessa medida. Confirma-se, pois, a ideia central de Gerald Rosenberg, para quem as transformações sociais são muito mais secundadas pelas cortes que propriamente iniciadas por elas ou a tese de que, quando sozinhos, os tribunais dificilmente modificam a realidade social²¹⁵.

O fato é que a via anômala é sempre mais tormentosa para promover mudanças sociais. Até mesmo especialistas favoráveis ao enfrentamento desse tema pela jurisdição constitucional chegam a apontar estudos indicativos de uma possível correlação entre estados norte-americanos que reconheceram o casamento gay e o aumento no índice de violência contra a população LGBT, exatamente como decorrência do efeito *backlash*²¹⁶. Simplesmente, não há garantia de que o reconhecimento jurisdicional da união entre pessoas do mesmo sexo criaria uma ambiência mais segura e afável para a comunidade gay, o que se confirma pelo índice Spartacus.

Os países nórdicos e europeus possuem a segunda melhor pontuação mundial, embora estejam empatados no terceiro do lugar do *ranking*. Na prática, o terceiro lugar só foi alcançado porque há dois primeiros lugares, ou seja, um empate na primeira posição. Não existe país que ocupe o segundo lugar desse *ranking*. Substancialmente, contudo, afóra a competição travada, o fato é que os países da terceira posição do *ranking* podem ser vistos como a segunda melhor opção para a comunidade LGBT. O raciocínio, pois, é piramidal.

A África do Sul, cuja Corte Constitucional se pronunciou sobre o tema em 2006, está empatada com a Eslovênia, país do leste-europeu que rejeitou o casamento gay mediante referendo no ano de 2015. Apesar do transcurso de onze anos após o julgado da Corte, a posição no *ranking* sinaliza que as mudanças sociais não foram tão significativas.

Os Estados Unidos, que reconheceram o casamento gay mediante decisão da Suprema Corte no ano de 2015²¹⁷, continuam em uma posição inferior à Estônia e à República Checa,

²¹⁵ ROSENBERG, Gerald N. **The Hollow Hope**. Can Courts Bring About Social Change? Second Edition. The University of Chicago Press, 2008, pp. 31, 46-49.

²¹⁶ ESKRIDGE JR, William N. Backlash Politics: How Constitutional Litigation Has Advanced Marriage Equality in The United States. **Boston University Law Review**, pp. 275-323, v. 93, 2013, pp. 308.

²¹⁷ Obergefel v. Hodges, 576 U.S ___, 26.06.2015.

que sequer reconhecem o casamento gay²¹⁸. Por apenas um ponto, está à frente do Nepal e de Moçambique. Nota-se que, para além do risco de *backlash* pelo uso da via anômala, as transformações sociais esperadas pela decisão na arena judicial foram das mais modestas.

A ilha de Taiwan está empatada com a Croácia, que não reconhece o casamento gay²¹⁹. Nesse caso, a análise é difícil, porque a decisão é recente e, assim como a Áustria, ainda não opera efeitos. De toda sorte, constata-se que o país está no mesmo patamar que nações menos amistosas à agenda LGBT.

No Brasil, a decisão do STF foi proferida em 2011. Mesmo sete anos depois desse julgado, o Estado da Bósnia e Herzegovina continua dez posições à frente do Brasil, no *ranking*. A propósito, a Bósnia é um país em que parte significativa da população é muçulmana, que vivenciou guerras nos anos 90 e que sequer reconhece outra forma distinta do casamento. Não há uniões civis na Bósnia²²⁰. Segundo dados do Ministério das Relações Exteriores, a Bósnia é um país que deve ser visitado com “grau moderado de cautela”, inclusive, porque, no ano de 2013, ainda havia cerca de 200.000 (duzentas mil) minas terrestres espalhadas por cerca de 2,5% do território²²¹. A despeito de tudo isso, o país é considerado mais amigável que o Brasil. Aliás, o Estado Brasileiro está empatado com o Cambodja, El Salvador, Mongólia, Cuba e Panamá. Por que, quase uma década após as decisões do STF e do CNJ, não houve transformações sociais significativas nessa área? A resposta é muito clara: o efeito *backlash* oriundo da precipitação de desacordos morais na arena judicial. Mais uma vez, a já apresentada tese de Gerald Rosenberg, pela qual Tribunais dificilmente operam transformações sociais, parece ser confirmada.

Apesar das experiências descritas serem favoráveis ao desacordo moral da união entre pessoas do mesmo sexo, isso não implica que a admissibilidade seja necessariamente a única solução política e socialmente aceitável. Se assim o fosse, não se trataria de um desacordo moral, que, por definição, designa a coexistência razoável de ideias antagônicas acerca de um

²¹⁸ A Estônia admite outras figuras jurídicas: The Registered Partnership Act (também conhecido como Lei de Coabitação). A República Tcheca, igualmente, não reconhece o casamento, mas admite a união civil: Act 115/2006 (Registered Partnership).

²¹⁹ A Croácia, entretanto, admite institutos análogos, como se vislumbra no Same-Sex Unions Act 2003 (substituído pelo Life Partnership Act 2014).

²²⁰ Porodični Zakon, 2005.

²²¹ Conforme os dados fornecidos pelo Portal Consular do Ministério Brasileiro das Relações Exteriores. Disponível em: <<http://www.portalconsular.itamaraty.gov.br/seu-destino/bosnia-e-herzegovina#recomenda%C3%A7%C3%B5es-de-viagem>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

tema sobre o qual a sociedade não é consensual. É de todo pertinente lembrar das palavras de Luís Roberto Barroso²²², quando assevera:

Pessoas bem intencionadas e esclarecidas, em relação a múltiplas matérias, pensam de maneira radicalmente contrária, sem conciliação possível. [...] Esse fenômeno se revela em questões que são controvertidas em todo o mundo, inclusive no Brasil, como, por exemplo, [...] uniões homoafetivas [...].

É de se registrar, portanto, outras soluções adotadas por Parlamentos e consultas populares. A Itália, por exemplo, não admite o casamento gay, mas nem por isso se pode julgar o povo italiano como menos humanista que qualquer outro. O Japão não reconhece casamentos igualitários, nem mesmo na modalidade da união civil. A Suprema Corte Japonesa até admitiu a união de fato, mas não entre homossexuais. A restrição apontada, como é óbvio, não transforma japoneses em seres humanos menos evoluídos ou mais perversos que outros seres do planeta. Assim como milhares de cidadãos romenos, na condição de cristãos ortodoxos, não aceitariam verter seus tributos para a realização de abortamentos, iranianos sunitas não aceitariam pagar impostos para um Estado Nacional que reconhecesse casamentos igualitários, porque estariam doando parte de seu suor em prol de uma causa que repugna à consciência. O dilema remete à formação e às raízes do contrato social.

Por outro lado, no exercício da sua autodeterminação, inúmeros povos entenderam de adotar soluções conciliatórias ou intermediárias. Sem reconhecer o casamento gay, algumas nações desenvolveram democraticamente institutos jurídicos que contemplam essa fração da sociedade. Dentre elas, o Parlamento da Grécia, que só admite um acordo de coabitação²²³. No Leste Europeu, Croácia²²⁴, República Tcheca²²⁵, Estônia²²⁶ e Hungria²²⁷ também admitiram figuras jurídicas análogas. Em todos esses casos, além de muitos outros, a controvérsia foi decidida pelo povo, diretamente (consultas populares) ou indiretamente (leis), ou seja, pelas próprias pessoas atingidas pelos efeitos da decisão. O modelo é menos impactante do que quando tais decisões são provenientes de Juízes paternalistas que, mesmo não sufragados nas urnas, atuam como o superego da sociedade.

²²² BARROSO, Luís Roberto. **A Judicialização da Vida e o Papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 64.

²²³ Lei nº. 4356/2015.

²²⁴ Same-Sex Unions Act 2003 (substituído pelo Life Partnership Act 2014).

²²⁵ Act 115/2006 (Registered Partnership).

²²⁶ The Registered Partnership Act (também conhecido como Lei de Coabitação).

²²⁷ A Hungria reconhece a chamada coabitação registrada (1959. évi IV. törvény a Polgari Torvenykonyvrol (Act IV of 1959 on the Civil Code, sec. 685/A) e a coabitação sem registro (1959. évi IV. törvény a Polgari Torvenykonyvrol (Act IV of 1959 on the Civil Code, sec. 685/A).

Apenas para não deixar o dilema da união entre pessoas do mesmo sexo *in albis*, vale dizer, sem uma proposta apaziguadora e tecnicamente adequada para esse desacordo moral, convém apresentar a sugestão do autor deste trabalho: no Brasil, a união estável poderia ser franqueada até mesmo para amigos que convivem como uma família, sendo irrelevante a existência de um vínculo erotizado entre eles. É absolutamente descabido, além de preconceituoso com pessoas sexualmente abastêmias, exigir ou presumir que se relacionem sexualmente para que constituam família. Essa foi a solução adotada pelo ordenamento jurídico da Bélgica, com o instituto da coabitação legal²²⁸. Até mesmo irmãos que coabitam podem valer-se dessa figura jurídica, portanto, a coabitação legal não se restringe a “casais”. É o mais acertado. A Eslováquia também inovou ao prever o instituto jurídico das “pessoas próximas”, figura que facilita a vida em comum de amigos que coabitam²²⁹. Verdade seja dita, quando a doutrina civilista brasileira fala em “afeto”, no contexto da união estável, a referência não é exatamente ao amor afetivo de um pai para com o seu filho, mas sim ao amor *eros*. Sendo ainda mais objetivo, às vezes, a palavra “afeto” tem sido empregada como um eufemismo para vínculos sexuais, comportamentos íntimos ou relações romantizadas.

Feita a sugestão apontada, o importante é perceber a riqueza de possibilidades que derivam dos Parlamentos, verdadeiros laboratórios políticos na criação de arranjos e institutos jurídicos. O Brasil parece ter um fetiche por diálogos interjurisdicionais, ao mesmo tempo em que olvida-se da utilidade dos diálogos interparlamentares.

De tudo o que foi mencionado, a ideia central é a de que, independentemente de como exerceram sua soberania popular quanto às questões que dividem a sociedade, todas as nações mundiais são dignas da mesma consideração e do mesmo respeito. Por definição, inexistente desacordo moral razoável com uma única resposta moralmente aceitável.

É bom avisar, contudo, que Parlamentos não são oráculos que decifram enigmas morais não alcançados pelas outras instituições. Não há garantia de que o povo ou seus mandatários fornecerão a melhor resposta, mas garante-se que o método de atingi-la será o mais adequado: o princípio majoritário. Aliás, nem mesmo os Tribunais conseguem desvencilhar-se desse método decisório, na medida em que também as Cortes decidem pela maioria. Afigura-se um paradoxo quando uma decisão judicial contramajoritária é sufragada por uma maioria de juízes. A prática revela que o poder divisivo de um desacordo moral

²²⁸ Arts. 1475 *usque* 1479 do Código Civil da Bélgica.

²²⁹ Civil Code 40/1964.

atinge os magistrados da maneira como polariza a sociedade, o que se vislumbra nas inúmeras decisões não unânimes que beiraram um empate.

Porém, repisar esse debate não é o propósito deste trabalho. Para o que importa nesta dissertação, convém destacar que, para muito além da legitimidade da resposta do Parlamento, é ela socialmente menos arriscada e menos impactante. Esse é o ponto essencial no estudo do *backlash*: a assimilação menos difícil quando medidas controversas são tomadas pelo próprio destinatário do comando a ser cumprido. Na doutrina brasileira, Sérgio Antônio Ferreira Victor, ao explicar os escritos de Jeremy Waldron, esclarece com muita clareza esse processo de aceitação²³⁰:

Ante o desacordo moral razoável persistente, as leis aprovadas não gozarão de consenso, ou seja, indivíduos que eram contrários à aprovação de certas medidas legislativas continuarão pensando da mesma forma. Tendo participado do processo decisional, no entanto, aceitarão a nova lei como legítima e como deles também.

Também se colhe esse raciocínio, por exemplo, das reflexões desenvolvidas por Roger Scruton²³¹, quando averba que “[...] a crença na legitimidade existe e sempre existirá como parte de uma consciência política comum [...]”. Trata-se de uma marca do imaginário coletivo. Em arremate, segundo o filósofo britânico, “[...] não é feliz uma sociedade na qual as pessoas não podem ver a legitimidade em plena vigência, na qual elas veem apenas a coerção do Estado e o poder estabelecido”²³². A ideia remete ao contratualismo de Rousseau, radicando-se no germe do pacto social.

Parece menos ruim ser privado de uma liberdade de maneira autônoma, em vez de heterônoma. Trata-se de uma hipótese com pontos de contato com a Filosofia Política e com a Psicologia Social: decisões forjadas por mecanismos democráticos são menos indutoras de reações *backlashes*. Comparativamente, Cortes são fracas em promover transformações sociais, mas são excelentes para despertar o revanchismo. É desse segundo aspecto que se ocupa o capítulo seguinte.

²³⁰ VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo Institucional e Controle de Constitucionalidade**. Debate entre o STF e o Congresso Nacional. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 165.

²³¹ SCRUTON, Roger. *O Que É Conservadorismo*. São Paulo: É Realizações, 2015, p. 64.

²³² SCRUTON, Roger. Op. Cit., p. 64-65.

7 O NEXO ETIOLÓGICO ENTRE DESACORDOS MORAIS PRINCIPIADOS POR JUÍZES OU TRIBUNAIS E O EFEITO *BACKLASH*

Alguns exemplos dessa reação social podem ser retirados da história do constitucionalismo norte-americano²³³, do constitucionalismo alemão e de experiências constitucionais do Leste-Europeu. Metodologicamente, a apresentação dos casos justifica-se para a compreensão prática das análises e ferramentas apresentadas neste trabalho, a título de ilustração. Aliás, os casos analisados a seguir foram as matrizes (tipos ideais) de onde foi extraído o construto teórico da parte inicial.

Antes de examinar, um a um, convém lembrar o desafio dos raciocínios de causação, isto é, de indicar com segurança o nexo de causa e efeito entre decisões judiciais e os fatos sociais supostamente por elas desencadeados. Em que medida, precisamente, *Dred Scott v. Sandford* (1857) foi a causa remota da Guerra Civil? Trata-se de uma pretensão científica desafiadora. Não obstante o caráter desafiador desse empreendimento, concorda-se com o historiador Marc²³⁴, quando averba que não há como evitar, instintivamente, essa maneira de investigação científica. Os fatos estão, sim, concatenados como elos de uma corrente, e a dificuldade em elucidar essas conexões não pode desencorajar um estudo metuculoso a esse respeito. Como alertamos na introdução, esse problema foi percebido por Gerald Rosenberg, para quem é difícil isolar os efeitos das decisões dos Tribunais de outros eventos que possivelmente também concorreram para transformações sociais. Para amenizar essa dificuldade, metodologicamente, o professor da Universidade de Chicago teve o cuidado de efetuar uma distinção entre as duas principais influências exercidas por uma decisão: a) influências jurídicas, radicadas na autoridade do Tribunal; b) influências extrajurídicas, derivadas da capacidade de persuasão do Tribunal, na sua legitimidade e na sua aptidão para salientar assuntos controversos, colocando-os na agenda nacional²³⁵. Cada influência tem autonomia para deflagrar consequências próprias na cadeia causal. Essa compreensão também será utilizada quando do exame dos casos a seguir.

²³³ KLARMAN, Michael. Courts, Social Change and Political Backlash. In: **Hart Lecture at Georgetown Law Center**, March 31, 2011 – Speaker’s Notes, pp. 02. Disponível em: <<http://tinyurl.com/bz4cwqk>>. Acesso em: 01 jul. 2017.

²³⁴ BLOCH, Marc. **A Apologia da História ou o Ofício de Historiador**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002, p. 155.

²³⁵ ROSENBERG, Gerald N. **The Hollow Hope**. Can Courts Bring About Social Change? Second Edition. The University of Chicago Press, 2008, pp. 07.

Feitos esses esclarecimentos, é hora de examinar a seleção de casos ilustrativos do efeito *backlash*. Vejamo-los.

7.1 *Backlash em Brown v. Board of Education (1954)*

Até a primeira metade do século XX, nos Estados Unidos, admitia-se que escolas públicas separassem alunos brancos e negros. Mesmo com o advento da 14ª emenda (1868), que proclamava o princípio da igualdade, a prática discriminatória perdurava. Isso porque os congressistas responsáveis pela promulgação da 14ª emenda eram os mesmos que legislavam para o Distrito de Columbia, que sediava o Governo Federal. Como explica Sergio Moro²³⁶, tais parlamentares, na mesma legislatura, adotaram escolas segregadas no referido Distrito, portanto, “[...] a segregação não era inconstitucional de acordo com a concepção dos autores da emenda”. Noutras palavras, adotando-se o raciocínio originalista do *original intent*, que perquire a intenção dos elaboradores da norma, o propósito dos *framers* não foi o de proibir a segregação nas escolas. Do mesmo modo, ainda que se acolha o originalismo do *original public meaning* (textualismo), o significado do texto, tal como empregado por pessoas instruídas à época da promulgação da emenda, simplesmente não era o de proibir a segregação²³⁷.

Para dificultar ainda mais esse panorama, no ano de 1896, a Suprema Corte chegou a decidir que os Estados da Federação poderiam, validamente, segregar seres humanos em espaços públicos, valendo-se da cor da epiderme para estabelecer essa discriminação (*Plessy v. Ferguson*). Nessa época, vigorou a lamentável doutrina do “*equal, but separate*”.

Os anos se passaram e a prática foi finalmente censurada pela Suprema Corte Norte-Americana, presidida por Warren, que pronunciou a inconstitucionalidade da segregação racial em *Brown v. Board of Education (1954)*. Segundo a Corte, esse *aparttheid* violava a 14ª

²³⁶ MORO, Sergio Fernando. Op. Cit., p. 342.

²³⁷ Enquanto juristas como Robert Bork optavam por um originalismo subjetivista (*original intent*), porque baseado na intenção do constituinte, autores como Antonin Scalia prestigiavam o significado contemporâneo à promulgação da norma (*original public meaning*), tal como empregado à época, corrente esta que foi batizada de textualismo (SCALIA, Antonin. **A Matter of Interpretation**. Federal Courts and the Law. Princeton University Press, 1997, p. 23). Essas são as duas formas mais corriqueiras de originalismo, mas há outras. Por exemplo, Michael Rappaport menciona ainda o originalismo dos métodos originais (*original methods*), pelo qual o intérprete deverá seguir os métodos e regras interpretativas que, segundo o pensamento doutrinário majoritário à época da promulgação da Constituição, eram considerados como aplicáveis (RAPPAPORT, Michael B. **Is Proportionality Analysis Consistent with Originalism**. University of San Diego School of Law, Legal Studies Research Paper Series, Research Paper n. 17-308, 2017, pp. 06). O importante, aqui, é estabelecer a premissa de que os critérios originalistas conduzem ao mesmo resultado: nem os elaboradores da 14ª emenda desejavam evitar segregação, tampouco as palavras que usavam significavam isso ao tempo em que incorporadas na Constituição.

emenda à Constituição norte-americana, entendimento diametralmente oposto àquele sufragado no caso *Plessy v. Ferguson*. Contudo, em razão do *backlash* sofrido, as consequências históricas de *Brown* foram bastante controversas.

Efetuando-se um comparativo entre a conjuntura político-social anterior e posterior à decisão, é possível perceber mais nitidamente os impactos de *Brown*. Adotando-se o ano de 1954 como um marco divisor entre dois hemisférios, tem-se o seguinte panorama anterior à decisão: consoante Klarman²³⁸, de 1940 a 1950 (portanto, antes do julgado), o número de eleitores negros registrados em 11 (onze) estados do sul cresceu de 151.000 (cento e cinquenta e um mil) para 900.000 (novecentos mil). Entre 1940 e 1946, o número de associados da *National Association for the Advancement of Colored People* (importante associação cujo objeto era a luta em favor dos direitos das pessoas negras) aumentou 9 (nove) vezes durante a II Guerra Mundial, migrando de 50.000 (cinquenta mil) para 450.000 (quatrocentos e cinquenta mil) pessoas. No final dos anos 40, negros já ocupavam cargos públicos e até mesmo venciam eleições. No início da década de 50, já havia ocorrido a dessegregação da polícia de Montgomery, dos elevadores de Birmingham, dos júris de Little Rock, de algumas lojas de Greensboro, além de bibliotecas públicas, parques e piscinas de Louisville. Como se vê, mesmo que a passos lentos, os avanços sociais eram percebidos.

Nos dez anos anteriores ao julgado, ou seja, no lapso compreendido entre 1944 e 1954, a sociedade vivenciou uma curva ascendente de decisões judiciais consagradoras de direitos civis para a população negra. Como aponta Lêda Boechat Rodrigues²³⁹, a Suprema Corte Norte-Americana reconheceu, com arrimo na 14ª emenda, o direito de os negros não serem excluídos de partidos políticos quando essa condição se afigurasse indispensável para a participação nas eleições primárias²⁴⁰, a igualdade de tratamento nos transportes interestaduais²⁴¹, o direito de comprar imóveis sem cláusulas restritivas²⁴², o direito de servirem como jurados²⁴³, o direito de igual acesso aos empregos²⁴⁴ e o direito de sufrágio²⁴⁵. Todas essas conquistas parecem ter alcançado o ponto ótimo no gráfico das reações sociais

²³⁸ KLARMAN, Michael J. How Brown Changed Race Relations: The Backlash Thesis. *The Journal of American History*, v. 81, n. 1, pp. 81-118, (Jun., 1994), pp. 89.

²³⁹ RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958, p. 299.

²⁴⁰ *Smith v. Allwright*, 321 U.S 649 (1944).

²⁴¹ *Morgan v. Virginia*, 328 U.S 378 (1946).

²⁴² *Shelley v. Kraemer*, 334 U.S 1 (1948).

²⁴³ *Cassel v. Texas*, 339 U.S 282 (1950).

²⁴⁴ *Brotherhood of Railroad Trainmen v. Howard*, 343 U.S 768 (1952).

²⁴⁵ *Terrel v. Adams*, 345 U.S 461 (1953).

em função do reconhecimento de direitos. Ultrapassar esse marco, na arena judicial, comprometeria outras conquistas.

Após *Brown*, o *backlash* foi manifesto. Dados fornecidos por Michael Klarman dão conta de que os registros de eleitores negros do Mississippi caíram de 22.000 (vinte e dois mil) para 8.000 (oito mil), ao passo que o movimento contra a segregação racial no ensino superior tornou-se ainda mais controverso²⁴⁶. No início de 1954, o Conselho da Cidade de Birmingham rescindiu o banimento de atletas negros nas competições desportivas. Duas semanas após *Brown*, um referendo restaurou essa discriminação. Políticos tidos como moderados foram alijados da política, enquanto os mais extremistas e demagogos raciais tiveram suas candidaturas alavancadas. *Brown* teria retardado o sul do país e alavancado a carreira de políticos conservadores, como Bull Connor e George Wallace.

Em uma percuciente pesquisa historiográfica, muitos outros dados foram coletados pela professora Leda Boechat Rodrigues²⁴⁷. Segundo ela, em outubro de 1954, a região Sul do país começou a testemunhar o nascimento de Conselhos de Cidadãos Brancos, que rapidamente ultrapassaram 80.000 membros. Por sua vez, as dificuldades práticas da implementação de *Brown* (1954) geraram uma nova decisão em 31 de maio de 1955, que estabeleceu diretrizes para a execução do julgado. Foi exatamente esse precedente que, consoante Boechat, gerou a reativação da Ku-Klux-Klan da região Sul, o ponto culminante da orografia das reações. No campo das reações legislativas, cinco estados emendaram suas constituições e declararam nulo o julgamento da Suprema Corte. Em 1956, a Suprema Corte foi atacada por 70 (setenta) projetos de lei com o desiderato de enfraquecê-la. Até mesmo atos de violência foram relatados por Boechat, contudo, o nexos causal é controverso. A autora sublinha que os brancos “aterrorizaram” os negros, entretanto, como uma resposta ao Boicote dos ônibus de Montgomery (Alabama), não exatamente como uma reação à decisão. A título de esclarecimento, a discriminação nos transportes coletivos desafiou a coragem de uma senhora que, em um belíssimo exemplo de desobediência civil, negou-se a acatar as ordens sobre qual assento poderia ocupar. Uma vez presa pelas autoridades, o Reverendo Martin Luther King liderou um amplo boicote ao serviço de transporte. Ante a incerteza na cadeia causal, essa reação será descartada, porque provavelmente imputada à manifestação

²⁴⁶ KLARMAN, Michael. Courts, Social Change and Political Backlash. In: **Hart Lecture at Georgetown Law Center**, March 31, 2011 – Speaker’s Notes, pp. 02. Disponível em: <<http://tinyurl.com/bz4cwqk>>. Acesso em: 01 jul. 2017, pp. 2-3. A fonte é a mesma para os demais dados deste parágrafo.

²⁴⁷ RODRIGUES, Lêda Boechat. **A Corte de Warren**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991, p. 91. Os demais dados informados neste parágrafo também foram extraídos desta fonte.

mencionada, não sendo, pois, oriunda da decisão vergastada (*Brown*). Em suma, *in dubio abstine*.

Em mais uma comparação entre o antes e o depois, Klarman²⁴⁸ demonstra que a legislação federal sobre direitos civis atingiu o seu ápice em 1951-1952, dois a três anos antes de *Brown*, entrando em declínio durante a década de 50. Como se vê, se o esperado era uma curva ascendente (ante a influência exercida por *Brown*), o resultado foi inusitado: uma queda legislativa em termos de direitos civis. Pior ainda, na descrição do professor de Harvard, as leis de direitos civis da era Eisenhower (1956-1957) foram “castradas” no Congresso. Por fim, em uma análise da legislação do estado de Indiana, constatou-se que nenhum diploma relevante foi promulgado até a revolução dos direitos civis ocorrida nos anos 60²⁴⁹.

Talvez os custos descritos valessem a pena, se o objetivo principal da decisão realmente fosse alcançado, entretanto, também há controvérsias quanto a isso. No que se refere ao principal efeito esperado, baseando-se em dados quantitativos apresentados por Gerald Rosenberg, Klarman²⁵⁰ aponta que estados como Kentucky e Oklahoma realmente vivenciaram avanços na dessegregação racial em escolas. Contudo, nos demais estados do sul, o resultado foi desanimador. Mesmo cerca de cinco anos após a decisão proferida em *Brown v. Board of Education*, o percentual de alunos negros comparecendo às aulas em escolas dessegregadas era de apenas 0,12% no Tennessee e 0,01% na Carolina do Norte. Nesse mesmo período, nos estados do sul como um todo, aproximadamente 0,16% dos negros em idade escolar estavam estudando com brancos. No início da década de 60, não havia uma única criança negra sequer comparecendo às aulas em escolas dessegregadas na Carolina do Sul, Mississippi e Alabama. O que se percebe é um verdadeiro *delay* quantos aos efeitos que razoavelmente se esperavam dessa importante decisão.

Na verdade, com apoio na análise historicista de Klarman, a legislação de Direitos Civis da década de 60 é que efetivamente promoveu a mudança esperada em *Brown*, sobretudo diante da concreta ameaça de corte no repasse de verbas federais para as unidades educacionais que não haviam promovido, efetivamente, a dessegregação. A análise de documentos jornalísticos da época evidencia que a imprensa deu mais atenção às lutas

²⁴⁸ KLARMAN, Michael. Op. Cit., pp. 87.

²⁴⁹ THORNBROUGH, Emma Lou. Breaking Racial Barriers to Public Accommodations in Indiana, 1935 to 1963. *Indiana Magazine of History*, 83 (Dec. 1987), 327-30, 336-39, *apud* KLARMAN, Michael. Op. Cit., pp. 87.

²⁵⁰ KLARMAN, Michael J. How Brown Changed Race Relations: The Backlash Thesis. *The Journal of American History*, v. 81, n. 1, pp. 81-118, (Jun., 1994), pp. 84.

emancipatórias propriamente ditas, como o boicote aos ônibus de Montgomery (1955-1956), que ao precedente da Suprema Corte em si mesmo. Na prática, é como se *Brown* tivesse sido eclipsada pelo movimento dos direitos civis, que brilharam com uma magnitude suficiente para ofuscar a ousada iniciativa da Corte de Warren²⁵¹.

Embora muito se diga que a decisão atuou como um incentivo simbólico na luta pelo movimento negro, os dados históricos também permitem questionar essa premissa. Após o que restou decidido em *Brown* (1954) e até o final dos anos 50, paradoxalmente, os movimentos por direitos civis dos negros sofreram um esfriamento. Baseando-se em dados extraídos do *New York Times*, Klarman demonstra que a quantidade de coberturas jornalísticas de manifestações por direitos civis foi maior no período de 1946-1948, comparativamente com o lapso de 1957-1959. Isso, por si só, não significa que a decisão teria gerado o efeito de esfriamento na luta por direitos civis. A interpretação dada por Klarman é a de que a Guerra Fria, com o seu Macarthismo, inibiu ativistas de lutarem pela alteração do *status quo*, exatamente pelo receio de serem vistos como cúmplices do comunismo. Somente com a superação desse obstáculo foi possível reflorescer o movimento de direitos civis dos anos 60 que já havia eclodido com a II Guerra Mundial, ou seja, o responsável por isso não foi exatamente o aparecimento de *Brown*, mas sim o desaparecimento do Macarthismo²⁵².

Em uma análise fria e realista, Michael Klarman demonstra que o impacto direto de *Brown* sobre a dessegregação nas escolas foi modesto, assim como as contribuições indiretas para as mudanças raciais são mais presumidas do que efetivamente demonstradas. Segundo ele, os estudiosos têm exagerado quanto à medida da colaboração dada pela Corte, no que concerne à inspiração do movimento de luta pelos direitos civis da década de 60. Uma respeitável fração de historiadores sustenta que a consciência indispensável para o movimento de luta pelos direitos civis, na verdade, originou-se de fatos bem mais remotos, radicando-se na II Guerra Mundial (1939-1945) ou até mesmo em momentos anteriores a esse marco²⁵³. Em suma: em alguma medida, parece óbvio que *Brown* favoreceu o movimento negro na luta

²⁵¹ KLARMAN, Michael J. Op. Cit., pp. 84-86.

²⁵² KLARMAN, Michael J. How *Brown* Changed Race Relations: The Backlash Thesis. **The Journal of American History**, v. 81, n. 1, pp. 81-118, (Jun., 1994), pp. 89-90.

²⁵³ KLARMAN, Michael J. Op. Cit., pp. 81-85. Klarman reconhece que *Brown*, de várias maneiras, contribuiu indiretamente para a luta pelos direitos civis, seja pautando o debate na agenda nacional, seja conscientizando as pessoas, seja dando relevo ao movimento social nos estados do sul do país (Op. Cit., pp. 85-86). Não obstante, muitos historiadores superestimam a decisão da Suprema Corte, afirmando que seria uma *conditio sine qua non*, ou seja, um evento sem o qual não haveria movimento de luta pelos direitos civis. Trata-se de um erro palmar.

pelos direitos civis, mas a extensão dessa colaboração é realmente controversa e há muitas evidências de que a narrativa hegemônica tem superestimado os benefícios.

É interessante registrar que, em *Brown*, a “reação” *backlash* ocorreu liminarmente. Antes mesmo do julgamento, já era possível perceber providências acautelatórias para assegurar o *status quo*. Em obra dedicada ao tema, Boechat Rodrigues esclarece que, quando a Suprema Corte admitiu, em 09 de junho de 1952, o caso oriundo da Carolina do Sul como de “jurisdição provável”, a sinalização levou o Sr. Byrnes, governador desse estado, a declarar que privatizaria as escolas na eventualidade de uma decisão que proibisse a segregação racial. Desse modo, seria possível esquivar-se de cumpri-la, pois o julgado só era cogente para escolas públicas. Em novembro de 1952, a constituição estadual sofreu uma emenda que viabilizava essa providência. A própria Suprema Corte passou a adotar expedientes protelatórios, adiando a marcha processual para prevenir-se estrategicamente das consequências da sua decisão²⁵⁴.

Apesar do altíssimo impacto controverso da decisão, a capa do Jornal *New York Times* do dia 17 de maio de 1954 (data da decisão em estudo) trouxe uma manchete preponderantemente descritiva, além de uma matéria bastante esclarecedora sobre o que fora decidido. Pelo menos nesse importante meio de comunicação, não foram endereçadas críticas que hostilizassem a decisão²⁵⁵. O mesmo não pode ser dito quanto às autoridades do governo. O senador James Eastland, em um inflamado discurso proferido na Carolina do Sul, afirmou que a decisão caracterizava uma era de “tirania judicial” e que o Tribunal correspondeu aos anseios de um “movimento radical pró-comunista”. Em arremate, o senador concitou a sociedade a uma verdadeira desobediência civil, justificando que “a opinião pública é lei e nenhuma lei pode vigorar se não tiver atrás dela a força da opinião pública”²⁵⁶. De maneira similar, o deputado Andrews (Alabama) indagou de maneira retórica: “Por quanto tempo continuaremos a permitir que a Suprema Corte usurpe os Poderes do Congresso, escreva as leis do país, destrua os direitos dos Estados e proteja o Partido Comunista?”²⁵⁷.

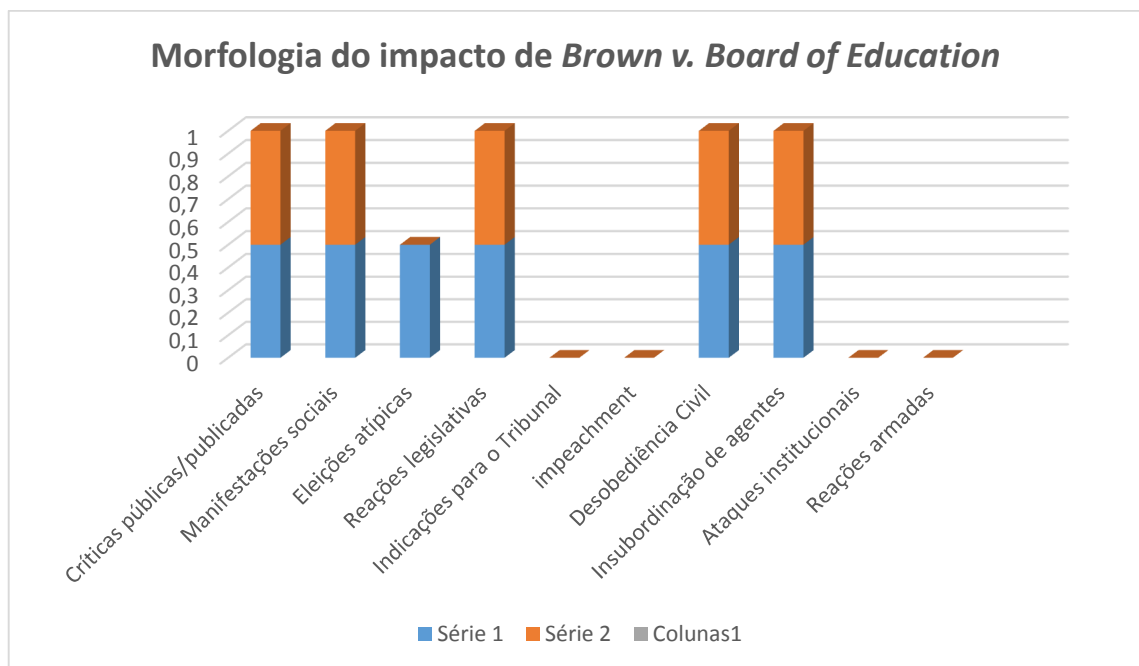
²⁵⁴ RODRIGUES, Lêda Boechat. **A Côrte Suprema e o Direito Constitucional Americano**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958, p. 301.

²⁵⁵ A manchete que ilustrou a capa do jornal tinha os seguintes dizeres: “High Court Bans School; 9-to-0 Decision Grants Time to Comply”. A imagem fotográfica, assim como o teor da notícia, podem ser pesquisados em: <<https://archive.nytimes.com/www.nytimes.com/learning/general/onthisday/big/0517.html#article>>. Acesso em: 20 out. 2018.

²⁵⁶ RODRIGUES, Lêda Boechat. **A Corte de Warren**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991, p. 92.

²⁵⁷ RODRIGUES, Lêda Boechat. **A Corte de Warren**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991, p. 93.

Um outro ponto dominante na morfologia de *Brown* foi a insubordinação de autoridades e agentes quanto ao cumprimento da decisão. Em setembro de 1957, o Governador do Arkansas, valendo-se da força da Guarda Nacional, proibiu que nove alunos negros entrassem no Ginásio Central de Little Rock. Em contrapartida, o presidente da República Eisenhower enviou tropas do Exército para assegurar a autoridade da decisão judicial questionada. Por fim, Lindsay Almond, Governador da Virginia, fechou nove escolas para esquivar-se do dever de promover a dessegregação. Bem se vê, as próprias autoridades constituídas viraram as costas para o julgado, sabotando os efeitos da decisão²⁵⁸.



7.2 Backlash em *Miranda v. Arizona* (1966)

Inspirada na Quinta Emenda à Constituição Norte-Americana, que previu uma proteção contra a autoincriminação, a Suprema Corte decidiu que as declarações de uma pessoa presa, proferidas em interrogatórios policiais, só seriam admissíveis se o Ministério Público comprovasse que a pessoa custodiada não apenas tinha perfeita ciência do seu direito de consultar-se com um advogado e de não incriminar-se, como também que ela havia voluntariamente abdicado do exercício desses direitos fundamentais. O julgado fez com que policiais passassem a advertir as pessoas presas, o que ficou conhecido como “Aviso de Miranda”.

²⁵⁸ RODRIGUES, Lêda Boechat. Op. Cit., p. 97-98.

A percepção social, de uma maneira geral, foi a de que a postura do Tribunal havia sido leniente e estava diretamente ligada ao aumento dos índices de crimes no país. Segundo a avaliação de João Carlos Souto²⁵⁹, o julgado teve um impacto político imediato: no mesmo ano de 1966, o conservador Ronald Reagan candidatou-se ao cargo de governador da Califórnia e fez uso político dessa percepção social, obtendo uma “vitória esmagadora”. No ano seguinte, 1967, o Juiz Warren Burger discursou que a decisão proferida em *Miranda* dificultava a condenação até mesmo de réus sabidamente culpados, discurso esse que acabou por inspirar a abordagem de Richard Nixon nas eleições presidenciais de 1968. Ainda nesse pleito presidencial, o candidato George Wallace, eternizado na História por posicionar-se a favor da segregação entre brancos e negros, também fez uso político da controversa decisão²⁶⁰.

Do mesmo modo, na análise histórica efetuada por Michael Klarman²⁶¹, diante do aumento nos índices criminais, *Miranda v. Arizona* (1966) favoreceu a vitória de Richard Nixon com a plataforma *law-and-order*. Noutras palavras, uma decisão criminalmente “garantista” teria gerado como resposta a eleição de um candidato cujas ideias eram a eliminação de qualquer tolerância no combate à criminalidade. Essa também foi a compreensão de Sergio Moro, para quem “nenhuma outra decisão criminal da Corte de Warren foi tão criticada como *Miranda v. Arizona*, de 1966”²⁶². Na perspectiva de Moro, o aumento da criminalidade, entretanto, não pode ser imputado à decisão. O jurista da Universidade Federal do Paraná avalia que houve uma coincidência entre a escalada de violência e a decisão, que foram contemporâneas, mas aponta uma pista para compreender a revolta social desencadeada no caso *Miranda v. Arizona*²⁶³:

Miranda, coincidindo, porém, com uma época de escalada de crimes, foi uma das menos populares decisões da Corte, servindo de tema para a campanha presidencial de Nixon em 1962, que servia-se do slogan lei e ordem e propunha a revisão das decisões criminais da Corte de Warren.

Em outro momento, Moro manifesta uma opinião reveladora:

²⁵⁹ SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos**. Principais Decisões. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 100.

²⁶⁰ SOUTO, João Carlos. Op. Cit., p. 100.

²⁶¹ KLARMAN, Michael. Courts, Social Change and Political Backlash. In: **Hart Lecture at Georgetown Law Center**. March 31, 2011 – Speaker’s Notes, pp. 02. Disponível em: <<http://tinyurl.com/bz4cwqk>>. Acesso em: 01 jul. 2017, pp.1.

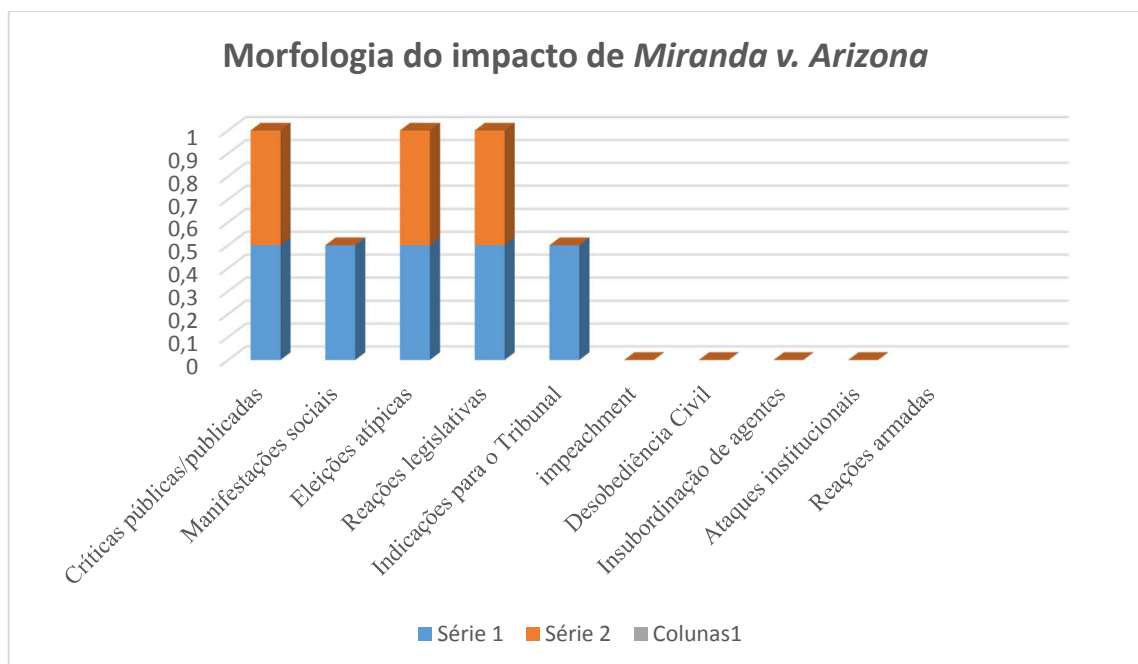
²⁶² MORO, Sergio Fernando. A Corte Exemplar: Considerações sobre a Corte de Warren. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 36, p. 337-356, 2001, p. 351.

²⁶³ MORO, Sergio Fernando. A Corte Exemplar: Considerações sobre a Corte de Warren. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 36, p. 337-356, 2001, p. 352-353.

O que surpreende em *Miranda* é o grau de criatividade na interpretação [...]. Afinal, tendo por base dispositivo que estabelece simplesmente que ninguém poderá ser obrigado a depor contra si mesmo, ela elaborou uma série de regras para garantir o exercício do direito de vedação à auto-incriminação, assumindo função praticamente legislativa.

Ao que tudo indica, há razões para suspeitar que a “função praticamente legislativa” exercida pela Corte de Warren em *Miranda v. Arizona* foi um fator de relevo para a incompreensão social, na medida em que essa postura traduz uma traição cívica ao sentimento constitucional que habita no imaginário coletivo, afinal, o princípio da separação dos poderes é ensinado até mesmo para crianças. Na psicologia das multidões, a medida pode ser decodificada como um atentado ao contrato social.

Por fim, subjugado pela pressão social inflamada pela decisão, o Congresso norte-americano aprovou a *Omnibus Crime Control and Safe Streets Act*, em 19 de junho de 1968, uma lei cujo escopo era exatamente o de enfraquecer o julgado proferido em *Miranda*.



7.3 Backlash em *Furman v. Georgia* (1972)

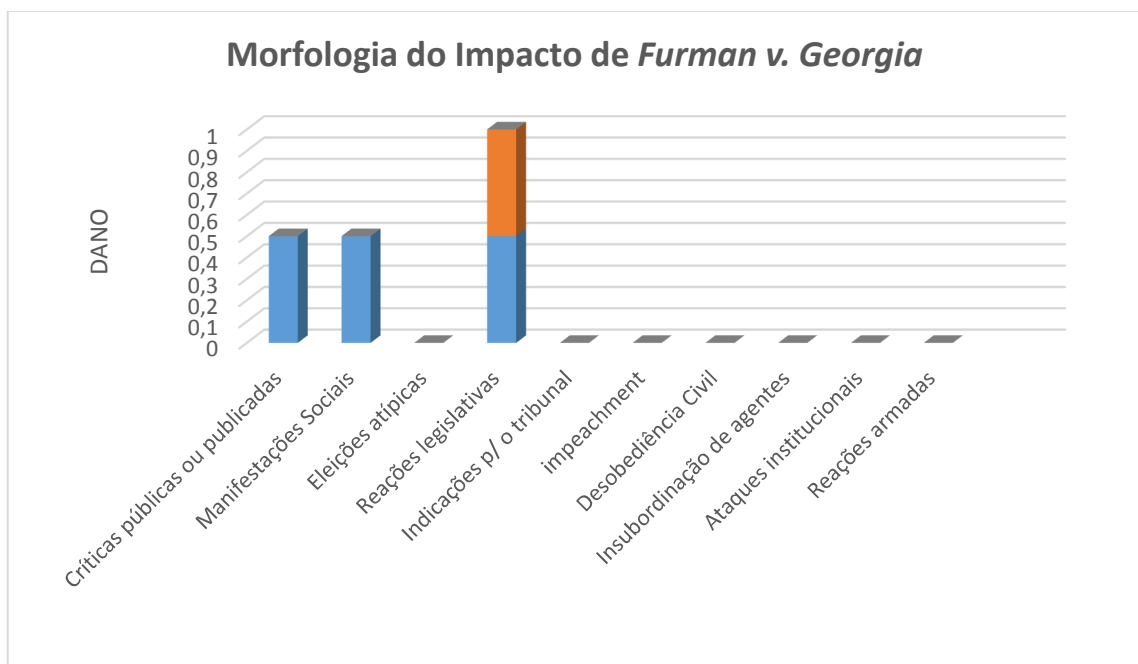
No célebre caso *Furman v. Georgia*²⁶⁴, a Suprema Corte norte-americana proibiu a pena capital nos Estados Unidos. A proibição gerou uma reação contundente do Parlamento, na medida em que leis foram editadas para expandir a pena de morte.

²⁶⁴ *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238, 256–67 (1972).

Como observa Michael Klarman, antes do precedente, as pesquisas revelavam uma baixa adesão popular à ideia da pena de morte, índice que foi misteriosamente hipertrofiado cerca de 1 (um) a 2 (dois) anos após a polêmica decisão proferida pela Suprema Corte. Em apenas quatro anos após *Furman*, 35 (trinta e cinco) estados editaram uma legislação que previa a pena de morte.

Rendendo-se à nítida oposição dos Parlamentos e, por conseguinte, do povo que sufragou seus mandatários, a Corte retratou-se no caso *Gregg v. Georgia* (1976), passando a tolerar a pena capital para delitos mais graves. Nas palavras do professor de Harvard, “a decisão da Suprema Corte contra a pena de morte, perversamente, mas quase seguramente, aumentou o apoio à pena de morte”²⁶⁵.

É curioso perceber que, embora o *backlash* em *Furman* tenha sido manifesto, o fenômeno não foi o mais hostil da história do constitucionalismo norte-americano. Comparativamente, outros *backlashes* foram mais intensos, mas nem por isso tiveram o mesmo êxito em render ensejo à retratação da Suprema Corte.



²⁶⁵ Op. Cit., pp. 3. No original: “The Supreme Court’s ruling against the death penalty perversely but almost surely increased support for the death penalty”.

7.4 Backlash em *Roe v. Wade* (1973)

No ano de 1973, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu posicionar-se pela descriminalização do abortamento no primeiro trimestre de gravidez, no célebre caso *Roe v. Wade*²⁶⁶. Como assinalou Ronald Dworkin, “em nossa época, nenhuma decisão judicial gerou tanto escândalo, tantas emoções e tanta violência física entre o público [...]”²⁶⁷.

Sem dúvidas, o precedente foi um divisor de águas no Direito Constitucional norte-americano, sendo, inclusive, considerado como o germe da chamada Nova Direita. Na época, até mesmo a rádio do Vaticano reservou um espaço da sua audiência para criticar essa decisão, enquanto associações católicas pediram que juízes da Suprema Corte fossem excomungados. Descrevendo o verdadeiro cenário de guerra que sucedeu este julgado, que incluiu artefatos explosivos em clínicas de abortamento, Dworkin ilustra os principais acontecimentos²⁶⁸:

De lá para cá, os grupos antiaborto e os conservadores em geral têm feito uma campanha obstinada e convicta para reverter essa decisão. Propuseram, sem sucesso, uma série de emendas constitucionais, patrocinaram projetos de lei derrotados pedindo que o Congresso declarasse que a vida do feto começa no momento da concepção, convenceram o Presidente Reagan a nomear para os tribunais federais juízes contrários ao aborto, moveram campanhas políticas inteiras - estruturadas em torno desse único assunto - contra candidatos que apóiam o direito ao aborto e depredaram e bombardearam clínicas de aborto.

De fato, mesmo anos após o julgado, atentados continuam sendo praticados contra médicos e clínicas de abortamento. Por exemplo, os ataques dirigido ao médico George Tiller, no Kansas (EUA), que por mais de três décadas realizou abortamentos. De início, sua clínica foi bombardeada. No ano de 1993, cerca de vinte anos após o julgamento de *Roe v. Wade*, atiraram nos braços do Dr. Tiller. Em 2009, o médico foi assassinado, gerando uma comoção nacional e um pronunciamento público de Barack Obama²⁶⁹. Ao longo desse período, diversas manifestações de repúdio à sua conduta ocorriam na sua residência, na sua Igreja e na sua clínica. Em 1994, no subúrbio de Boston (EUA), duas recepcionistas de uma clínica de aborto

²⁶⁶ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 179, 222 (1973). A propósito, a criança de Norma Leah McCorvey Nelson (Jane Roe), que seria abortada, sobreviveu, porque a decisão foi proferida após o seu nascimento. Curiosamente, alguns anos depois, as experiências pessoais de McCorvey transformaram suas convicções de foro íntimo e ela se tornou uma ativista “pró-vida”.

²⁶⁷ DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade**. A Leitura Moral da Constituição Norte-Americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 67.

²⁶⁸ Op. Cit., p. 67.

²⁶⁹ *Abortion Doctor Shot to Death in Kansas Church*, The New York Times, 31 de maio de 2009. Disponível em: <<https://archive.nytimes.com/www.nytimes.com/2009/06/01/us/01tiller.html>>. Acesso em: 12 nov. 2018. Todas as informações relativas ao assassinato do Dr. Tiller foram extraídas desta fonte.

foram assassinadas e outras cinco pessoas foram feridas, episódio este classificado pelo presidente Bill Clinton como um “atentado terrorista doméstico”²⁷⁰. No mesmo ano, na Flórida (EUA), o ativista Paul Hill assassinou um médico que realizava abortamentos, matando ainda o seu segurança. 17 (dezesete) meses antes desse incidente, um outro médico também havia sido assassinado. Os incidentes também foram repudiados por Bill Clinton e autoridades cogitaram acionar o FBI (*Federal Bureau of Investigation*)²⁷¹. Tecnicamente, todas essas ocorrências configuram aquilo que a Criminologia tem denominado de vigilantismo.

A sociedade civil organizou-se, acampando em frente às clínicas de abortamento para tentar dissuadir, nos últimos minutos, gestantes que pretendiam abortar e médicos que fariam o procedimento. Em uma orquestrada desobediência civil, muitos chegaram a ser presos, invadindo clínicas, a pretexto de salvar as crianças que seriam eliminadas. A prática ocorre até os dias atuais, notabilizando-se as ações do grupo *operation rescue*²⁷².

Kleilein e Petkova esclarecem que, em *Roe*, as respostas agressivas exteriorizaram-se, primeiramente, no nível estadual²⁷³. Seja como for, em boa verdade, até os dias atuais, inúmeros grupos se articulam para demover a força jurídica desse julgado, que continua a ser um epicentro em torno do qual gravitam os debates eleitorais norte-americanos, bem como a fonte de questionamentos para uma eventual confirmação, no Senado, de pretensos juízes da Suprema Corte estadunidense. A despeito das enormes controvérsias despertadas em *Roe* e da expectativa sobre a sua reversão, o entendimento foi reafirmado em *Casey v. Planned Parenthood of Pennsylvania*²⁷⁴, ainda que promovendo algumas alterações.

As reações legislativas foram inúmeras e, embora não tenham chegado a cancelar o precedente, esvaziaram significativamente a autoridade da decisão. Algumas leis determinaram, por exemplo, que o abortamento só seria realizado se a gestante assistisse ao

²⁷⁰ A informação foi extraída dos arquivos do The New York Times: *Anti-abortion killings: the overview; Gunman Kills 2 at Abortion Clinics in Boston Suburb*. The New York Times, 31 de dezembro de 1994. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/1994/12/31/us/anti-abortion-killings-overview-gunman-kills-2-abortion-clinics-boston-suburb.html>>. Acesso em: 12 nov. 2018.

²⁷¹ A informação é extraída dos arquivos do The New York Times: *Death of a doctor: the overview - Abortion Doctor and Bodyguard Slain in Florida; Protester Is Arrested in Pensacola's 2d Clinic Killing*. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/1994/07/30/us/death-doctor-overview-abortion-doctor-bodyguard-slain-in-florida-protester.html>>. Acesso em: 14 nov. 2018.

²⁷² A esse respeito: <<https://www.operationrescue.org/>>. Acesso em: 12 nov. 2018.

²⁷³ KLEINLEIN, Thomas; PETKOVA, Bilyana. Federalism, Rights, and Backlash in Europe and the United States. *International Journal of Constitutional Law* (I.CON), Oxford University Press, v. 15, n. 4, pp. 1066–1079, 2017, pp. 1073.

²⁷⁴ 505 U.S. 833 (1992).

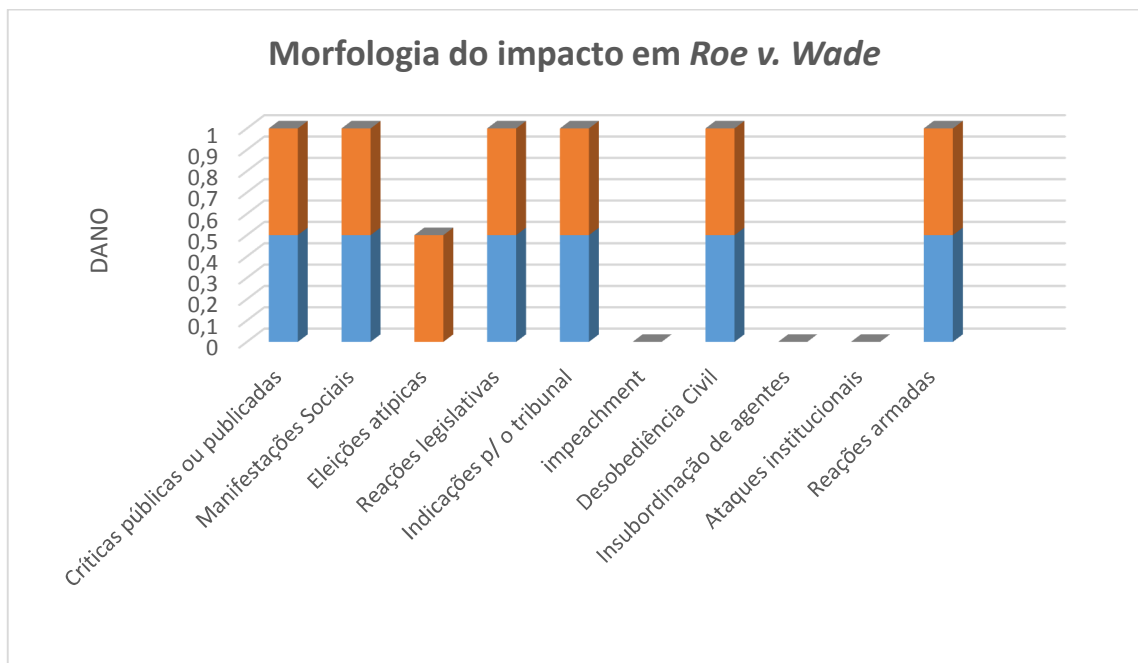
seu exame de ultrassom, testemunhando as imagens dos movimentos do filho no útero, enquanto a médica descreveria detalhadamente como está o bebê e as suas características. Em alguns casos, a mãe é forçada a ouvir os batimentos cardíacos do feto. Somente após cumpridas essas etapas, o consentimento informado pode ser colhido, exigindo-se ainda um prazo de reflexão de, por exemplo, 24 horas. Tudo isso com o propósito de desencorajá-la a adotar essa medida drástica, ou seja, para demover a ideia de eliminar a vida intrauterina. Alguns estados proíbem que menores abortem sem o consentimento dos pais. Outros exigem condições onerosas para a obtenção de licenças para o funcionamento das clínicas. No plano federal, o Congresso aprovou o *Partial-Abortion Ban Act* (2003), um dos mais notáveis diplomas restritivos. Tamanhas as restrições, em muitos estados norte-americanos, as clínicas de aborto praticamente desapareceram²⁷⁵. Não é de todo correto considerar que *Roe* precisa ser cancelado, como precedente judicial, para erradicar os abortamentos nos Estados Unidos. A principal manifestação de *backlash*, para além dos atos de reação armada e hostilizações culturais, tem sido a dificuldade do acesso ao serviço.

Em boa verdade, a narrativa de que *Roe* inflamou ressentimentos populares, empoderou movimentos pró-vida e serviu como um presente eleitoral endereçado ao partido republicano tem sido contestada por alguns historiadores e juristas. Algumas versões sustentam que, na verdade, uma coligação de movimentos norte-americanos contra o abortamento, majoritariamente composta por católicos, seria anterior a *Roe*. Segundo essa visão, a decisão teria apenas amplificado a militância pró-vida, colocando-a em pauta na agenda nacional, mas ela era pré-existente ao julgado. Desse modo, quanto à imputação do nexos causal, essa corrente não responsabiliza os Tribunais. Pelo contrário, seus adeptos, como Linda Greenhouse e Reva Siegel²⁷⁶, entendem que os movimentos ativistas contrários a pautas progressistas são os verdadeiros responsáveis (v.g. Partido Republicano). O conflito, por sua vez, ocorreria de qualquer maneira. De fato, os movimentos hostis à prática do abortamento não nasceram com a decisão da SCOTUS de 1973, mas é possível dizer que foram poderosamente hipertrofiados após o precedente. Em boa verdade, as referidas autoras têm um cuidado elogiável: o de encorajar as minorias, para que não sintam receio de buscar

²⁷⁵ Esse é o caso, por exemplo, de Wyoming, Dakota do Sul, Dakota do Norte, Missouri, Kentucky, Virgínia Ocidental e Mississippi, onde as clínicas têm sido erradicadas. A propósito, o Kentucky está prestes a se tornar o primeiro estado sem uma única clínica sequer. (Dayle Beast - *Could Kentucky Become the First State Without an Abortion Clinic?* Disponível em: <<https://www.thedailybeast.com/could-kentucky-become-the-first-state-without-an-abortion-clinic>>. Acesso em: 12 nov. 2018).

²⁷⁶ GREENHOUSE, Linda; SIEGEL, Reva. *Backlash to the Future? From Roe to Perry* (March 13, 2013). *UCLA Law Review Discourse*, 2013; Yale Law School, Public Law Working Paper n.º 281.

guarida no Judiciário, evitando o que poderia ser chamado de *chilling effect* (efeito inibitório). A constatação de que *Roe* fortaleceu os grupos pró-vida é incômoda, porque pode acabar repelindo litigantes de um espaço que, por excelência, há de ser franqueado a todos. Exatamente por esse receio, autores como Linda Greenhouse e Reva Siegel se empenham na tentativa de demonstrar que a hostilização contra o aborto é anterior a *Roe v. Wade*. Talvez seja verdade que a reação *backlash* não tenha sido apenas contra a decisão em si mesma, mas também contra a pauta progressista subjacente (v.g feminismo). Mesmo assim, isso não altera as consequências práticas. A partir do momento em que um Tribunal se posiciona claramente a favor de um dos lados dessa guerra cultural, o rancor social é deflagrado e alimentado pelo espírito de ravanismo. Talvez Robert Post e Reva Siegel não estejam inteiramente convencidos de que o *backlash* legitima decisões das Cortes constitucionais, mas o esforço em romantizá-lo advém do temor velado de que ele, o *backlash*, iniba lutas por um mundo melhor. Seria render-se ao desânimo, isso é, derrotar-se. A realidade, contudo, é que a decisão efetivamente inflamou rivalidades na nação de uma maneira sem precedentes, colocando em risco até mesmo a vida e a integridade física dos médicos que realizam os abortamentos nos Estados Unidos.



7.5 Backlash em *Goodridge v. Department of Public Health* (2003)

Em *Goodridge v. Department of Public Health* (2003), a Suprema Corte do estado de Massachusetts reconheceu efeitos jurídicos aos casamentos celebrados entre pessoas do

mesmo sexo, cuja validade estava sendo contestada, aduzindo ainda que a exclusão de casais homossexuais traduziria uma ofensa à constituição estadual.

A decisão não foi de todo inédita, pelo contrário. Em boa verdade, não é aconselhável tentar compreender *Goodridge* de maneira dissociada do contexto que lhe antecedeu. É importante saber que, alguns anos antes, a Suprema Corte do Hawaii e a Suprema Corte de Vermont haviam adotado um posicionamento similar quanto ao tema do casamento gay, o que influenciou sobretudo a Suprema Corte de Massachusetts. Essa constatação é de extrema relevância porque dificulta a aferição o nexos causal que possivelmente originou o *backlash*, ou seja, não se sabe ao certo se a reação adveio de um Tribunal, de dois deles ou mesmo dos três. Portanto, cumpre analisar os antecedentes próximos do precedente em estudo.

No caso *Baehr v. Lewin* - 1993²⁷⁷, três casais homossexuais pretendiam casar, mas as leis do Estado do Hawaii não permitiam o casamento igualitário. O obstáculo foi questionado perante a Suprema Corte do Hawaii, que, embora não tenha proferido uma ordem concreta, reconheceu a medida como constitucionalmente discriminatória e, como tal, sujeita ao escrutínio estrito a ser efetuado com base na constituição estadual. A resposta foi imediata: conservadores emendaram a constituição do Hawaii, para asseverar que a união civil somente poderia ocorrer entre pessoas de sexos opostos. Outros estados norte-americanos adotaram legislações similares e, no nível federal, nasceu o *Defense of Marriage Act*, cuja abreviatura é DOMA, no ano de 1996²⁷⁸. Poucos anos depois, em *Baker v. State* - 1999²⁷⁹, a Suprema Corte de Vermont decidiu que a exclusão de casais homossexuais de direitos e deveres legalmente reconhecidos às famílias em geral violava a constituição desse estado. Porém, por meio de um apelo ao legislador, a Suprema Corte de Vermont decidiu que a discriminação deveria ser contornada pela lei. Em 2000, o Parlamento de Vermont criou a união civil entre pessoas do mesmo sexo. Em 2009, o casamento gay. Finalmente, coroando esse conjunto de iniciativas judiciais, a Suprema Corte do estado de Massachusetts decidiu *Goodridge* no ano de 2003. Eskridge compreende que essas três decisões são como elos de uma corrente, porque a comoção social despertada em *Baehr* teria encorajado os autores da demanda judicial em

²⁷⁷ *Baehr v. Lewin*, 852 P.2d 44, 67 (Haw. 1993).

²⁷⁸ ESKRIDGE JR, William N. Backlash Politics: How Constitutional Litigation Has Advanced Marriage Equality in The United States. **Boston University Law Review**, v. 93, pp. 275-323, 2013, pp. 284.

²⁷⁹ *Baker v. State*, 744 A.2d 864, 889 (Vt. 1999).

Baker, ao passo que o sucesso relativo deste último teria incentivado grupos ativistas a darem início a *Goodridge*²⁸⁰.

Na comparação efetuada por Michael Klarman²⁸¹, antes de *Goodridge*, somente três estados haviam proscrito o casamento entre pessoas do mesmo sexo em suas constituições. Após o precedente, cerca de 30 (trinta) estados o fizeram. A propósito, as leis estaduais que baniram os casamentos gays foram promulgadas em um brevíssimo espaço de tempo, surgindo entre 2003 e 2008²⁸². Por outro lado, apesar de várias tentativas terem acontecido, as reações não conseguiram atingir a constituição de Massachusetts, que permaneceu incólume. Klarman indica que, pela primeira vez, em 50 (cinquenta) anos, o líder de um partido político no Senado perdeu o seu assento nessa Casa Legislativa. Finalmente, o historiador de Harvard avalia que *Goodridge* foi decisivo para a vitória de Bush no eleitorado de Ohio, sem o qual não teria conquistado um segundo mandato nas eleições presidenciais.

Há, no entanto, uma controvérsia historicista quanto aonexo causal. A vitória de Bush em Ohio, como consequência da decisão proferida em *Goodridge*, também é defendida por Gerald Rosenberg, mas é contestada por alguns especialistas. William Eskridge aponta que, dentre outras centenas de razões, a derrota de John Kerry (e, por conseguinte, a vitória de Bush) ocorreu por uma tradição quase que inquebrantável dos eleitores de Ohio de repudiarem candidatos de Massachusetts, exatamente a origem do adversário de Bush²⁸³. Entretanto, o próprio Eskridge reconhece que a decisão adotada em *Goodridge* foi instrumentalizada como plataforma para políticos conservadores como Mitt Romney, governador do estado de Massachusetts que se considerava como uma liderança do contramovimento que reagiu à decisão, sublinhando ainda que a reação a *Goodridge* foi percebida em outros estados e até mesmo em nível nacional²⁸⁴.

²⁸⁰ ESKRIDGE JR, William N. Backlash Politics: How Constitutional Litigation Has Advanced Marriage Equality in The United States. **Boston University Law Review**, v. 93, pp. 275-323, 2013, pp. 311.

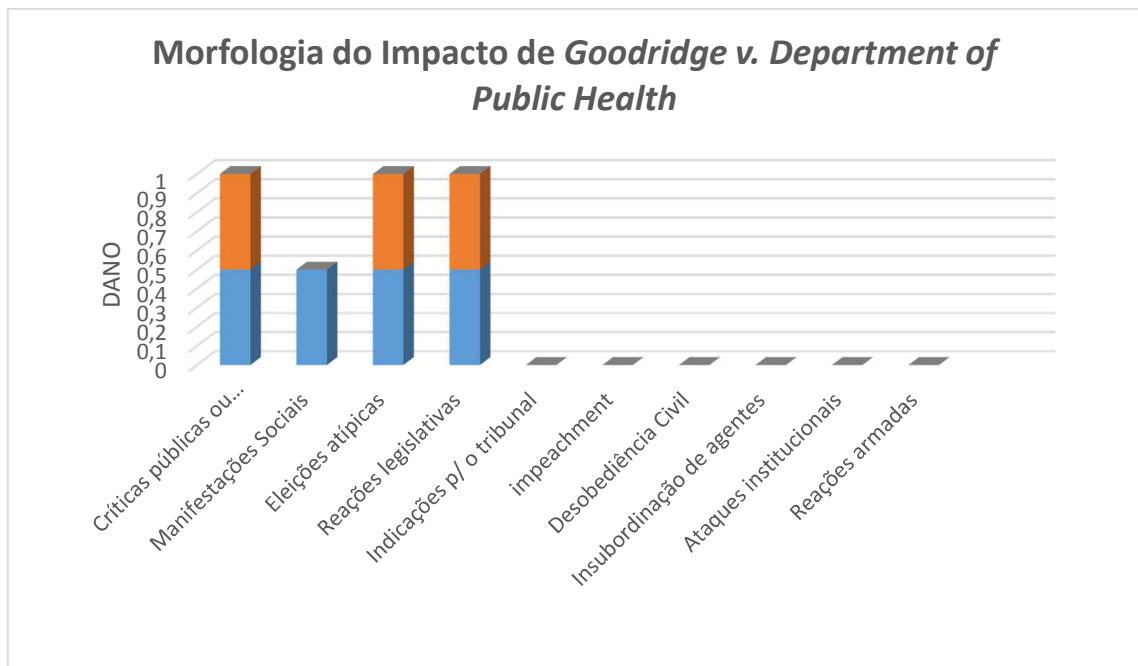
²⁸¹ KLARMAN, Michael. Courts, Social Change and Political Backlash. In: **Hart Lecture at Georgetown Law Center**, March 31, 2011 – Speaker’s Notes, pp. 02. Disponível em: <<http://tinyurl.com/bz4cwqk>>. Acesso em: 01 jul. 2017, pp. 2.

²⁸² A informação é trazida por Ilya Somin, que, no entanto, também atribui essas reações legislativas a causas concorrentes, como decisões favoráveis ao casamento gay proferidas no Estado da Califórnia e Connecticut (SOMIN, Ilya. **The Limits of Backlash: Assessing the Political Response to Kelo**. George Mason University School of Law Minnesota Law Review, v. 93, n. 6, pp. 2100-2178, June 2009, pp. 2102.).

²⁸³ ESKRIDGE JR, William N. Backlash Politics: How Constitutional Litigation Has Advanced Marriage Equality in The United States. **Boston University Law Review**, v. 93, pp. 275-323, 2013, pp. 303.

²⁸⁴ ESKRIDGE JR, William N. Op Cit., pp. 302.

Influenciada pelas Supremas Cortes do Hawaii, de Vermont e de Massachusetts, a Suprema Corte da Califórnia adotou a mesma posição no caso *Marriage Cases* - 2008²⁸⁵. Nos anos de 2005 e 2007, duas leis que reconheciam a união entre pessoas do mesmo sexo foram vetadas pelo então governador Arnold Schwarzenegger. Ante esse bloqueio institucional, o dilema foi trazido para a arena judicial, onde a Suprema Corte da Califórnia entendeu que a constituição desse estado exigia um casamento igualitário. Noutras palavras, orientação idêntica àquela sufragada pelos Tribunais estaduais mencionados. Obviamente, a consequência também foi equivalente: conservadores quebraram a inércia, apresentando a chamada Proposição 8, uma emenda à constituição californiana. O ônus foi devolvido para os progressistas que, em vez de tentarem revogar a emenda incorporada, suscitaram que a norma estava em desconformidade com a constituição dos EUA, dando início a mais uma batalha judicial (*Perry v. Schwarzenegger*).



7.6 Backlash em *Kelo v. New London* (2005)

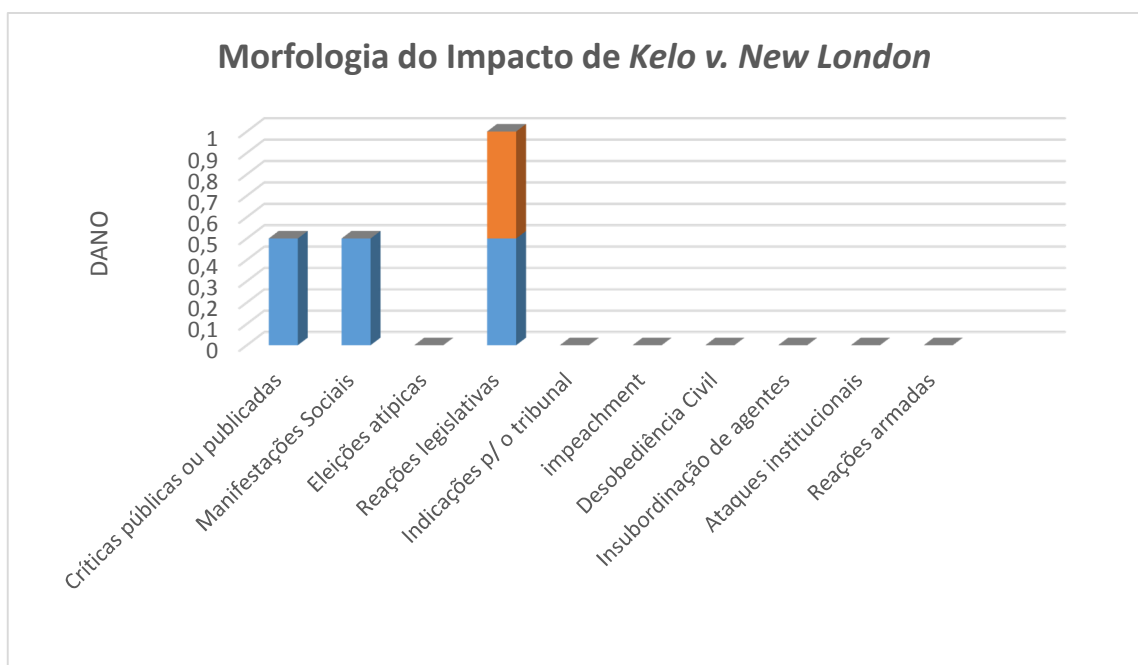
Como se sabe, o usual é que desapropriações sejam realizadas para viabilizar obras públicas ou porque o Estado pretende apropriar-se de um dado imóvel. Nesses casos, vê-se com nitidez a supremacia do interesse público. Sucede que, em *Kelo v. London*²⁸⁶, a Suprema Corte norte-americana decidiu que seria possível desapropriar imóveis para, por exemplo, a construção de *shoppings* ou construções privadas similares. O direito de um particular

²⁸⁵ *Marriage Cases*, 183 P.3d 384, 400 (Cal. 2008).

²⁸⁶ *Kelo v. City of New London*, 545 U.S. 469 (2005).

poderia, então, ser sacrificado para satisfazer outro particular. Evidentemente, mesmo nesse caso, subsiste o interesse público, pois a medida destinava-se ao desenvolvimento econômico. Entretanto, o interesse público é percebido de maneira um pouco mais remota, havendo alguma proximidade com o que se denomina de *tredestinação*.

Como era previsível, uma decisão judicial tão controversa despertou uma reação sem precedentes. Em um meticoloso estudo que se ocupou desse julgado, Ilya Somin demonstra que a decisão foi atacada por 43 (quarenta e três) leis estaduais, todas mais protetivas do direito de propriedade²⁸⁷. Somin concluiu que “o *backlash* em *Kelo* provavelmente resultou em mais novas leis estaduais que qualquer outra decisão na história da Suprema Corte”²⁸⁸. Em boa verdade, há séculos, autores como John Locke teorizavam sobre o direito de propriedade como um direito natural. Apesar das dificuldades de fixar um conteúdo apriorístico para essa gama de direitos, em alguma medida, o direito de propriedade pode ser tido como um direito natural, porque anterior ao Estado, universal e atemporal. Se um homem sente sede e colhe um pouco da água de um rio, colocando-a no interior de uma garrafa que porta consigo, a água é sua. Decisões judiciais que atentem contra o núcleo essencial de direitos naturais são, a rigor, uma perigosíssima provocação social.



²⁸⁷ SOMIN, Ilya. The Limits of Backlash: Assessing the Political Response to Kelo. **George Mason University School of Law Minnesota Law Review**. v. 93, n. 6, pp. 2100-2178, June 2009, pp. 2102.

²⁸⁸ Op. Cit., p. 2102.

7.7 *Backlash* na Alemanha: o caso *Kruzifix-Urteil* (1995)

No estado da Baviera, região alemã marcada pela fortíssima influência do catolicismo, uma lei determinava que todas as escolas públicas deveriam ornamentar as salas de aula com um crucifixo²⁸⁹. Porém, a medida não foi recebida com unanimidade. Em uma dada escola de Bruckmühl (Baviera), a presença do símbolo religioso foi questionada pelo senhor Ernst Seler, pai de uma aluna, porque, na qualidade de ateu, reivindicava uma educação religiosa neutra para a criança²⁹⁰. Suas razões de foro íntimo radicavam-se na Escola de Antroposofia de Rudolf Steiner (1861-1925).

Após o insucesso na composição da controvérsia no âmbito do próprio recinto escolar, a família provocou o Tribunal Administrativo de Regensburg, que igualmente rejeitou a pretensão. Por fim, a Corte Constitucional da Alemanha foi chamada a pronunciar-se acerca da constitucionalidade da lei e, em 10 de agosto de 1995, o Tribunal invalidou o referido diploma, por entendê-lo incompatível com o artigo 4º da Constituição alemã, dispositivo este que consagra a inviolabilidade da liberdade religiosa e de crença²⁹¹. Um dos fundamentos foi o de que a assiduidade dos alunos é um dever, não um direito, ou seja, tem-se uma audiência cativa. Trata-se, pois, de uma exposição compulsória. Logo, a presença da cruz não tem a mesma carga simbólica do que teria se o objeto ornamentasse outros lugares.

A decisão gerou uma convulsão social. Em pesquisa realizada nos arquivos jornalísticos da época, extrai-se que, para muitos cidadãos da Baviera, o julgado, que alcançava 40.000 (quarenta mil) salas de aula, foi tido como “odioso e sacrílego”²⁹². Políticos, eclesiásticos e autoridades teceram críticas mordazes à decisão, dando início a um confronto ideológico. O Presidente da União Social Cristã, partido político predominante, declarou-se “horrorizado”. O bispo de Munique chegou a dizer que, “graças a Deus, nossos filhos estudam sob a cruz e não sob a suástica”²⁹³. Cerca de 30.000 (trinta mil) pessoas manifestaram-se na

²⁸⁹ “Kruzifix-Urteil” - 32 BVerfGE (1995). Aliás, anos depois, a composição majoritária na Baviera continua a ser de cristãos. Em um censo realizado no ano de 2011, verificou-se que mais de 75% dos cidadãos desse estado identificam-se como católicos ou protestantes, enquanto o resto do país tem um percentual de 62% (Zensus 2011: Vielfältiges Deutschland, pp. 20-21).

²⁹⁰ ALLOWAY, Lark E. The Crucifix Case: Germany's Everson v. Board of Education? **Penn State International Law Review**. v. 15, n. 2, Article 5, 1997, pp. 361-362.

²⁹¹ ALLOWAY, Lark E. The Crucifix Case: Germany's Everson v. Board of Education? **Penn State International Law Review**. v. 15, n. 2, Article 5, 1997, pp. 361-362.

²⁹² *Crucifix Ruling Angers Bavarians*. August 23, 1995. The New York Times.

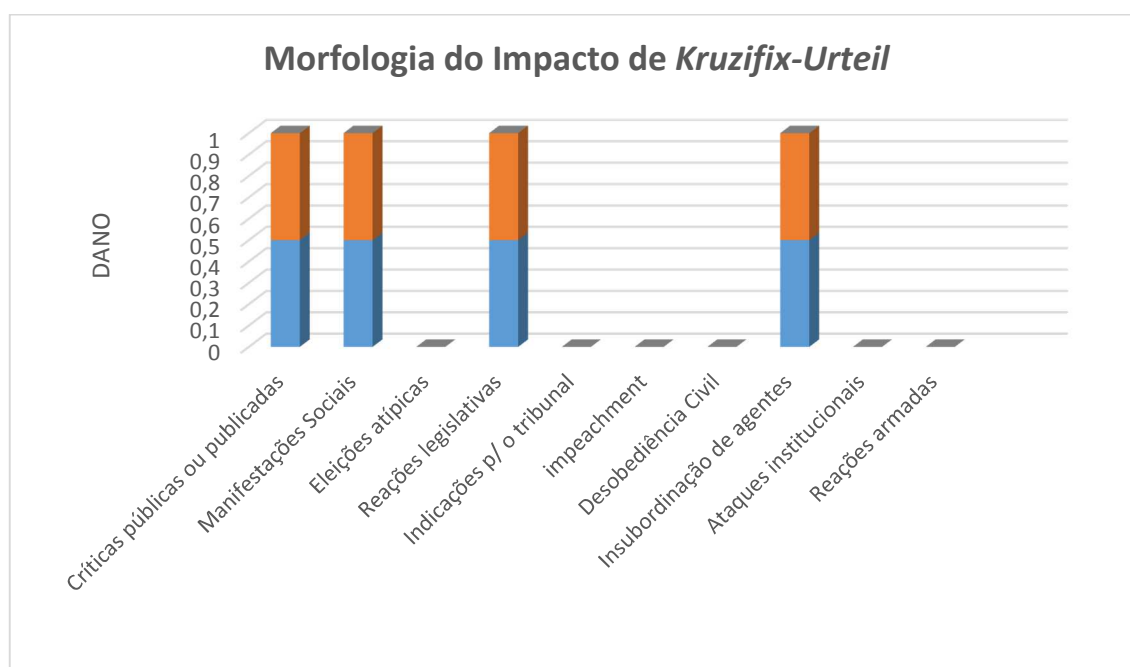
²⁹³ *Bavarians Call for Cross*. September 24, 1995. The New York Times.

praça de Odeonplatz, por meio de uma procissão, tendo-se como epicentro uma cruz de quatro metros de altura e bradando que os crucifixos permaneceriam.

Para além dos protestos, o então governador Edmund Stoiber chegou a ignorar a decisão, sob o pretexto de que ela não seria exequível nas unidades escolares onde os pais fossem unânimes em aceitar os crucifixos, motivo pelo qual não se precipitaria em removê-los. Noutras palavras, uma autoridade pública recusava-se a cumprir a decisão judicial, o que representou um desafio ao próprio Estado de Direito.

O ápice na orografia do *backlash* foi a reação legislativa praticada pelo Parlamento da Baviera, que promulgou uma lei desafiadora do precedente hostilizado: por motivos históricos e culturais, determinou-se a afixação de uma cruz nas salas de aula. A controvérsia chegaria novamente à Corte Constitucional Alemã, mas o Tribunal eximiu-se de conhecer do recurso.

Em 01 de junho de 2018, aproximadamente 23 (vinte e três) anos depois, entrou em vigor uma lei estadual que exige a exibição de uma cruz cristã em qualquer prédio público da Baviera²⁹⁴, ou seja, um diploma de efeitos ainda mais expansivos do que aquele impugnado no ano de 1995. Os efeitos radioativos do *backlash* operam até hoje.



²⁹⁴ CNN, *Crosses go up in public buildings across Bavaria as new law takes effect*, 01.06.2018. Disponível em: <<https://edition.cnn.com/2018/05/31/europe/bavaria-germany-crosses-public-buildings-intl/index.html>>. Acesso em: 20 jun. 2018.

7.8 *Backlash* no Leste-Europeu: a descriminalização da maconha na Georgia (2017-2018)

O constitucionalismo do Leste-Europeu fornece um interessante exemplo para o estudo do *backlash*. O artigo 273 do Código Penal da Georgia pune o uso de drogas sem prescrição médica, cominando, alternativamente, uma pena de multa, trabalhos comunitários ou até um ano de prisão. O artigo 16 da constituição georgiana, por sua vez, assegura o direito à liberdade. Em 30 de novembro de 2017, a Corte Constitucional da Georgia, cotejando esses dispositivos e à luz da autonomia individual (ou direito à autodeterminação), concluiu que há de ser afastada a responsabilidade penal pelo uso ilegal de drogas nos casos de maconha²⁹⁵. A despeito de prejudicial para a saúde do usuário, a conduta supostamente não teria aptidão lesiva para a sociedade como um todo. Porém, a decisão manteve incólumes as sanções administrativas, bem como preservou o caráter criminoso do cultivo, da venda ou da distribuição do tóxico.

A decisão controversa recebeu o apoio do partido de oposição não parlamentar. Entusiastas consideraram-na como um primeiro passo rumo à legalização da maconha, algo inovador em um país que já fez parte do bloco soviético.

Em 30 de julho de 2018, a última linha foi cruzada. A Corte Constitucioal da Georgia aboliu as sanções administrativas que puniam o uso de maconha, declarando a inconstitucionalidade do artigo 45 do Código de Infrações Administrativas desse país²⁹⁶. Na compreensão de muitos veículos de mídia, a decisão tornou a conduta definitivamente “legalizada”²⁹⁷. Apenas ressaltou-se a possibilidade de responsabilização quando o ato de drogadição for praticado, por exemplo, na presença de crianças, em escolas etc. Com isso, a Georgia tornou-se a primeira antiga república comunista a tolerar o uso recreativo de drogas. Mais uma vez, a decisão foi comemorada pelo partido Girchi (oposição).

Como é intuitivo, uma decisão *contra legem* que arrebatou um assunto dessa natureza para a arena judicial não demoraria para deflagrar um *backlash*. Simplesmente, eclesiásticos

²⁹⁵ რეგისტრაციის №732.

²⁹⁶ რეგისტრაციის №1282.

²⁹⁷ As aspas se justificam: tecnicamente, por definição, somente a lei tem aptidão para “legalizar”, logo, somente um ato emanado de um órgão legiferante poderia fazê-lo, motivo pelo qual afigura-se um paradoxo afirmar que um Tribunal pode legalizar qualquer coisa que seja.

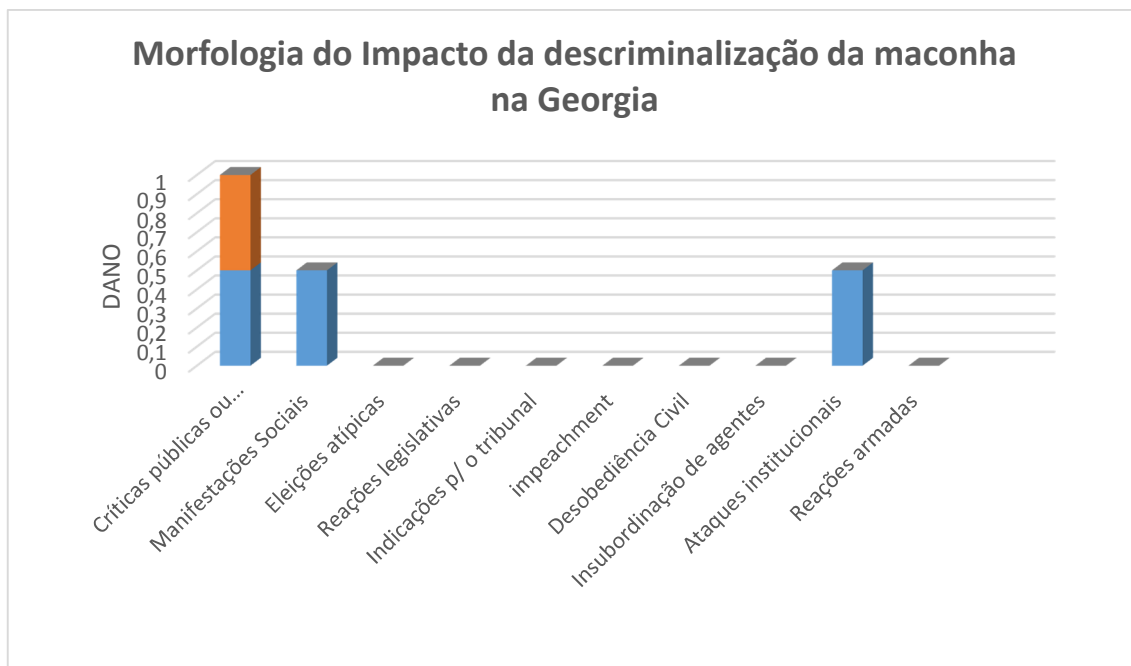
passaram a defender publicamente a extinção do Tribunal²⁹⁸. O líder espiritual da Igreja Ortodoxa da Geórgia, Elias II, declarou que a decisão da Corte foi subjugada por pressões políticas e que essa militância traduzia o exercício de uma hostilidade contra a nação. O Primeiro Ministro Mamuka Bakhtadze, a seu turno, enfatizou que medidas rápidas seriam necessárias para estabelecer um estilo de vida saudável no país e criar novos centros de reabilitação para viciados. O Ministro do Trabalho e da Saúde, Davit Sergeenko, observou que a decisão judicial criou uma realidade negativa no país e conclamou reações legislativas, bem como providências do Executivo, de modo a evitar as repercussões negativas da decisão. A presidente da Comissão de Educação, Ciência e Cultura do Parlamento, Mariam Jashi, asseverou que a decisão do Tribunal Constitucional colocou a sociedade em “alto risco”, o que demandaria um imediato marco regulatório²⁹⁹.

Ante o perigo institucional e o desprestígio causados pelo *backlash*, a própria Corte Constitucional da Geórgia saiu em socorro de si mesma, emitindo uma nota pública para justificar sua decisão e esclarecer a sociedade. No referido documento, o Tribunal classifica as críticas endereçadas ao julgado como infundadas e admite que elas podem afetar a credibilidade da Corte, na medida em que colocam dúvidas quanto à independência de cada juiz do colegiado e do órgão como um todo. Após refutar as críticas, o Tribunal reconhece que elas podem gerar um dano à sua autoridade. Ao final, a Corte afirma que não entendeu a razão pela qual sua última decisão tornou-se um alvo, considerando que ela seria apenas um prolongamento do raciocínio trilhado no primeiro precedente (novembro de 2017)³⁰⁰.

²⁹⁸ Disponível em: <<http://georgiatoday.ge/news/11807/Marijuana-Legalization---Constitutional-Court-Explains>>. Acesso em: 13 ago. 2018.

²⁹⁹ Disponível em: <<http://georgiatoday.ge/news/11807/Marijuana-Legalization---Constitutional-Court-Explains>>. Acesso em: 13 ago. 2018.

³⁰⁰ Disponível em: <<http://georgiatoday.ge/news/11819/Constitutional-Court%3A-Reaction-to-the-Decision-on-Marijuana-is-Damaging>>. Acesso em: 13 ago. 2018.



Cumprir lembrar que, conforme foi dito, a última decisão foi proferida em 30 de julho de 2018. Entretanto, o *backlash* é um fenômeno que depende de estudos observacionais e longitudinais. Noutras palavras, como o *backlash* é um fenômeno social cujas manifestações são perceptíveis a curto, médio e longo prazo, ainda não se sabe se sobrevirão reações legislativas e outras reações sociais. Às vezes, alguns efeitos de uma reação *backlash* são percebidos décadas após proferida a decisão, à semelhança de um efeito radioativo. Só o tempo dirá.

8 O *BACKLASH* NO DIREITO BRASILEIRO

No Brasil, os estudos sobre *backlash* ainda são incipientes. Não raro, a palavra é empregada como sinônimo de reação legislativa, quando já se sabe que as duas coisas não se confundem. Em alguns casos, o vocábulo *backlash* é forçado em contextos que não o acomodam com facilidade. Por fim, os poucos juristas que tangenciaram o tema abraçam o marco teórico do constitucionalismo democrático, o que, em parte, se deve à influência do trabalho seminal escrito por Robert Post e Reva Siegel.

A escassez de literatura brasileira sobre o *backlash* pode ser justificada pelo fato de que, examinando-se a nossa história do constitucionalismo e da jurisdição constitucional, não tem sido comum vislumbrar a sua ocorrência. O julgamento do STF, que considerou constitucional a cobrança de inativos e pensionistas instituída pela EC n.º 41/2003, foi a primeira experiência brasileira nos domínios do *backlash*³⁰¹. Perceba-se que foi o legislador quem teve a ousada iniciativa, limitando-se o Supremo a efetuar um reforço vetorial. A medida impopular adveio do Parlamento, diluindo-se no STF, derradeiro depositário das expectativas sociais. Portanto, as experiências de interações não amigáveis entre a sociedade e os Tribunais são escassas e recentes³⁰². Por que essa escassez? Não bastaria descrever esses episódios de reações sociais. A narrativa do *backlash*, no Brasil, depende de uma mínima contextualização histórica, porque alguns fatos estão concatenados como elos de uma corrente. O *backlash* brasileiro é eminentemente multifatorial, havendo um percurso marcado por causas, concausas e condições importantes de serem analisadas. Vejamo-las.

Historicamente, o Supremo Tribunal Federal era tido como um órgão judicante legalista, técnico, apolítico e de baixa autoridade política, características muito comuns em

³⁰¹ ADIs 3105 e 3128, julgadas em 18.08.04.

³⁰² Luís Roberto Barroso, ao discorrer sobre o fenômeno do *backlash*, aponta exemplos do constitucionalismo norte-americano. Quando se refere ao Brasil, menciona “[...] poucos casos de reação normativa a decisões do Supremo Tribunal Federal [...]”, exemplificando com decisões sobre o foro por prerrogativa de função, a taxa municipal de iluminação pública, progressividade da alíquota do IPTU, cobrança de contribuição previdenciária de inativos e a definição do número de vereadores. (BARROSO, Luís Roberto. **A Judicialização da Vida e o Papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 120-121). Embora o autor não o diga expressamente, o que parece é que, a seu juízo, esses precedentes foram considerados como indutores de reações *backlashes*. O porquê é presumível. Em todos eles, há um traço comum: reações legislativas contra entendimentos do STF. Com a máxima *venia*, já se viu que há *backlash* sem reação legislativa e há reação legislativa sem *backlash*. Outrossim, o *backlash* é bem mais que uma decepção social. A tributação dos inativos, realmente, desencadeou uma reação *backlash*, mas os demais exemplos não traduzem a essência deste fenômeno social.

países com uma tradição *civil law*³⁰³. Para além desse perfil dos julgadores, os assuntos pautados não inflamavam a opinião pública. Esse panorama, no entanto, alterou-se após dois marcos bem definidos. Valendo-se de uma metodologia espacial e não paramétrica, Desposato, Ingram e Lannes³⁰⁴ demonstraram que duas alterações paradigmáticas influenciaram a reconfiguração do modelo comportamental dos Ministros:

- a) As reformas iniciadas na década de 90, sobretudo as operadas em 2004, que asseguraram ao STF uma maior autoridade política, permitindo julgar questões constitucionais de maneira mais ampla (efeitos *erga omnes* e vinculantes);
- b) o nítido realinhamento ideológico no Tribunal, após as eleições presidenciais de 2002.

Juntos, esses dois marcos alteraram profundamente o comportamento do Supremo Tribunal Federal, seja pela manifestação de clivagens político-partidárias, antes não percebidas, seja pela alteração da agenda de julgamento da Corte.

No que concerne ao recorte efetuado pelos pesquisadores e a matéria-prima com a qual trabalharam, a pesquisa analisou uma base de dados referente às ADIs (Ações Diretas de Inconstitucionalidade) jogadas pelo Supremo Tribunal Federal no lapso temporal compreendido entre 1989 a 2010.

Portanto, a hipertrofia dos arranjos institucionais do controle de constitucionalidade e a inoculação ideológica culminaram na reconfiguração do comportamento dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Ora, sem dúvidas, esse giro comportamental tem um estreito nexo etiológico com as primeiras experiências brasileiras de *backlash*. É o que será demonstrado em tópicos próprios.

8.1 Reformas legislativas e constitucionais: da debilidade dos desenhos institucionais do STF às fórmulas explosivas de litigância constitucional

Como anota Alexandre Campos, antes da Constituição de 1988, havia uma debilidade nos desenhos institucionais do Supremo Tribunal Federal³⁰⁵. Isso porque, durante uma parcela

³⁰³ DESPOSATO, Scott W; INGRAM, Matthew C; LANNES, Osmar P. Power, Composition, and Decision Making: The Behavioral Consequences of Institutional Reform on Brazil's Supremo Tribunal Federal. *The Journal of Law, Economics, and Organization*, v. 31, n. 3, 2015, pp. 535.

³⁰⁴ *Idem*.

³⁰⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Explicando o Avanço do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal, p. 230. In: CLÈVE, Clemerson Mèrlin; FREIRE, Alexandre. (coord.). **Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 233.

considerável da história do constitucionalismo, o controle de constitucionalidade resumia-se ao controle difuso. Somente em 26.11.1965, com a promulgação da EC 16/65, implementou-se a arguição de inconstitucionalidade na modalidade *principaliter*, ou seja, via ação direta. Com a Carta Outubrina de 1988, o rol de legitimados para a sindicância de constitucionalidade foi ampliado exponencialmente e, porque conjugado com algumas mudanças filosóficas, parte da doutrina passou a vislumbrar no novo documento verdadeiras “fórmulas explosivas de litigância constitucional”³⁰⁶.

A verdade é que o novo *design* constitucional favoreceu, e muito, a pavimentação do caminho para a futura ocorrência de *backlashes*. Contudo, ainda era cedo para isso, mormente pelo alcance diminuto da jurisdição constitucional do STF. A Constituição de 1988, na sua redação original, não falava em “efeitos *erga omnes* ou vinculantes” para as decisões proferidas em controle concentrado. Esse aspecto é decisivo quando se trata de avaliar a possibilidade de *backlash*, afinal, em se tratando de uma reação social, não é provável que se atinja a sociedade com mecanismos processuais de baixa amplitude.

O próprio Supremo Tribunal Federal não admitia, no início, que suas decisões tivessem efeitos vinculantes, mas apenas *erga omnes*³⁰⁷. Com a EC n.º 03/93, que criou a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), finalmente foi feita menção aos efeitos vinculantes. Só por isso já se percebe que, antes de 1993, decisões do STF não tinham um mínimo de aptidão lesiva para serem questionadas socialmente, dada a possibilidade de serem repudiadas pelos demais Juízes. Ademais, o Supremo Tribunal também não se considerava detentor de poderes para sindicância a constitucionalidade de normas pré-constitucionais (normas anteriores a 05 de outubro de 1988), em sede de controle concentrado³⁰⁸.

Com o advento da Lei n.º 9.868/99, as ações diretas de inconstitucionalidade passaram a ser contempladas com efeitos vinculantes e *erga omnes*. Aqui, a mudança foi significativa. No mesmo ano, a Lei n.º 9.882/99 disciplinou a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), atribuindo-lhe, da mesma maneira, efeitos vinculantes e *erga omnes*.

³⁰⁶ A expressão é utilizada por Alexandre de Azevedo Campos, jurista da Escola Fluminense de Direito Constitucional, referindo-se ainda a uma suposta constitucionalização abrangente e a uma pretensa constitucionalização compromissória como traços essenciais da nova Constituição. (CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Explicando o Avanço do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal, p. 230. In: CLÈVE, Clemerson Mèrlin; FREIRE, Alexandre. (coord.). **Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 231).

³⁰⁷ Pleno, ADIn-MC 864/RS, rel. Ministro Moreira Alves, j. em 17.09.1993.

³⁰⁸ Pleno, ADIn 74/DF, rel. Ministro Celso de Mello, j. em 25.09.1992.

Em princípio, a Lei n.º 9.882/99 afirmou que a ADPF tem cabimento para prevenir ou reparar lesão a preceito fundamental. Não transbordou, nesse particular, dos ditames constitucionais. Contudo, a ousadia desse diploma legal foi bem mais acentuada. Nele, irrogou-se ao STF poderes para aquilatar, em controle concentrado, a constitucionalidade de leis municipais, estaduais e federais, inclusive juízos sobre a recepção de normas anteriores à Constituição. Foi esse raio de atuação que permitiu levar ao STF, com eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes, discussões incendiárias como a do abortamento de fetos anencéfalos. Ora, considerando que as leis mais tradicionais e conservadoras são exatamente aquelas anteriores a 1988, o diploma legal acabou franqueando ao Supremo a possibilidade de enfrentar dilemas éticos mais sensíveis, com o poderoso alcance do controle concentrado. Como se viu, algo que nem mesmo o Excelso Pretório cogitava, o que se percebe pela sua jurisprudência já mencionada.

Sem dúvidas, de todas as ações judiciais processadas e julgadas no Tribunal, a ADPF é, por excelência, aquela que mais deduz pretensões indutoras de *backlash*. Na prática, a ação é utilizada como um instrumento de litígios de impacto (também chamados de litígios estratégicos), cujo escopo perseguido pelos requerentes nem sempre se limita a ganhar a demanda, mas sim a promover transformações sociais com a visibilidade alcançada por essa demanda. Não por acaso, além do aborto (ADPF 54), também foram utilizadas ADPFs para debater a união civil entre pessoas do mesmo sexo (ADPF 132), as cotas raciais em universidades (ADPF 186), a Marcha da Maconha (ADPF 187) e a crise no sistema prisional (ADPF 347). Também é sintomático que, estatisticamente, o segundo maior demandante, nas APDFs, seja o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), uma agremiação partidária que não figura entre os principais demandantes das demais classes processuais, como a ADI, ADC e ADO³⁰⁹.

Em boa verdade, na ADPF, admite-se uma tutela mandamental (fazer ou não fazer, a exemplo da determinação de audiências de custódia), tutela executiva *lato sensu* (dar), condenatória (pagar), declaratória (v.g reconhecer o estado de coisas inconstitucional) e constitutiva. O raciocínio quinário da tutela cognitiva é perfeitamente extensível e aplicável à ADPF, logo, o que se tem é uma verdadeira ação coletiva sendo julgada no STF.

³⁰⁹ Estatísticas de Ações do Controle Concentrado, 26.10.2018, coletadas do próprio sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal.

O que se percebe é que, na virada do milênio, o STF sofreu alterações institucionais que o muniram de ferramentas suficientes para inaugurar-se como uma nova Corte no Século XXI, se assim entendesse de fazer. Se os Ministros da Corte optassem por abandonar a postura de *judicial restraint*, já havia os instrumentos processuais para tal.

Com a promulgação da EC 45/04, atribuiu-se *status* constitucional aos efeitos vinculantes da ADI, criando ainda a figura isólitá das súmulas vinculantes. A mesma emenda exigiu a repercussão geral para a interposição de recursos extraordinários, dando início a uma tendência que ficou conhecida como “abstrativização do controle difuso”, por força da qual as decisões do controle difuso deveriam ter a mesma amplitude que aquelas do controle concentrado.

Os anos passaram e o STF passou a falar em “eficácia expansiva dos precedentes” e em “função nomofilática dos Tribunais Superiores”³¹⁰, reforçando ainda mais essa tendência de abstrativização do controle difuso. Com o Código de Processo Civil de 2015, mais do que nunca, os precedentes dos Tribunais foram fortalecidos, principalmente porque o código vincularizou todos os verbetes sumulares, antigos e vindouros, acrescentando ainda outras modalidades de decisões vinculantes³¹¹. Para se ter ideia, Ministros como Moreria Alves sequer admitiam que efeitos vinculantes fossem atribuídos por lei, mas somente por emendas à Constituição³¹².

Em arremate, no final do ano de 2017, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu que decisões proferidas no controle difuso de constitucionalidade devem ter efeitos *erga omnes* e vinculantes, mesmo sem uma lei ou uma emenda que permitisse claramente essa conclusão³¹³.

³¹⁰ Rcl 4335/AC.

³¹¹ É o que se percebe nos incisos III, IV e V do Código de Processo Civil de 2015: “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.”

³¹² Embora tenha sido voto vencido, o Ministro Moreira Alves defendeu este entendimento na Rcl-QO 1.880. Em sentido contrário, Gilmar Mendes sustenta que o efeito vinculante não carece de qualquer explicitação constitucional, porque “configura um apanágio da jurisdição constitucional”, ou seja, uma condição inerente (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1458).

³¹³ ADIs 3406/RJ e 3470/RJ, julgadas em 29.11.2017. Perceba-se que nem mesmo o CPC/2015 abstrativizou todas as decisões do controle difuso, pois algumas não constam do artigo 927.

Com base nas evidências colhidas por Desposato, Ingram e Lannes³¹⁴, quando as decisões de uma Corte são meramente *inter partes* e não vinculantes, essa fraqueza política influencia até mesmo o comportamento dos juízes, que não recebem incentivos para desenvolverem uma jurisprudência mais aprofundada e socialmente direcionada. Estrategicamente, partidos políticos têm um interesse mais modesto nas nomeações para uma Corte com poderes tão restritos, assim como a imprensa, os políticos e os cidadãos possuem poucas razões para monitorá-la³¹⁵. Por outro lado, quando se tem ferramentas que amplificam as decisões, a exemplo dos efeitos *erga omnes* e vinculantes, o comportamento dos juízes também sofre influência, porque os magistrados são poderosamente incentivados a declinarem razões radicadas em suas jusfilosofias. Em vez de justificarem a decisão para um caso concreto, de maneira estreita e casuística, juízes fundamentam seus julgados com argumentos principiológicos e com uma tendência universalizante. Nesse último caso, os pesquisadores revelam que o Tribunal se torna mais propenso a clivagens ideológicas e partidárias. Infere-se que todas essas reformas legislativas e constitucionais impactaram o STF, criando um solo fértil para reações *backlashes*.

8.2 A influência das indicações do Partido dos Trabalhadores para o Supremo Tribunal Federal: clivagens ideológico-partidárias, aumento de polarizações entre Ministros de gerações presidenciais distintas e uma nova agenda temática de julgamentos

Nos Estados Unidos, é tradicionalmente perceptível a semelhança das visões de mundo entre um dado *Chief Justice* e o presidente que o indicou, havendo uma estreita correlação entre decisões mais conservadoras e juízes indicados por presidentes do Partido Republicano, ao passo que há um vínculo quase umbilical entre decisões “progressistas” e magistrados indicados por presidentes do Partido Democrata. É possível verificar essa tendência comportamental predominante sobretudo em decisões não unânimes, consideradas como casos difíceis.

No Brasil, durante muito tempo, as decisões de um Ministro do Supremo Tribunal Federal não traziam consigo vestígios ideológicos por parte do presidente da República que o nomeou. Dificilmente, a partir dos votos de um Ministro, seria possível decifrar se a sua investidura no cargo adveio de uma iniciativa de José Sarney, Fernando Collor ou Fernando

³¹⁴ DESPOSATO, Scott W; INGRAM, Matthew C; LANNES, Osmar P. Power, Composition, and Decision Making: The Behavioral Consequences of Institutional Reform on Brazil’s Supremo Tribunal Federal. **The Journal of Law, Economics, and Organization**. v. 31, n. 3, 2015, pp. 537.

³¹⁵ DESPOSATO, Scott W; INGRAM, Matthew C; LANNES, Osmar P. Op. Cit., pp. 561.

Henrique Cardoso. Uma vez inseridos em um mesmo colegiado, operava-se um mimetismo entre os magistrados da mais Alta Corte. A partir do Governo Lula (2003-2011), pesquisas empíricas revelaram a presença marcante de clivagens ideológicas no Supremo Tribunal Federal.

As chamadas Era Lula (2003-2011) e Era Dilma (2011-2016) foram responsáveis por um total de 13 (treze) nomeações de Ministros para o Supremo Tribunal Federal, atingindo, em alguns períodos, mais de 70% da composição da Corte³¹⁶. Luís Inácio Lula da Silva nomeou 8 (oito) Ministros, o que o transforma em recordista de nomeações durante períodos democráticos e de normalidade institucional. No universo de todos os presidentes da República da história brasileira, somente Getúlio Vargas, Deodoro da Fonseca, Floriano Peixoto e João Figueiredo nomearam mais Ministros do que Lula para um assento na mais Alta Corte.

Quais as consequências de uma participação tão significativa na composição genética do Supremo Tribunal Federal?

Uma primeira observação se faz necessária. Existem basicamente quatro abordagens de análise do processo interno de decisão judicial: i) legal; ii) atitudinal; iii) estratégica; e iv) institucional³¹⁷. Em apertada síntese, pela primeira delas, magistrados decidem conforme o Direito vigente, desvencilhando-se das suas preferências particulares. No modelo atitudinal, ponto sobretudo relevante para compreender este tópico do trabalho, são as pré-compreensões e cosmovisões de mundo que influenciam preponderantemente o processo decisório, ainda que outros fatores exerçam uma influência mais modesta. À luz da abordagem estratégica, as preferências ideológicas não são negadas e até influenciam, mas entende-se que há a concorrência de outros fatores externos, sobretudo os demais atores políticos como o Legislativo e o Executivo. Por fim, a abordagem institucional compreende a decisão judicial como um produto da Instituição Poder Judiciário, o que permitiria inferir que juízes, em geral, possuem um perfil padrão.

Feita esta breve explanação, para o que importa nesta dissertação, convém analisar a influência das sucessivas indicações de Luís Inácio Lula da Silva e Dilma Rouseff para o

³¹⁶ Por exemplo, durante os anos de 2014 e 2015, quando apenas Celso de Mello, Gilmar Mendes e Marco Aurélio não haviam sido nomeados por Luís Inácio Lula da Silva ou Dilma Rouseff.

³¹⁷ OLIVEIRA, Fabiana Luci de. SUPREMO RELATOR. Processo Decisório e Mudanças na Composição do STF nos Governos FHC e Lula. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. v. 27, n. 80, outubro/2012, p. 91.

Supremo Tribunal Federal. Como anota Fabiana Luci de Oliveira, acolhendo-se o modelo atitudinal, “[a]s principais variáveis na explicação do comportamento dos juízes são a posição ideológico-partidária do juiz e o presidente que o nomeou”³¹⁸. Logo, nessa perspectiva teórica, todos os Ministros do STF indicados por presidentes filiados ao Partido dos Trabalhadores teriam uma propensão quase invencível a proferirem votos alinhados ideologicamente com o programa partidário da referida agremiação. Noutras palavras, um determinismo quase absoluto quanto à origem, em um lema que poderia ser grosseiramente resumido como “diga-me quem te nomeou e eu te direi quem és”. Nesta dissertação, não se comunga desse entendimento simplório. Seria equivocados abraçar a concepção fatalista pela qual o nomeado age sempre consoante a expectativa do nomeante, o que seria desmentido pela própria ação penal 470 (Mensalão).

No entanto, é crucial perceber que, dos quatro modelos propostos, três deles admitem, em alguma medida, a influência das ideologias pessoais no comportamento judicial (atitudinal, estratégico e institucional). O primeiro, proposto por Dworkin, é muito mais uma descrição de “dever ser” que propriamente da realidade. Noutras palavras, o modelo legal preconiza como as coisas deveriam ser, isto é, que magistrados deveriam julgar por argumentos de princípios, não conduzidos por suas convicções político-partidárias.

Infere-se que, ainda que em graus diferentes, o fato de 2 (dois) presidentes da república filiados a um único partido político indicarem 13 (treze) Ministros para o STF não é descartável, pelo contrário, atua como um relevante fator de influência no comportamento do Tribunal.

Curiosamente, antes da Era Lula, decisões não unânimes polarizavam Ministros nomeados por diferentes presidentes em apenas 3% dos casos. Durante o Governo Lula, os casos de polarização entre juízes de gerações presidenciais distintas aumentaram em mais de 300%³¹⁹. Em parte, essas alterações podem ser explicadas pela quantidade exorbitante de nomeações oportunizadas para o presidente Luís Inácio Lula da Silva.

³¹⁸ *Idem.*

³¹⁹ DESPOSATO, Scott W.; INGRAM, Matthew C.; LANNES, Osmar P. Judicial Behavior in Civil Law Systems: Changing Patterns on the Brazilian Supremo Tribunal Federal. **Seminários de Pesquisa Ciclo 2012-II (CIEF-CERME-UNB)**, Brasília, 14 nov. 2012, p. 23. Disponível em <http://www.cerme.unb.br/images/stories/seminario/ciclo2012_2/judicial_behavior_in_civil_law_systems_changing_patterns_on_the_brazilian_stf_deposato_ingram_and_lannes_.pdf> apud CAMARGO, Marcelo Novelino. **Como os Juízes Decidem: a Influência de Fatores Extrajurídicos sobre o Comportamento Judicial.**

Mais do que isso, a própria agenda de julgamentos do Supremo Tribunal Federal foi radicalmente alterada. Como aponta Marcelo Novelino, em sua tese de doutoramento, “É possível notar uma mudança na agenda típica do Supremo que, coincidentemente ou não, corresponde ao início do Governo Lula (2003)”³²⁰. Não se trata de uma coincidência, mas de uma constatação empírica. O Supremo Tribunal Federal de Moreira Alves, mais comedido e sempre tão apegado à premissa kelseniana de que um Tribunal só pode atuar como legislador negativo³²¹, já não era mais aquele que descortinava o século XXI. Segundo o jurista da UERJ, “[t]emas de forte carga moral e/ou política, envolvendo questões de alta saliência social e/ou midiática, passaram a ser mais constantes na agenda do controle concentrado-abstrato exercido pelo STF”³²².

Desse modo, no que concerne à nova agenda do Supremo Tribunal Federal, percebe-se a inclusão de inúmeros temas potencialmente indutores de *backlash*. Exemplificativamente, o Tribunal pautou e julgou os seguintes casos:

- **Tributação dos inativos (ADIs 3105 e 3128):** julgadas em 18.08.04, o STF considerou constitucional a cobrança de inativos e pensionistas instituída pela EC n.º 41/2003. Mais uma vez, advirta-se que o legislador teve a iniciativa mais ousada, limitando-se o STF a um reforço vetorial. A rigor, a medida impopular adveio do Parlamento, diluindo-se no STF.
- **Células-tronco embrionárias (ADI 3510):** julgada em 29.05.2008, manteve íntegro o artigo 5º da Lei de Biossegurança. Perceba-se que foi o legislador quem teve a ousada iniciativa, limitando-se o STF a um reforço vetorial.
- **União civil entre pessoas do mesmo sexo (ADI 4277/DF e ADPF 132):** julgada em 05.05.2011, conferiu ao artigo 1723 do Código Civil uma interpretação conforme a Constituição.
- **Marcha da Maconha (ADPF 187/DF):** julgada em 15.07.2011. Efeito simbólico de maior tolerância na política contras as Drogas.

Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Sociais. Faculdade de Direito. Rio de Janeiro: 2014, p. 177.

³²⁰ CAMARGO, Marcelo Novelino. **Como os Juízes Decidem:** a Influência de Fatores Extrajurídicos sobre o Comportamento Judicial. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Sociais. Faculdade de Direito. Rio de Janeiro: 2014, p. 180. A propósito, uma magnífica tese de doutoramento, gentilmente disponibilizada pelo autor.

³²¹ MI 107-QO/DF, j. em 23.11.1989.

³²² *Idem*.

- **Abortamento de fetos com anencefalia (ADPF 54):** julgada em 11 e 12 de abril de 2012. Aqui, o caso é mais ousado, porque o Código Penal não havia permitido a exceção. A sinalização simbólica de um primeiro passo rumo à descriminalização do abortamento.
- **Cotas raciais (ADPF 186):** julgada em 26.04.2012, a ação impugnou atos administrativos do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília (Cepe/UnB), que determinaram uma reserva de vagas para candidatos cotistas. Aqui, a medida adveio do Poder Executivo, mas não de uma autoridade eleita. Na prática, o Judiciário comportou-se de maneira inovadora, sobretudo porque a validação teve efeitos *erga omnes*. Previsivelmente, a UFRGS imitou a UnB e, na data de 09.05.2012, o STF voltou a cancelar a ação afirmativa (RE 597285).

O rol apresentado está longe de indicar todas as decisões controversas, mas parece suficiente. De toda sorte, a ênfase deste trabalho não é analisar exatamente o acerto ou desacerto de decisões do STF, mas sim apontar o impacto social desses julgados, no contexto das reações *backlashes*. Paralelamente às decisões listadas, o (pré-existente) sentimento conservador da sociedade brasileira cresceu de maneira exponencial. Esse ponto é demonstrado graficamente no tópico seguinte.

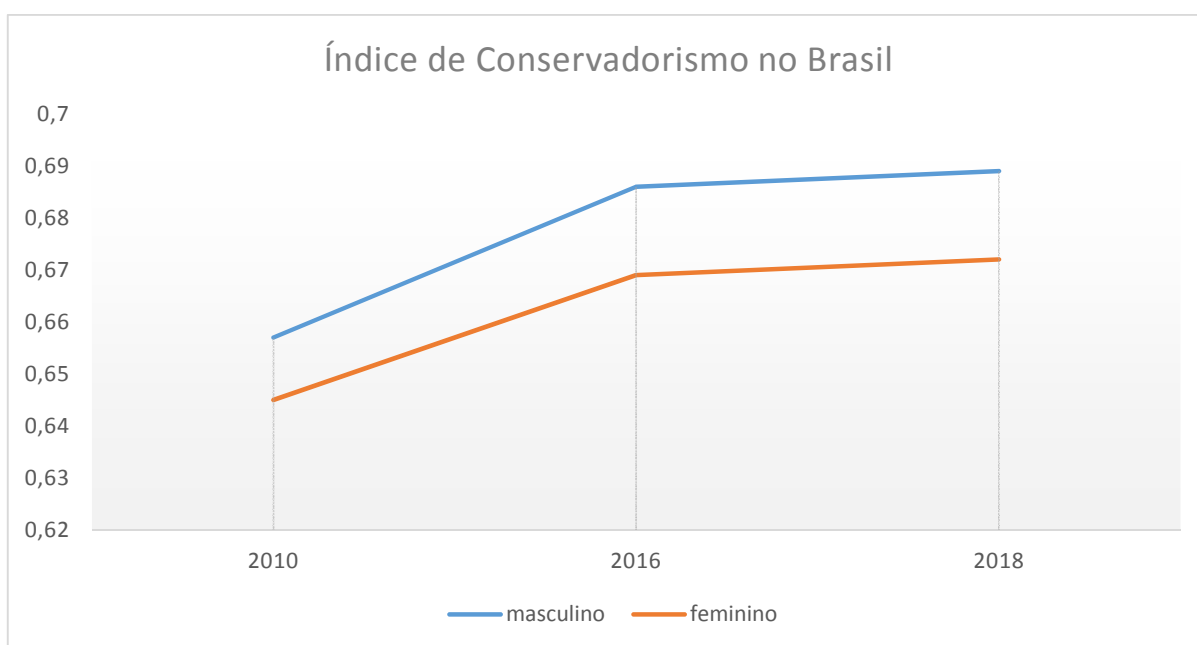
8.3 A sociedade brasileira como receptora das decisões do Supremo Tribunal Federal: uma interação não amigável decorrente do crescente conservadorismo

As alterações constitucionais (CF/88 e EC 45/04) e infraconstitucionais (Lei n.º 9.868/99 e Lei n.º 9.882/99) criaram a ambiência para decisões com um maior raio de alcance, *conditio sine qua non* para as primeiras experiências de *backlash* no Brasil. As transformações promovidas pela influência do Partido dos Trabalhadores, que acirraram clivagens ideológicas na Corte e modificaram a agenda do Tribunal, também contribuíram para o surgimento de decisões mais controversas. Todavia, o *backlash* depende de um receptor ideal, qual seja, uma sociedade disposta a reagir com hostilidade. Quando esses três elementos se encontram (instrumentos processuais de longo alcance, decisões sobre desacordos morais e um auditório hostil ao teor desses julgados), forma-se um contexto propício para reações *backlashes*.

Nesse momento, o terceiro aspecto será examinado, qual seja, o receptor ideal. No Brasil, o auditório das decisões do Supremo Tribunal Federal é eminentemente conservador.

Cuida-se de uma sociedade alicerçada sobre tradições e não há qualquer demérito nesse aspecto sociológico.

Viu-se que, de 2011 a 2012, o STF permitiu o abortamento de fetos anencéfalos, a Marcha da Maconha, a união civil entre pessoas do mesmo sexo e as cotas raciais em universidades públicas. De maneira enigmática, à medida que o STF proferia decisões pretensamente transformadoras da sociedade, o conservadorismo só se acentuava. A tendência pode ser observada no gráfico a seguir:



Fonte: Gráfico elaborado pelo autor, a partir das informações extraídas do Índice de Conservadorismo 2018 (IBOPE Inteligência).

A figura evidencia que o crescimento do conservadorismo foi mais alto no lapso de 2010 a 2016. O conservadorismo brasileiro é anterior às decisões do STF, mas também foi inflamado por elas. Cotejando-se os resultados encontrados nesse intervalo, concluiu-se pelo aumento absoluto da visão conservadora de mundo: em ambos os sexos, todas as faixas etárias, todos os graus de renda, todos os níveis educacionais e em adeptos de todas as religiões. A propósito, segundo o Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística (IBOPE), os segmentos que apresentam aumento no índice de conservadorismo de forma mais expressiva são os que não são católicos e nem evangélicos.

Índice de Conservadorismo (IBOPE Inteligência)		
2010	2016	2018
0,657 (♂)	0,686 (♂)	0,689 (♂)
0,645 (♀)	0,669 (♀)	0,669 (♀)
Índice posterior à decisão da pesquisa com células-tronco embrionárias.	Índice posterior às decisões do STF favoráveis à união civil entre pessoas do mesmo sexo, marcha da maconha, aborto de fetos anencéfalos e cotas raciais. Índice posterior às Manifestações de Junho de 2013.	Índice posterior à decisão de cumprir a pena em prisão domiciliar (junho 2016). Índice posterior ao <i>impeachment</i> de Dilma Rouseff.

Fonte: Tabela elaborada pelo autor, a partir dos dados extraídos do Índice de Conservadorismo 2018 (IBOPE Inteligência).

Da confluência de um Tribunal processualmente poderoso, ideologizado por um partido que se pretende mais à esquerda do espectro político, com decisões endereçadas a uma plateia eminentemente conservadora, a interação só poderia mesmo ser não amigável.

8.3.1 Interações não amigáveis entre o STF e a sociedade brasileira na temática do abortamento

Segundo uma pesquisa efetuada pelo Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística (IBOPE), vocacionada à coleta de dados que indiquem e mensurem a opinião pública conservadora no Brasil³²³, 80% dos entrevistados consideram-se como contrários à “legalização do aborto”. A propósito, esse número é mais significativo entre mulheres do que entre homens, ou seja, elas discordam dessa possibilidade ainda mais do que eles. Apenas 4% dos consultados não se julgaram favoráveis ou desfavoráveis.

Diante desse auditório historicamente tradicional, o Supremo Tribunal Federal não apenas decidiu que é possível abortar fetos anencéfalos³²⁴, como a 1ª Turma sinalizou que não

³²³ IBOPE Inteligência, Pesquisa de Opinião Pública Sobre Favorabilidade a Assuntos Específicos, Fevereiro de 2018. JOB0104/2018.

³²⁴ Não se descarta do fato de que muitos empregam a expressão “antecipação terapêutica do parto”, alicerçados na premissa de que, se não há cérebro, também não haveria pessoa humana. O fundamento reside na Lei n.º 9.434/97 (Transplante de órgãos), que considera como fim da vida a morte encefálica. Em primeiro lugar, o conceito de “vida” é lógico-jurídico, não jurídico-positivo. Isso significa que a vida é anterior ao Direito, assim como os conceitos de “noite” e “dia”. Qualquer decisão legislativa de definir conceitos lógico-jurídicos é, em alguma medida, arbitrária. Noutras palavras, se congressistas apontam como início da vida a

seria crime abortar no primeiro trimestre de gravidez³²⁵. Como é previsível, os passos foram dados em momentos diferentes, mas a pretensão de destino final é intuitiva. Percebe-se uma tentativa de mimetizar o caso *Roe v. Wade* (1973), inclusive pelo marco temporal do primeiro trimestre. Não obstante, a versão tupiniquim de *Roe* adveio de um órgão fracionário do Excelso Pretório. Por fim, na ADPF 442, o STF pretende revisitar o tema da interrupção voluntária da gravidez.

Em todos os casos narrados, o álibi do Supremo Tribunal Federal é o de que, supostamente, o Congresso Nacional estaria se eximindo de decidir a esse respeito. Parte da doutrina, inclusive, se convenceu de que o Poder Legislativo brasileiro realmente não tinha desempenhado o seu papel de posicionar-se sobre temas como o do aborto. Por exemplo, ao discorrer sobre o abortamento de fetos anencéfalos, Carlos Alexandre de Azevedo Campos descreve que o Supremo Tribunal Federal tem se ocupado das “questões morais mais cruciais”, contudo, “[...] diante do vácuo de consenso parlamentar sobre essas questões [...]”³²⁶.

Quanto a esse argumento, cumpre lembrar que o Código Penal é de clareza meridiana ao criminalizar o abortamento, nos artigos 124 a 126, asseverando não ser punível quando a gestação fizer a gestante correr risco de morte ou quando proveniente de violência sexual. Ora, *a contrario sensu*, todas as demais modalidades são consideradas pelo Parlamento como formas criminosas, não havendo, portanto, inércia de quem de direito. No campo da lógica, se noivos estabelecem que seus convidados só poderão ser recebidos trajando roupas verdes, implicitamente, o comando vedou o ingresso com a indumentária vermelha. Não há lacuna. Abster-se de alterar o que fora decidido também é uma decisão. Isso porque há duas maneiras

fecundação, a nidação, a formação do córtex cerebral ou o nascimento, há sempre uma decisão (legislativa) a esse respeito. Sabedor disto, o autor desta dissertação não tem qualquer autoridade para reconhecer ou negar a um ser vivo a qualificação de ser humano, o que exige uma responsabilidade perigosíssima. Quanto às consequências do erro, melhor é equivocar-se por considerar indevidamente um ser como ser humano do que negar a humanidade a quem era digno dela. Opta-se, pelas razões expendidas, por fazer alusão ao abortamento de fetos anencéfalos, não à interrupção terapêutica do parto, expressão esta que presume não se tratar de uma pessoa. O tema foi abordado em um estudo específico sobre o assunto (FONTELES, Samuel Sales. Aborto e Microcefalia: Uma Análise Constitucional. **Revista do Ministério Público do Estado de Goiás**. v. 19, p. 09-36, 2016, p. 25-26). Para um maior aprofundamento no tema, inclusive, com uma abordagem de Filosofia da Linguagem, confira-se: RAZZO, Francisco. **Contra o Aborto**. Rio de Janeiro: Record, 2017.

³²⁵ HC 124.306/RJ.

³²⁶ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Explicando o Avanço do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal, p. 219-269. In: CLÈVE, Clemerson Mèrlin; FREIRE, Alexandre. (coord.). **Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 224. Em momento anterior, a ideia de “vácuo de consenso parlamentar” já era defendida por outra expoente da nova geração de juristas da UERJ: Jane Reis. (REIS, Jane. Retrospectiva 2008: Direito Constitucional. **Revista de Direito do Estado**, v. 13, 2009, p. 16).

básicas de o Legislativo decidir: a) alterando o *status quo*; b) conservando o *status quo*. Na inovação, o aspecto extrínseco da decisão legislativa é manifesto (edita-se uma lei), mas, na conservação, a decisão não é percebida no mundo fenomênico, porquanto ela consiste exatamente em nada (mais) ser feito. E é exatamente esse nada (mais) fazer que traduz a decisão de conservar o *status quo*, razão pela qual não é dado ao Judiciário, ante o seu compromisso com a verdade, justificar sua atuação na contrafactual alegativa de que o Congresso Nacional não tem se posicionado sobre assuntos controversos.

Mesmo formalmente criminalizado, há muito o aborto foi despenalizado no Brasil. O debate dessa temática, conforme será demonstrado, não tem sido feito de maneira sincera. Se há sinceridade, falta conhecimento técnico processual penal. Muito se ouve e muito se lê sobre a criminalização do aborto, suscitando-se a injustiça de encarcerar uma mulher que vivenciou esse momento dramático. Porém, com arrimo no art. 124 do Código Penal, a pena cominada para a mulher que aborta ou consente que alguém o provoque é de 1 (um) a 3 (três) anos de detenção. De início, a pena de detenção já se afigura como um primeiro obstáculo ao regime fechado. Ademais, sendo a pena mínima não superior a 1 (ano), caberá suspensão condicional do processo, medida despenalizadora prevista no art. 89, da Lei n.º 9.099/95³²⁷. A conclusão é de que, uma vez ofertado o benefício pelo Ministério Público, por ocasião da audiência, o processo ficará suspenso. Expirado o prazo de suspensão, será extinta a punibilidade. A ré não será condenada, nem presa, tampouco perderá a primariedade. Seus antecedentes criminais continuarão imaculados.

Por que, então, é travada uma batalha tão incisiva para descriminalizar o aborto? Esse é o ponto nodal dessa controvérsia e, infelizmente, não é debatido no Brasil. Em boa verdade, a luta política não é exatamente pela descriminalização. O que se deseja é bem mais do que isso. O pleito é para que, além de não condenar criminalmente quem pratica abortamentos, o próprio Estado brasileiro aborte crianças na rede pública de saúde. Essa simples obviedade tem consequências incendiárias, que inflamam o desacordo moral de uma maneira sem precedentes. Como compelir uma testemunha de Jeová a pagar a conta de energia de uma clínica de aborto conveniada com o SUS? É disso que se trata, afinal, na condição de contribuinte, a referida cidadã brasileira, com o suor do seu trabalho, verteria tributos que, ao

³²⁷ Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena.

fim e ao cabo, seriam destinados para financiar a mortandade da vida intrauterina. Em alguma medida, quando a Administração Fazendária recebe as exações tributárias recolhidas pelo contribuinte, o Estado apropriou-se do tempo de trabalho despendido pelo trabalhador e de uma fração da sua força produtiva. Entretanto, não se pode, sem que reste aviltada a dignidade humana, assenhorar-se desses elementos, porque isso transformaria o contribuinte em um colaborador de um empreendimento que repugna à sua consciência. Logo, o tão propalado lema de que “se você não gosta de aborto, não aborte” está longe de dar a esse debate a sofisticação e a complexidade que ele verdadeiramente tem: mais do que não atrapalhar, o que se almeja é uma contribuição. A luta política não é travada para transformar discordantes em meros omitentes, mas sim para convolá-los em partícipes.

Em suma, mais do que não serem punidas, ativistas desejam que o Poder Público auxilie diretamente na eliminação da vida, mesmo sabendo-se que a decisão extrema de fazê-lo foi inteiramente individual. E se a questão do aborto for mesmo de foro íntimo, circunscrita à privacidade, como tanto se defende, por que a iniciativa de providenciar a morte do nascituro haveria de ser compartilhada com aqueles moralmente favoráveis à existência desse ser vivo? Na Filosofia Política, essa percepção é externada por adeptos do libertarianismo. Michael Sandel, esclarecendo as ideias de Nozick, simplifica³²⁸:

Quando o Estado se julga no direito de exigir uma parte dos meus rendimentos, ele também se atribui o direito de exigir uma parte do meu tempo. [...] E se o Estado pode me forçar a trabalhar para ele, está essencialmente declarando seu direito de propriedade sobre mim. [...]

Os libertários veem uma sequência lógica entre taxação (quando alguém se apossa do que recebo), trabalho forçado (quando alguém se apossa da minha força de trabalho) e escravidão (quando me nega a posse de mim mesmo).

O raciocínio exposto pelo professor de Harvard ilustra uma situação bastante peculiar, qual seja, quando o Estado se assenhora dos seus contribuintes. Se considerarmos que, conforme as pesquisas já apontadas, a oposição ao aborto também é majoritária entre os que não se declaram como cristãos, tem-se a dimensão exata desse desacordo moral razoável.

Foi exatamente isso que acendeu um intenso debate nos Estados Unidos em torno da organização *Planned Parenthood*, que, segundo o Relatório anual referente ao período de 2016-2017, realizou 321.384 (trezentos e vinte e um mil, trezentos e oitenta e quatro) abortamentos. Exatamente por receber recursos governamentais, a entidade foi proibida de

³²⁸ SANDEL, Michael J. **Justiça**. O Que é Fazer a Coisa Certa. 21. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016, p. 84-85.

aplicá-los nos procedimentos de abortamento, só sendo possível usá-los nos demais procedimentos de saúde disponibilizados. As suspeitas de desvirtuamento dos recursos auferidos têm suscitado uma série de questionamentos, sobretudo porque os tecidos humanos são alienados onerosamente para universidades e centros de pesquisa.

Ninguém é obrigado a trabalhar para financiar abortamentos, mormente quando 80% da população (inclusive, uma fração de ateus) se posiciona contra essa medida letal. Posicionar-se contra o abortamento de crianças não implica necessariamente a religiosidade de quem opina, porque a fonte da opinião nem sempre é de índole dogmática ou teológica, havendo ainda fontes exclusivamente morais. E, se valores morais estivessem umbilicalmente ligados à religião, ateus seriam pessoas amorais, conclusão esta das mais absurdas. Embora tudo isso seja de clareza solar, ainda há pessoas portadoras de um estereótipo fundado na base cognitiva de que somente cristãos, católicos ou evangélicos, são contra o aborto, logo, sendo o Estado laico, não haveria razões para proibi-lo. Isso justifica a importância da Pesquisa realizada pelo IBOPE Inteligência: até mesmo no universo de entrevistados que não se consideram como católicos e nem como evangélicos, 69% é contra a legalização do aborto.

Todas essas questões éticas são negligenciadas no debate efetuado no Brasil, dentre tantas outras, a exemplo do completo esquecimento quanto ao pai da criança, que não deve ser obrigado a admitir passivamente que seu filho venha a ser eliminado no ventre.

Somente quando todos esses aspectos forem amadurecidos, de maneira plural, talvez a sociedade brasileira esteja pronta para alterar a decisão já adotada no Código Penal e na Constituição, se é que promoverá alguma alteração. O STF, ao pular essa importante etapa, obstaculiza o agir coletivo e ab-roga o batismo das urnas.

O último ponto a ser abordado está intimamente ligado ao *backlash*. Muitos juízes têm pautado sua conduta de maneira vigilante quanto a esse fenômeno, exatamente para preveni-lo. Ora, se uma das Turmas do Supremo Tribunal Federal realmente está convicta do acerto das razões declinadas, por que a limitação temporal dos três meses para abortar? Aparentemente, a dignidade humana como autonomia, os direitos reprodutivos, a autodeterminação e a pretensa liberdade soberana sobre o próprio corpo também justificariam um abortamento no quarto mês. Se há, mesmo, um direito fundamental que permitiria às mães abortarem seus filhos, o limite temporal traduziria uma autoritária limitação imposta a um direito constitucionalmente assegurado, a propósito, por criatividade da construção pretoriana.

Só há uma resposta para esclarecer essa contradição: o comportamento estratégico de alguns juízes por ocasião do processo interno de formação das decisões. Fabiana Luci de Olivera aduz que “[o]s juízes fazem escolhas quando decidem, mas essas escolhas são estratégicas na medida em que consideram as expectativas e escolhas de atores externos envolvidos na questão a ser decidida”³²⁹. Esse modelo explica, e muito, a atuação jurisdicional de Luís Roberto Barroso, conforme demonstrado no tópico atinente à interação do STF e da sociedade no contexto das drogas.

Como será visto, a posição contramajoritária assumida pelo STF na temática do aborto atuou como uma *conditio sine qua non* para o surgimento de uma entidade vocacionada à defesa da vida intrauterina: a Frente Parlamentar Evangélica, nascida no ano de 2015. Ademais, na mesma noite em que proferida a decisão que sinalizou a possibilidade de abortamento no primeiro trimestre, parlamentares protestaram e uma comissão foi instaurada na Câmara dos Deputados para reverter a decisão³³⁰. Outra reação contundente foi a Proposta de Emenda à Constituição n.º 29, de 2015, que acrescenta, no art. 5º, a explicitação inequívoca “da inviolabilidade do direito à vida, desde a concepção”. A proposta de emenda descrita apavorou alguns setores da sociedade. Sucede que, a rigor, a referida proposta somente daria envergadura constitucional a um direito já consagrado em norma supralegal protetiva da vida intrauterina: o Pacto de San José da Costa Rica³³¹.

8.3.2 Interações não amigáveis entre o STF e a sociedade brasileira na temática do abrandamento da legislação criminal

Tradicionalmente, a sociedade brasileira não vê o crime ou o criminoso de maneira complacente. Ainda que a reprovação moral, às vezes, provenha de pessoas não exatamente íntegras, o fato é que brasileiros não hesitam quando o assunto é pena de morte, prisão perpétua, redução da maioria penal e o próprio recrudescimento da legislação (processual) penal.

³²⁹ OLIVEIRA, Fabiana Luci de. SUPREMO RELATOR. Processo Decisório e Mudanças na Composição do STF nos Governos FHC e Lula. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. v. 27, n. 80, outubro/2012, p. 91-92.

³³⁰ BARROSO, Luís Roberto. *A Judicialização da Vida e o Papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 174.

³³¹ Artigo 3.1: “**Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida**. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, **desde o momento da concepção**. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente” (original sem destaques). Bem se vê, a Convenção Americana de Direitos Humanos foi de clareza solar. A expressão “em geral” foi utilizada porque, como se sabe, há casos de abortamento tolerados pelo ordenamento, como a gravidez que coloca em risco a vida da gestante ou oriunda de estupro.

A já mencionada pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística (IBOPE)³³² constatou que 50% dos entrevistados são favoráveis à pena de morte, enquanto 4% não se definem a respeito, e 45% são contrários à medida. Por sua vez, 73% são favoráveis à redução da maioria penal, ao passo que 2% não se posicionam sobre o assunto. Aliás, no universo de pessoas entrevistadas pelo Instituto de Pesquisa que se consideram como negros ou pardos, 73% foram favoráveis à redução da maioria penal. No tocante à “prisão perpétua para crimes hediondos”, o IBOPE Inteligência apurou que 77% são favoráveis, enquanto apenas 1% não se encaixaria em uma postura de concordância ou discordância.

Para uma plateia com esse perfil, o Supremo Tribunal Federal proferiu uma gama de decisões criminais lenientes³³³. De início, cabe lembrar que uma iniciativa popular originou o projeto de lei que resvalou na Lei de Crimes Hediondos (Lei n.º 8.072/90). Bem se vê, a sociedade brasileira posicionou-se com muita clareza sobre a firmeza com a qual desejava que certos delitos fossem punidos. No referido diploma, restou estabelecido que o cumprimento da pena seria integralmente em regime fechado. Contudo, no ano de 2006, o STF considerou o dispositivo como inconstitucional³³⁴. Na prática, o entendimento permitiu, por exemplo, que o autor de um homicídio hediondo cumprisse apenas 2 (dois) anos em regime fechado. Em 399 (trezentos e noventa e nove) dias, contados da decisão, perfectibilizou-se uma reação legislativa. A Lei n.º 11.464/2007 estabeleceu, pelo menos, o regime inicial fechado para condenados por crimes hediondos, além de frações mais rígidas para a progressão de regime. Mais uma vez, o Supremo Tribunal Federal considerou a norma como inconstitucional, não sendo dado ao legislador, sequer, estatuir um regime inicial mais gravoso para condenados por crimes hediondos³³⁵.

Sem maiores preocupações com a proteção insuficiente de direitos fundamentais (*Untermassverbot*), o Supremo Tribunal Federal continuou a prolatar decisões dessa natureza. A Lei de Drogas (Lei n.º 11.343/06) não permitia que traficantes tivessem sua pena convertida em restritiva de direitos, ainda que fossem primários, de bons antecedentes e

³³² IBOPE Inteligência, Pesquisa de Opinião Pública Sobre Favorabilidade a Assuntos Específicos, Fevereiro de 2018. JOB0104/2018.

³³³ Em apreço ao rigor científico, é de se ressaltar que esses dados são posteriores às decisões examinadas neste tópico, cujo recorte é de 2006 a 2017. Porém, sublinhe-se que o perfil da sociedade brasileira no período aludido sempre foi considerado como conservador.

³³⁴ HC 82959/SP, j. em 23.02.2006.

³³⁵ HC 111.840, voto do rel. min. Dias Toffoli, j. 27-6-2012, DJE 249 de 17/12/2013.

alheios às organizações criminosas. O STF, mais uma vez, não admitiu como válido o dispositivo legal³³⁶.

No ano de 2016, o Supremo Tribunal Federal voltou a se posicionar de maneira controversa no âmbito criminal. Dessa vez, para asseverar que a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso³³⁷. Mais uma vez, o tema dizia respeito à progressão de regime. Em apertada síntese, o Estado brasileiro não adota o sistema pensilvânico, caracterizado pelo isolamento completo do preso, tampouco o sistema de *Auburn*, em que há isolamento noturno e trabalho matinal em silêncio absoluto. O Brasil adotou o sistema progressivo, por força do qual o regime fechado deve ser cumprido na Penitenciária, o semiaberto em colônia agrícola ou industrial e o aberto em casa de albergado.

Considerando que a maioria das cidades não é contemplada com colônias agrícolas, industriais ou casas de albergado, afigura-se um dilema: onde colocar a pessoa presa que tem o direito à progressão de regime? Manter uma pessoa presa em regime mais gravoso é inconstitucional. É também medida aviltante da dignidade humana. Por sua vez, a soltura precoce e indevida de pessoa condenada, antes de receber a retribuição pelo mal causado à sociedade, é igualmente inconstitucional. Mais do que inconstitucional, é medida temerária, porquanto ameaçadora do direito fundamental, social e difuso à segurança pública. A mesma dignidade humana, que veda a prisão indevida, reclama a correta prisão de quem de direito. As duas soluções implicam violação à Constituição, sacrifício de direitos e injustiças. Nessa encruzilhada jurídica e moral, o Supremo Tribunal Federal não hesitou em escolher prestigiar o direito da pessoa presa, estatuidando que a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso. Hoje, o mais comum é que apenados migrem do regime fechado para a liberdade, em uma verdadeira progressão *per saltum*. Não havendo colônias agrícolas ou industriais, progride-se para o regime aberto. Como também não há casas de albergado, juízes têm determinado prisão domiciliar. Na ausência de tornozeleiras eletrônicas, não tem sido incomum que o preso apenas assine semanal ou mensalmente um termo justificador das suas atividades. A mensagem não foi bem decodificada pelo seio social, mas foi emitida.

³³⁶ HC 97256, j. em 01.09.2010.

³³⁷ STF. Plenário. RE 641320/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 11/5/2016.

No ano de 2017, o STF decidiu que o preso que cumpriu pena em condições degradantes tem direito a uma indenização por danos morais³³⁸. Por condição degradante, entenda-se, mormente, a superlotação. A decisão também não recebeu as boas-vindas da sociedade, que questionou, acertadamente, se as filas de hospitais e os transportes coletivos brasileiros também não degradariam a dignidade humana, de modo a igualmente render ensejo a uma pretensão indenizatória. Na ocasião, o Eminentíssimo Ministro Luís Roberto Barroso chegou a sugerir que presos em condições degradantes deveriam ter o direito ao desconto ou abatimento da pena fixada na sentença condenatória, em vez de receber indenização. Noutras palavras, uma hipótese inédita de remição da pena, porquanto não prevista na Lei de Execução Penal.

Os sucessivos posicionamentos assumidos pela Corte, ao longo dos anos, deixaram uma marca indelével no imaginário coletivo. Para inflamar ainda mais essa interação entre a sociedade e o Supremo Tribunal Federal, no ano de 2006, 49.704 (quarenta e nove mil, setecentos e quatro) pessoas foram assassinadas no Brasil. Após as decisões mencionadas, já no ano de 2016, os assassinatos foram elevados para 62.517 (sessenta e dois mil, quinhentos e dezessete)³³⁹. Por óbvio, tais dados não evidenciam um nexó etiológico entre decisões brandas e mortes violentas, mas o contexto sanguinário em que a sociedade brasileira foi mergulhada influencia a sua percepção sobre decisões criminais não rigorosas, aumentando as chances de uma reação *backlash*.

Foi exatamente essa leniência nas condenações criminais, associada ao número de mortes no Brasil, que serviu de álibi retórico para candidaturas políticas que louvavam a Lei e a Ordem. A fórmula é a mesma, quer se trate do Brasil, quer se trate das Filipinas de Rodrigo Duterte.

No campo criminal, pelo menos no início do Século XXI, nota-se uma afinidade jusfilosófica entre muitas decisões do STF e os julgados em matéria penal da Corte de Warren (USA), a exemplo de *Miranda v. Arizona* (1966). Apesar de algumas reações legislativas, o efeito *backlash* à clara mensagem do STF só seria percebido em sua plenitude alguns anos depois, por exemplo, com a criação da Frente Parlamentar de Segurança Pública.

³³⁸ RE 580.252. j. em 16/02/2017.

³³⁹ Segundo dados fornecidos pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, Atlas da Violência. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/dados-series/17>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

8.3.3 Interações não amigáveis entre o STF e a sociedade brasileira na temática das uniões entre pessoas do mesmo sexo

Pesquisas de opinião indicaram que 39% dos entrevistados manifestaram-se favoráveis ao casamento entre homossexuais, enquanto 50% se opuseram à medida³⁴⁰. É sabido que o Supremo Tribunal Federal enfrentou o tema. Mais uma vez, o argumento foi o de que o Congresso Nacional não se manifestou sobre a união entre pessoas do mesmo sexo, razão pela qual a mais Alta Corte brasileira supostamente estaria legitimada a preencher esse vácuo³⁴¹. A esse respeito, é absolutamente pertinente transcrever os dizeres do Ministro Luís Roberto Barroso³⁴²:

Penso ser próprio aqui distinguir duas situações: a) quando tenha havido uma atuação do Legislativo ou do Executivo em relação ao tema; b) quando *não* tenha havido tal atuação.

A primeira situação, portanto, se dá quando o Legislativo tenha efetivamente deliberado acerca de matéria. Por exemplo: [...] pesquisas com células-tronco embrionárias; ou [...] ação afirmativa em favor de negros. Nesses dois casos, embora exista controvérsia política, o Judiciário deve ser deferente para com as escolhas feitas pelo Legislativo. [...]

Situação diversa é a que ocorre quando o Legislativo não atuou, porque não pôde, não quis ou não conseguiu formar maioria. **Aí haverá uma lacuna no ordenamento.** [...] Por exemplo: [...] o caso das relações homoafetivas. [...] Não há lei a respeito. Pois bem: o Estado tem que tomar uma posição sobre a existência ou não de um direito desses casais a serem reconhecidos como uma entidade familiar, pela importância moral desse reconhecimento e por uma séria de questões práticas (herança, pensão alimentícia, divisão do patrimônio comum).

Ora, quando a Constituição Federal de 1988 foi elaborada, os constituintes debateram explicitamente a união entre pessoas do mesmo sexo. Para proibi-la, o Bispo Roberto Augusto apresentou uma emenda ao projeto que contou com o apoio dos constituintes Gastone Righi e Bernardo Cabral. Por outro lado, o constituinte Gerson Peres se opôs, lembrando da experiência da Inglaterra de admitir a referida união. Ao final, para afastar dúvidas a esse respeito, o texto foi aprovado com o acréscimo da cláusula explicitadora “entre homem e mulher”³⁴³. Mais de uma década após a promulgação da Constituição de 1988, a mesma

³⁴⁰ IBOPE Inteligência, Pesquisa de Opinião Pública Sobre Favorabilidade a Assuntos Específicos, Fevereiro de 2018. JOB 0104/2018.

³⁴¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Explicando o Avanço do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal, p. 219-269. In: CLÈVE, Clemerson Mèrlin; FREIRE, Alexandre. (coord.). **Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 224.

³⁴² BARROSO, Luís Roberto. **Um Outro País: Transformações no Direito, na Ética e na Agenda do Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 40-41 (destacamos).

³⁴³ Diário da Assembleia Nacional Constituinte (Suplemento B, p. 209): “O SR. CONSTITUINTE GASTONE RIGHI:– Finalmente a emenda do constituinte Roberto Augusto. É o art. 225 (sic), § 3º. Este parágrafo

fórmula foi seguida pelo Parlamento brasileiro, por ocasião do Código Civil de 2002, no artigo 1.723³⁴⁴. Ante essas manifestações do Congresso Nacional, tão explícitas, não seria contrafactual dizer que os parlamentares não decidiram a esse respeito? Não seria mais sincero exercer o *judicial review* de maneira contramajoritária, apontando fundamentadamente como inválida a decisão do Parlamento e assumindo o ônus argumentativo de fazê-lo? Dizer que os parlamentares se omitiram sobre o que expressamente deliberaram é ignorar deliberadamente a realidade.

Há, no entanto, um aspecto que ainda merece ser explorado quando se trata de *backlash*: o comportamento estratégico de juízes para preveni-lo. No julgamento favorável à união civil entre pessoas do mesmo sexo, dentre as inúmeras razões declinadas como *ratio decidendi*, o STF elencou³⁴⁵:

[...] Direito à livre busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade [...].

Na mesma decisão, aduziu ainda o “[...] combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros”. De mais a mais, a decisão encontrou sustentáculo no chamado “princípio do afeto” e na “dignidade humana”, pelos quais não seria franqueado ao legislador impedir a felicidade, o afeto e a formação de uma família por pessoas do mesmo sexo.

Pelas mesmas razões, é de ser suscitada a inconstitucionalidade do Código Civil, quando proíbe que genros (viúvos) se casem com as suas sogras (art. 1.521, II)³⁴⁶. Não teriam também eles (genros e sogras ou sogros e noras) o direito à felicidade, ao afeto, à autonomia

prevê: ‘Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento’ Tem-se prestado a amplos comentários jocosos, seja pela imprensa, seja pela televisão, com manifestação inclusive de grupos gays através do País, porque com a ausência do artigo poder-se-ia estar entendendo que a união poderia ser feita, inclusive, entre pessoas do mesmo sexo. Isto foi divulgado, por noticiário de televisão, no show do Fantástico, nas revistas e jornais. O bispo Roberto Augusto, autor deste parágrafo, teve a preocupação de deixar bem definido, e pede que se coloque no § 3º dois artigos: ‘Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento’. Claro que nunca foi outro o desiderato desta Assembleia, mas, para se evitar toda e qualquer malévolos interpretação deste austero texto constitucional, recomendo a V. Exa. que me permitam aprovar pelo menos uma emenda”. Não por acaso, o Eminentíssimo Ministro Ricardo Lewandowski, em voto proferido na ADPF 132 e ADI 4277, aduziu que “Os constituintes, como se vê, depois de debaterem o assunto, optaram, inequivocamente, pela impossibilidade de se abrigar a relação entre pessoas do mesmo sexo no conceito jurídico de união estável”.

³⁴⁴ Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

³⁴⁵ ADPF 132 e ADIn 4277.

³⁴⁶ FONTELES, Samuel Sales. **Hermenêutica Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2018, p.33-34.

da vontade e à dignidade humana? Por um imperativo de equidade, a ideia de família eudemonista não se lhes aplica? Valendo-se da parêmia romana invocada pelo Ministro Luiz Fux, *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio* (“onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito”)³⁴⁷. O mesmo cânone hermenêutico, aliás, justificaria a inconstitucionalidade da proibição de casamentos poligâmicos. Ora, se o afeto, a dignidade humana, a livre busca da felicidade e a autonomia da vontade permitem que se flexibilize a barreira do gênero (homem x mulher), por que não justificaria o rompimento da barreira do número (monogamia para poligamia)? Sob esse prisma, nada justificaria, constitucionalmente, a discriminação de três pessoas, adultas e capazes, que desejam convolar uma união civil. Feitas essas considerações, pergunta-se: o Supremo Tribunal Federal e o Conselho Nacional de Justiça teriam a coragem de aplicar a mesma regra de Direito, em um raciocínio analógico? A resposta é intuitiva.

Aliás, no ano de 2018, o mesmo Conselho Nacional de Justiça que permitiu o casamento gay proibiu que Cartórios lavrassem escrituras públicas de uniões poligâmicas³⁴⁸. Como se vê, a ousadia de contrariar minorias não articuladas politicamente é bem mais acentuada. Com isso, companheiros de uniões plúrimas simplesmente estão desguarnecidos quanto aos direitos previdenciários e hereditários.

Ante o comportamento nitidamente estratégico do STF e do CNJ, prevenindo reações não amistosas por parte do público, infere-se que o *backlash* pode atuar como uma poderosa influência externa inibitória.

Conforme será visto, o posicionamento do STF nessa temática foi o grande incentivo para a criação, no ano de 2015, da Frente Parlamentar Evangélica, entidade também vocacionada à defesa da família tradicional. Outra manifestação reativa ao alinhamento do STF foi o PL 6583/2013, conhecido como Estatuto da Família. Caso aprovado, certamente terá sua validade questionada, o que renderá ensejo a um jocoso debate: se reproduzir o texto constitucional pode ser inconstitucional³⁴⁹.

³⁴⁷ RE 666418 AgR/SP.

³⁴⁸ PP 0001459-08.2016.2.00.0000.

³⁴⁹ Bem examinadas as coisas, o artigo 1º do projeto corresponde à aglutinação das ideias contidas no artigo 226, *caput* e §§ 3º, 4º e 5º. Ora, se a norma constitucional sofreu mesmo a alegada mutação constitucional, não haveria razão para duvidar da mutação de sentido do diploma legal eventualmente aprovado. Com arrimo nos postulados lógicos, a fiel reprodução do texto constitucional jamais poderia ser considerada como uma infringência a esse mesmo texto. Reproduzir é obedecer.

8.3.4 Interações entre o STF e a sociedade brasileira na temática das drogas

Já foi mencionado que, majoritariamente, brasileiros seguem favoráveis à proibição do porte de maconha para consumo pessoal³⁵⁰. A questão ainda não foi dirimida pelo Supremo Tribunal Federal, mas a Lei de Drogas tem sido paulatinamente esvaziada pela construção pretoriana. Trata-se de um movimento lento, gradual, mas que tem um destino consabido.

Em perfeita sintonia com o sentimento social, em 05 de outubro de 1988, a Constituição Federal entendeu de equiparar o tráfico de drogas aos crimes hediondos, inclusive, vedando-lhes a possibilidade de concessão de fiança. Estatuiu a Carta Outubrina que nem mesmo um presidente da República, Chefe de Estado, poderia agraciar um traficante de drogas. O documento constitucional retirou ainda do povo e de seus mandatários, sufragados nas urnas, o poder de anistiar traficantes. Por fim, posicionou o tráfico de drogas ao lado do terrorismo e da tortura. Basta uma singela leitura do artigo 5º, XLIII, para extrair essas informações elementares. Sabe-se ainda que a Lei Maior, como regra geral, não admite a extradição de brasileiros. Contudo, tamanho o repúdio da Constituição pelo tráfico de drogas, o constituinte decidiu excepcionar a si mesmo, para permitir a extradição de brasileiros naturalizados envolvidos com tráfico ilícito de entorpecentes (art. 5º, LI). O comando constitucional é de clareza meridiana: no Brasil, um narcotraficante é *persona non grata*.

Não satisfeito, o constituinte autorizou o confisco da propriedade de traficantes, na hipótese de monocultura de plantas psicotrópicas, ou seja, permitiu ao Poder Público despejar e apropriar-se da terra utilizada para o plantio de maconha. Essa era a redação originária do artigo 243. O teor atual desse dispositivo é ainda mais revelador. Após a Emenda Constitucional n.º 81, de 2014, a Constituição conferiu ao tráfico de drogas o mesmo tratamento dado ao trabalho escravo. Essa equiparação feita pelo constituinte tem uma razão de ser: ambas as condutas são escravizantes e subjugadoras do autonomia da vontade. Enquanto o trabalho escravo é destruidor da liberdade ambulatorial, a traficância atua como grilhões da liberdade moral. Tamanha a gravidade do tráfico de drogas, até mesmo a propriedade, direito constitucionalmente reconhecido, pode ser licitamente confiscada³⁵¹.

³⁵⁰ Os dados foram coletados pela Gerência de Pesquisas de Opinião do Datafolha, por meio de 2.765 (duas mil, setecentos e sessenta e cinco) entrevistas presenciais, em 192 (cento e noventa e dois) municípios, nos dias 29 e 30 de novembro de 2017 (Temas Polêmicos - PO n.º 813942).

³⁵¹ As regras de experiência demonstram que adictos são governados pelos seus impulsos. Há mães que entregam suas crianças em bocas de fumo, como uma garantia pignoratória. Coisificam suas proles, aviltando-lhes a

Portanto, uma leitura originalista da Constituição³⁵² jamais compactuaria com a descriminalização do tráfico de drogas, mormente porque não é dado ao Estado locupletar-se escravizando seus concidadãos ou tolerar que isso seja feito. Mais uma vez, a questão remete às raízes do contrato social.

Em 15 de julho de 2011, o Supremo Tribunal Federal julgou admissível a Marcha da Maconha (ADPF 187/DF), sinalizando simbolicamente uma maior tolerância na política contras as Drogas. A conduta de louvar, de público, o entorpecente, lutando pela descriminalização do seu porte, passou a ser vista como não apologética. Após esse marco, milhares de jovens passaram a marchar pelo país, romantizando a experiência de drogadição com o vegetal.

Em 11 de maio de 2012, o Plenário do STF decide que é possível conceder liberdade provisória para o tráfico de drogas, mesmo ante uma expressa proibição legal. Considerou-se como inválida a opção feita pelo Parlamento de vedar esse benefício³⁵³. Ora, se a Constituição de 1988 asseverou que não seria possível liberdade provisória sequer para traficantes que recolhem fiança, o que se dirá para os que não ofereceram essa garantia real³⁵⁴. Embora existam duas modalidades de liberdade provisória, sabe-se que a Constituição é tida como uma Carta Política, razão pela qual nem sempre há de ser interpretada como um contrato redigido por advogados.

Em 23 de junho de 2016, o Supremo Tribunal Federal assinalou que o crime de tráfico, previsto no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, não é equiparado a hediondo³⁵⁵. Tecnicamente, há um erro palmar. A natureza jurídica do dispositivo mencionado é de minorante, isto é, causa de diminuição³⁵⁶. Sucede que uma minorante não tem o condão de alterar a essência do tipo penal previsto no *caput*, porque não previu uma nova figura típica. A

dignidade, em troca da droga. Não fosse a enfermidade oriunda da dependência química, dificilmente uma genitora entregaria seus filhos para narcotraficantes.

³⁵² SCALIA, Antonin. **A Matter of Interpretation**. Federal Courts and the Law. Princeton University Press, 1997.

³⁵³ HC 104.339.

³⁵⁴ Na prática forense, há audiências em que o magistrado concebe como útil cobrar uma fiança do custodiado, mas está constitucionalmente proibido de fazê-lo. Curiosamente, como podem determinar a soltura sem fiança, alguns juízes já estão entendendo de adotar esta providência mediante o oferecimento da garantia real, guiados pela lógica de que quem pode o mais também poderia o menos. A situação é de perplexidade.

³⁵⁵ HC 118.533.

³⁵⁶ Esta, a propósito, é a razão pela qual não é correto afirmar que o art. 33, § 4º, prevê o crime de tráfico “privilegiado”. Não se cuida, na espécie, de uma privilegiadora. A questão em apreço é tão óbvia que chegou a ser sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça. Segundo o verbete 512, “A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas.”

simples decisão que retira a hediondez dessa modalidade de tráfico de drogas tem consequências ousadas: permite a graça, a anistia, o indulto, além de frações mais lenientes para a fruição de benefícios como o livramento condicional e a progressão de regime. É fácil perceber que todo o esforço do constituinte originário para aproximar o tráfico de drogas de delitos como tortura e terrorismo foi paulatinamente desconstruído por iniciativas solipsistas de juízes e Tribunais, sempre atentos às medidas de política criminal e às suas cosmovisões particulares do que seria edificante para o país.

No que tange ao debate sobre a constitucionalidade do crime de porte de drogas para consumo pessoal (art. 28, Lei n.º 11.343/06), Barroso sublinhou³⁵⁷:

[...] uma decisão da Suprema Corte considerando inconstitucional uma criminalização feita pelo legislador tem que ser uma decisão com algum grau de sintonia com o sentimento social. Tomar uma medida dessa importância sem a capacidade de trazer a sociedade junto pode acarretar um risco que os autores americanos chamam de *backlash* [...].

No que tange ao estudo comportamental, o Ministro Barroso pode ser considerado como o tipo ideal weberiano que ilustra a abordagem estratégica. Mais uma vez, repita-se à exaustão os dizeres de Fabiana Luci de Olivera, quando aduz que, na abordagem estratégica, “[o]s juízes fazem escolhas quando decidem, mas estas escolhas são estratégicas na medida em que consideram as expectativas e escolhas de atores externos envolvidos na questão a ser decidida”³⁵⁸. Trata-se de uma descrição exata, quase que encomendada sob medida.

Luís Roberto Barroso também inovou ao propor que o porte de 25 gramas de maconha ou a plantação de até seis plantas fêmeas fossem consideradas como um limite paramétrico que permita diferenciar o usuário do traficante de drogas³⁵⁹. Urge, porque relevante, perguntar: por que somente a maconha e não a cocaína? Por que seis plantas fêmeas? Com a palavra, o Eminentíssimo Ministro:

Agora acho que você não pode começar com uma medida assim radical. Tem que avançar aos poucos. Legalizar a maconha e **ver como isso funciona na vida real**. E em seguida, **se der certo, fazer o mesmo teste com outras drogas**. Insisto que a minha ideia de não descriminalizar tudo não é uma posição conservadora. É uma

³⁵⁷ BBC News Brasil. **Ministro do STF diz que Brasil deve “legalizar a maconha e ver como isso funciona na vida real”**. 14 de setembro de 2015. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/09/150914_drogas_barroso_ms>. Acesso em: 21 out. 2018. (original sem destaques).

³⁵⁸ OLIVEIRA, Fabiana Luci de. SUPREMO RELATOR. Processo Decisório e Mudanças na Composição do STF nos Governos FHC e Lula. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. v. 27, n. 80, outubro/2012, p. 91-92.

³⁵⁹ RE 635659.

posição de quem quer produzir um avanço consistente, sem retrocesso, não um avanço sem base³⁶⁰.

Os argumentos são de política, não de princípios. Não se trata de aquilatar tecnicamente o Direito fabricado por quem de direito, mas de testar empiricamente os impactos da sua decisão e avaliar se elas são edificantes para o país, em um arremedo metódico de tentativas de erros e acertos. Em suma, tem-se um comportamento estratégico.

À medida que as decisões do STF mais “progressistas” eram proferidas, o conservadorismo da sociedade brasileira, estatisticamente, se acentuava. Evidentemente, não se pode dizer que os julgados da mais Alta Corte são exclusivamente responsáveis por esse fenômeno, que também é proveniente de escândalos de corrupção, do crescimento da religiosidade, incidentes de ruptura como o *impeachment* etc.

8.4 As eleições brasileiras: a reconfiguração do Congresso Nacional nas 55^a e 56^a legislaturas e o resultado do pleito presidencial de 2018 como efeitos *backlashes*

Em Direito Constitucional, entende-se por legislatura o lapso temporal de 4 (quatro) anos, no calendário parlamentar, durante o qual ocorrem os trabalhos do Congresso Nacional (art. 44, parágrafo único). Pois bem. As principais decisões mencionadas acima estão circunscritas em um período temporal inteiramente confinado pela 54^a legislatura (2011-2015). As decisões sobre a união entre pessoas do mesmo sexo, o abortamento de anencéfalos, a marcha da maconha e as cotas raciais em universidades foram proferidas nos anos de 2011 e 2012. Na prática, a 54^a legislatura foi usurpada pela precipitação de desacordos morais no STF. Por fim, no ano de 2013, durante o Governo Dilma Roussef, o Brasil viveu uma convulsão social com as chamadas Manifestações de Junho, quando milhares de brasileiros foram às ruas para contestar, genericamente, o estado de coisas.

As eleições presidenciais de 2014 foram marcadas por uma disputa sem precedentes. O timbre do princípio republicano é a alternância no poder, ao contrário da monarquia, forma de governo caracterizada pela vitaliciedade do Chefe de Estado. De início, a redação original da Constituição de 1988 admitia o cumprimento de um único mandato, vedada a reeleição. Com a emenda n.º 16/1997, alterou-se a Magna Carta para permitir uma única reeleição (consecutiva), na forma do artigo 14, § 5º, CF/88. Todavia, Luís Inácio Lula da Silva não

³⁶⁰ BBC News Brasil. **Ministro do STF diz que Brasil deve “legalizar a maconha e ver como isso funciona na vida real”**. 14 de setembro de 2015. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/09/150914_drogas_barroso_ms>. Acesso em: 21 out. 2018.

apenas foi reeleito como conseguiu a vitória de Dilma Rousseff, sua sucessora. Por sua vez, Dilma conquistou a reeleição. O sucesso totalizaria 16 (dezesseis) anos de uma única agremiação partidária na presidência da república, além de mais duas nomeações para o Supremo Tribunal Federal, alcançando 10/11 avos do total de Ministros dessa Corte³⁶¹. Por fim, a essa altura, muitos já haviam percebido a inoculação ideológica sofrida pela Corte Constitucional brasileira, despertando um revanchismo na Nova Direita. O resultado do pleito presidencial foi o batismo da polarização nacional: Dilma Rousseff e Michel Temer receberam 54.501.118 votos (51,64% dos votos válidos), enquanto Aécio Neves e Aloysio Nunes Ferreira obtiveram 51.041.155 votos (48,36% dos votos válidos)³⁶². A primeira reação fracassou, mas estava sacramentada a Guerra Cultural que dividiria a sociedade brasileira à semelhança da polarização descrita por Dworkin, na introdução desta dissertação.

Se, nas eleições presidenciais, a Nova Direita não logrou êxito, o mesmo não pode ser dito quanto às eleições parlamentares. A primeira reação finalmente foi percebida com uma mudança radical no perfil dos parlamentares eleitos para a 55ª legislatura (2015-2019), considerada como a mais conservadora após o Regime Militar. Simplesmente, a sociedade elegeu conservadores em uma quantidade maior e até mesmo em uma intensidade mais acentuada.

Não seria prudente dizer que as decisões do STF devem ser inteiramente responsabilizadas pelo novo perfil da 55ª legislatura, mas é razoável suspeitar que elas atuaram como mais um poderoso fator de influência: a uma, porque posicionaram a mais Alta Corte em favor de um dos lados na Guerra Cultural; a duas, porque foram decodificadas como uma provocação dirigida aos setores sociais que, até então, não enxergavam a política como uma arena de batalha. Em suma: as decisões continham em seu DNA a ideia de rompimento com os valores judaico-cristãos e com as tradições da civilização ocidental, atraindo reações à altura e incentivando a articulação de grupos favoráveis ao *status quo*.

Os sinais desse perfil conservador foram percebidos já no início do primeiro período da sessão legislativa de 2015, com a criação das Frentes Parlamentares Evangélica e de Segurança Pública. Reputa-se Frente Parlamentar a associação de congressistas que se

³⁶¹ DESPOSATO, Scott W; INGRAM, Matthew C; LANNES, Osmar P. Power, Composition, and Decision Making: The Behavioral Consequences of Institutional Reform on Brazil's Supremo Tribunal Federal. **The Journal of Law, Economics, and Organization**, v. 31, n. 3, 2015, pp. 562.

³⁶² Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2014/Dezembro/plenario-do-tse-proclama-resultado-definitivo-do-segundo-turno-da-eleicao-presidencial>>. Acesso em: 12 nov. 2018.

congregam com o desiderato de promoverem, de maneira coesa, deliberações e votações sobre determinadas áreas temáticas (Ato da Mesa nº 69, de 2005, Câmara dos Deputados). A constituição de uma frente parlamentar depende do registro de um requerimento que aponte a composição de pelo menos um terço de membros do Poder Legislativo, a indicação do nome da Frente Parlamentar e a designação de um representante responsável por prestar as informações.

Em 26.02.2015, apresentou-se o requerimento n.º 697/2015, que tinha como objeto a criação da Frente Parlamentar de Segurança Pública, cujo autor foi o Deputado Federal Alberto Fraga. 240 (duzentos e quarenta) parlamentares subscreveram o pleito³⁶³. O referido documento apresentou como justificativa a necessidade de “[...] iniciativas que inibam o aumento da violência no Brasil”, além da “[...] identificação das principais demandas dos órgãos de segurança pública”. Entre os objetivos estatutários, figuram o “resgate da autoridade policial” (art. 2º, VI) e a “defesa das vítimas da violência criminal” (art. 2º, IX). A criação da referida Frente Parlamentar foi uma clara reação às decisões do STF criminalmente lenientes. Aqui, tem-se uma estreita simetria com as reações orquestradas contra *Miranda v. Arizona* (EUA).

Contudo, a 55ª Legislatura estava apenas iniciando a exteriorização de um conjunto de reações *backlashes*. Em 02.07.2015, o Plenário da Câmara dos Deputados aprovou a Emenda Aglutinativa 16, que reduz a idade penal de 18 para 16 anos em caso de crimes hediondos, homicídio doloso e lesão corporal seguida de morte (PEC 171/1993)³⁶⁴.

Em 03.11.2015, apresentou-se o requerimento n.º 3424/2015, que tinha como objeto a criação da Frente Parlamentar Evangélica do Congresso Nacional, cujo autor foi o Deputado Federal João Campos. 199 (cento e noventa e nove) deputados e 4 (quatro) senadores subscreveram o aludido requerimento. O ato externou a preocupação dos parlamentares em “fiscalizar os programas e as políticas governamentais, voltadas à proteção da família, da vida humana...” etc. Em termos objetivos, o escopo da associação de congressistas é o de posicionar-se contrariamente a iniciativas legislativas sobre temas como aborto e casamento gay. Parece intuitivo inferir que a criação dessa Frente Parlamentar foi uma reação às decisões

³⁶³ Na verdade, havia 247 (duzentos e quarenta e sete), mas 3 (três) assinaturas não conferiam, 3 (três) estavam foram do exercício e 1 (uma) estava repetida.

³⁶⁴ Tramita no Senado como PEC 115/2015.

do STF que reconheceram a união civil entre pessoas do mesmo sexo e o abortamento de fetos anencéfalos.

A maior reação da 55ª legislatura, entretanto, ainda estava por vir. Em 02.12.2015, o então presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha, admitiu um pedido de *impeachment* subscrito por Hélio Bicudo, Miguel Reale Júnior e Janaína Paschoal. Após um longo percurso procedimental, em 31 de agosto de 2016, Dilma Rousseff é impedida de dar continuidade ao seu mandato, perdendo o cargo na presidência da República.

As eleições de 2018 revelaram o efeito *backlash* de maneira ainda mais incisiva. Primeiramente, pela vitória de um candidato cuja plataforma política encarnava uma clara reação a muitos dos precedentes do Supremo Tribunal Federal descritos neste trabalho. Na categorização de Zaiden Benvindo, “Bolsonaro is more than an ‘outsider’, he is the representative of the social backlash [...]”, ou seja, mais do que alguém alheio à política, Bolsonaro é a personificação do *backlash*³⁶⁵.

Mesmo carente de alianças partidárias, com apenas 1% do tempo disponível no rádio e na TV (8 segundos), além de um dos mais baixos recursos de campanha (12 milhões do Fundo Eleitoral)³⁶⁶, Jair Bolsonaro sagrou-se vitorioso nas eleições presidenciais. Trata-se do primeiro candidato declaradamente conservador a ocupar a cadeira de Presidente da República.

Se a 55ª legislatura (2015 a 2019) foi considerada a mais conservadora após 1964, a 56ª legislatura (2019 a 2023) foi classificada como a mais conservadora das últimas três décadas, ultrapassando a anterior no que diz respeito ao grau de conservadorismo. O partido de Jair Bolsonaro, o PSL, foi poderosamente hipertrofiado. Naquela legislatura, um único deputado do PSL havia sido eleito. Nesta, o PSL se tornou a segunda maior bancada da Câmara Baixa, com 52 (cinquenta e dois) deputados. Como percebeu Zaiden Benvindo, trata-se de um aumento que destoa por completo do que usualmente se observava. Na dicção do jurista da UnB, “[e]ste é um fenômeno nunca antes visto na História brasileira. [...] o Partido

³⁶⁵ Tradução livre. No original: This is a phenomenon never before seen in Brazilian history. [...] the Worker’s Party (PT), which competed with Bolsonaro in the second round, took more than twenty years since its foundation in 1980 to cross the threshold of 50 Representatives elected. (BENVINDO, Juliano Zaiden. Brazil’s “False Consciousness of Time”: The Rise of Jair Bolsonaro. **International Journal of Constitutional Law Blog**, Nov. 10, 2018. Disponível em: <<http://www.iconnectblog.com/2018/11/brazils-false-consciousness-of-time-the-rise-of-jair-bolsonaro/>>. Acesso em: 11 nov. 2018.)

³⁶⁶ Diagnóstico das Eleições – 2018. Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar (DIAP). p. 21 e 23.

dos Trabalhadores, que concorreu contra Bolsonaro no 2º Turno, levou mais de 20 anos, desde a sua fundação em 1980, para ultrapassar 50 representantes eleitos [...]”³⁶⁷. A comparação de legislaturas pode ser vislumbrada no gráfico a seguir, que indica o quantitativo de parlamentares e suas respectivas legendas partidárias na Câmara dos Deputados:

54ª Legislatura (2011 – 2015)		55ª Legislatura (2015 – 2019)		56ª Legislatura (2019 – 2023)	
PT	86	PT	68	PT	56
PMDB	78	PMDB	65	PSL	52
PSDB	54	PSDB	54	PP	37
PP	44	PP	38	MDB	34
DEM	43	PSD	36	PSD	34
PR	41	PSB	34	PR	33
PSB	35	PR	34	PSB	32
PDT	27	PTB	25	PRB	30
PTB	22	PRB	21	DEM	29
PSC	17	DEM	21	PSDB	29
PCdoB	15	PDT	20	PDT	28
PV	13	SD	15	SD	13
PPS	12	PSC	13	PODE	11
PRB	8	PROS	11	PTB	10
PMN	4	PPS	10	PSOL	10
PTdoB	3	PCdoB	10	PCdoB	9
PSOL	3	PV	8	PSC	8
PHS	2	PSOL	5	Pros	8
PRTB	2	PHS	5		
PRP	2	PTN	4		
PTC	1	PRP	3		
PSL	1	PMN	3		
		PEN	2		
		PSDC	2		
		PTC	2		
		PTdoB	2		
		PSL	1		
		PRTB	1		

³⁶⁷ Tradução livre. No original: “This is a phenomenon never before seen in Brazilian history. [...] the Worker’s Party (PT), which competed with Bolsonaro in the second round, took more than twenty years since its foundation in 1980 to cross the threshold of 50 Representatives elected”. (BENVINDO, Juliano Zaiden. Brazil’s “False Consciousness of Time”: The Rise of Jair Bolsonaro. **International Journal of Constitutional Law Blog**. Nov. 10, 2018. Disponível em: <<http://www.icconnectblog.com/2018/11/brazils-false-consciousness-of-time-the-rise-of-jair-bolsonaro/>>. Acesso em: 11 nov. 2018.)

Consoante o cálculo efetuado pela Secretaria-Geral da Mesa (SGM), o índice de renovação na Câmara dos Deputados nesta eleição foi de 47,37%, proporcionalmente, a maior renovação desde a eleição da Assembleia Constituinte (1986). A Bancada Sindical caiu de 83 (oitenta e três) para 51 (cinquenta e um) membros. No Senado, essa redução foi ainda mais drástica³⁶⁸.

No âmbito da Frente Parlamentar de Segurança, um grupo de parlamentares ganhou notoriedade pela rubrica de “Bancada da Bala”, ante o endosso de proposições legislativas vocacionadas ao recrudescimento da legislação penal e o patrocínio de interesses da indústria armamentista, sobretudo, a revogação do Estatuto do Desarmamento. Pois bem. Da 55^a para a 56^a legislatura, na Câmara dos Deputados, o grupo aumentou de 35 (trinta e cinco) para 61 (sessenta e um). No Senado, o crescimento foi ainda mais expressivo, atingindo 9 (nove) senadores³⁶⁹. Aliás, não havia senadores do PSL na 55^a Legislatura (2015 a 2019). Na 56^a Legislatura (2019-2023), a Câmara Alta ganhou 4 (quatro) parlamentares da sigla.

Parlamentares tradicionalmente estabilizados na política foram guilhotinados pelo povo brasileiro. Eduardo Suplicy foi eleito para o seu 1^o mandato como senador em 1990. Em 1998, foi eleito para o 2^o mandato. Em 2006, mais uma vez, conquistou um 3^o mandato como senador. Apesar da relativa estabilidade, em 2014, após 24 anos no Senado Federal, Suplicy perde as eleições para um candidato do PSDB, à época, partido representativo da Nova Direita (ou que se opunha à esquerda). O sinal amarelo já sinalizava uma alteração no padrão eleitoral observado nas últimas três eleições. Em 2018, Suplicy é derrotado por um militar filiado ao PSL, sendo este o candidato ao Senado mais votado no estado de São Paulo. A propósito, para a outra Câmara do Parlamento, o mais votado no estado de São Paulo foi Eduardo Bolsonaro (PSL). Em se tratando da Assembleia Legislativa, a recordista de votos, em toda a história, foi Janaína Paschoal, antes sondada para integrar a chapa de Jair Bolsonaro como Vice-Presidente da República e uma das subscritoras do pedido de *impeachment*. De maneira semelhante, a policial Katya Sastre, notabilizada pela legítima defesa exercida em um assalto, teve sua bravura contra a criminalidade sufragada nas urnas. O Pastor Marco

³⁶⁸ As informações foram fornecidas pelo Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar (DIAP). Disponível em: <<https://www.diap.org.br/index.php/noticias/agencia-diap/28525-eleicoes-2018-bancada-sindical-diminui-tera-que-ser-mais-aguerrida>>. Acesso em: 23 out. 2018.

³⁶⁹ Os dados foram extraídos do sítio do Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar (DIAP). Disponível em: <<https://www.diap.org.br/index.php/noticias/agencia-diap/28531-eleicoes-2018-bancada-linha-dura-da-seguranca-publica-cresce-na-camara-e-no-senado>>. Acesso em: 23 out. 2018.

Feliciano, igualmente, figurou entre os mais votados para a Câmara dos Deputados. Por fim, Dilma Rousseff, ex-presidente da República, não foi eleita para o Senado.

Todos os dados apresentados denotam a inequívoca reação social ao estado de coisas, mas também a um secularismo encampado por juízes e Tribunais. Os números demonstram um comportamento eleitoral completamente dissonante daquilo que usualmente se verificava nos pleitos anteriores.

Obviamente, quando se trata de um raciocínio de causação, nem tudo pode ser imputado às decisões judiciais. As manifestações dos Tribunais, sozinhas, não podem desencadear o aumento do conservadorismo no Brasil, mas podem incrementar essa probabilidade como uma importante concausa. Os escândalos de corrupção, aliados à Operação Lava-Jato, também devem ser considerados como importantes concausas no aumento do conservadorismo, à semelhança do que aconteceu na Itália (Operação *Mani Pulite*). De mais a mais, o desgaste de uma raquítica alternância no poder, mesmo em uma República, inflamou o povo brasileiro.

9 CONCLUSÃO

A história do *backlash* é marcada por dois grandes medos. Reza a lenda que Dom Melchor de Concha y Toro, fundador de uma vinícola, estava sendo vítima de furtos na sua bodega. Os vinhos eram subtraídos clandestinamente. Para desencorajar os ladrões, Melchor de Concha difundiu o rumor de que sua bodega era habitada pelo diabo³⁷⁰. O mesmo foi feito por juristas que temiam transformações sociais: a narrativa do *backlash* foi utilizada para desencorajar a propositura de demandas que atraíssem os desacordos morais para a arena judicial. Portanto, o primeiro medo pertencia aos potenciais litigantes.

Porém, a possibilidade de que os litigantes viessem a sentir medo era exatamente o medo de muitos professores e juristas. O receio era o de que, em razão do *backlash*, os Tribunais fossem abandonados enquanto arena de combate na guerra cultural. A razão é das mais simples: instâncias deliberativas como o Parlamento são norteadas por argumentos de política, portanto, o *locus* onde a forma procedimental de decisão é a majoritária. Aliás, não raro, a palavra majoritária é apenas um eufemismo para contraminoritária. No Parlamento, por conseguinte, minorias não têm muitas chances de vencer uma batalha. Lá, só lhes resta o que for generosamente concedido por maiorias altruístas. Situação diferente é quando a batalha se trava no Judiciário, único lugar propício para minorias vencerem maiorias. É isso que assusta juristas mais progressistas: se o vaticínio do *backlash* se confirmar, não haverá mais local favorável para lutar nessa guerra cultural. Em outras palavras, o *backlash* seria como dizer aos russos que eles deveriam combater os franceses no deserto do Saara. Para alguns, aceitar a realidade dolorosa da tese do *backlash* equivaleria até mesmo a eliminar esperanças por um mundo melhor.

Não é correto instrumentalizar a narrativa do *backlash* a serviço do medo, mas também não se pode romantizá-la, de maneira idílica, para ignorar seus riscos reais. Nesse ponto, a Análise Econômica do Direito prestou um grande obséquio ao demonstrar que o *backlash* tem aptidão lesiva para devastar a produtividade das instituições de uma sociedade. Estudos observacionais e longitudinais também evidenciaram que, décadas depois de uma decisão controversa, ainda é possível verificar a presença de perigosíssimos atos de vigilantismo (v.g. *Roe v. Wade*). Ademais, sabendo-se que, muitas vezes, o *backlash* contra decisões judiciais é exteriorizado por meio de instituições (v.g. reações legislativas, atos

³⁷⁰ Esta é a origem do nome que batizou o vinho *Casillero del Diablo*. Disponível em: <<http://www.casilleroeldiablo.com/a-lenda-do-vinho>>. Acesso em: 14 nov. 2018.

arbitrários de *court packing*), é prudente calcular os riscos de uma determinada decisão ultrapassar os limites apontados pela chamada Teoria do Intervalo da Tolerância. Portanto, no que atine à intensidade dessa reação, o *backlash* desafia a 3ª Lei de Newton. Isso porque a intensidade da reação pode superar, e muito, a intensidade da medida judicial indutora da ação reativa.

Logo, quando se fala em *backlash*, para classificá-lo como algo inerentemente bom ou ruim, convém, antes de qualquer coisa, fixar precisamente a que se referem os interlocutores. Há graus dessa reação social. Afirmar que o *backlash* é uma decorrência natural da vindicação de direitos em uma sociedade plural é temerário, porque a morte de pessoas em atentados terroristas ou propostas de extinguir um Tribunal não devem ser vistos com naturalidade. Por outro lado, resistências sociais moderadas podem, sim, ser concebidas como um efeito colateral tolerável em um regime democrático. Mais uma vez, qualquer debate sobre *backlash* deve ter o cuidado de delimitar, previamente, a intensidade do fenômeno objeto de discussão. Uma análise responsável e cientificamente comprometida deve apreciar o fenômeno de maneira realista, não idealista.

Também não se pretendeu, neste trabalho, negar a função contramajoritária dos Tribunais. Há, sim, espaço para que as Cortes contrariem majorias, por exemplo, quando o próprio constituinte originário assim o determina. No entanto, a banalização dessa função tem sido a principal fonte de reações *backlashes*.

Constatou-se que, de fato, a assimilação social de desacordos morais solucionados por mecanismos democráticos (leis e consultas populares) é mais simples do que, comparativamente, quando isso é feito pela via anômala: juízes e Tribunais. Porém, migrando-se do campo da probabilidade para o campo da possibilidade, conclui-se também ser possível que medidas legislativas desafiem reações sociais hostilizantes. Da mesma maneira, é de se reconhecer a possibilidade de Tribunais, porque dotados de uma habilidade ímpar e porque presentes condições muito específicas, decidirem desacordos morais sem inflamar uma reação *backlash*.

Verificou-se que, em alguns casos, decisões judiciais sobre desacordos morais esterilizaram o Parlamento, congelando no tempo o debate parlamentar e gerando um ciclo vicioso difícil de ser rompido. Por que absorver os custos políticos de decidir algo que já foi objeto de decisão por parte de um Tribunal? Porém, ao não legislarem a respeito, parte da

sociedade possui um justo álibi para, a pretexto de observar o cumprimento da lei, negar obediência à decisão do Tribunal. Instaura-se, pois, um ciclo de proteção raquítica a direitos fundamentais. Não se trata, pois, de mera transferência político-decisória, eximindo congressistas de suas responsabilidades. Cuida-se do congelamento no tempo de temas que estavam em fase de maturação, interrompendo esse processo tão caro a uma democracia. Paralisando-se a controvérsia, a curto prazo, tem-se uma improvisada solução. Porém, com grande probabilidade, nada mais se terá além desse improviso inicial, que em muito se assemelha a um nascimento prematuro. Sem a medida judicial pretensamente catalisadora, os debates parlamentares exigiriam um tempo maior, porém, o Parlamento disciplinaria o assunto, perfectibilizando uma proteção completa e desenvolvida.

Quanto ao risco de ocorrência do *backlash*, as evidências colhidas neste trabalho sugerem que ele flutuará em função de múltiplas variáveis: tipo de estado, modelo de federalismo adotado, *design* constitucional, técnica de repartição de competências, juiz natural da causa, espécie de ação judicial que veicula a demanda, temática, grau de organização política da fração social atingida pela decisão, propositura do projeto de lei eventualmente invalidado, características técnicas da decisão, arranjos institucionais, a morfologia da sociedade e até a predileção teórica dos julgadores.

No que concerne ao Brasil, alguns apontamentos merecem ser registrados. Exatamente porque o *backlash* é um objeto típico para estudos observacionais e longitudinais, é cedo para apontar exaustivamente as reações sociais hostilizantes de decisões judiciais já proferidas. Serão necessárias algumas décadas para perceber a dimensão exata destas reações, mormente porque as decisões prolatadas em contextos indutores de *backlash* (desenhos institucionais hipertrofiados, agenda temática mais controversa, surgimento de clivagens partidárias e ideológicas no STF *etc.*) ainda são recentes.

Seja como for, o mundo não gravita em torno dos Tribunais, que não são o epicentro da vida. É um erro atribuir o aumento do conservadorismo da sociedade brasileira unicamente às decisões controversas do Supremo Tribunal Federal, mas é possível dizer que essas decisões atuaram como um fermento no processo de agigantamento conservador. Não causaram, mas inflamaram. Durante os últimos anos, a opinião pública majoritária tem sido uma bússola utilizada pelo STF para trilhar o caminho exatamente oposto ao apontado. Sucessivas vezes, a Corte elegeu a solução antípoda.

Também é possível demonstrar com relativa facilidade que, após a atração de desacordos morais para a arena judicial, o ingresso de lideranças religiosas na política brasileira se tornou estrategicamente ainda mais convidativo, inclusive, rompendo a inércia de parlamentares eclesiásticos já titulares de mandato eletivo. A rigor, o sentimento social conservador é anterior à nova agenda do STF e tem sido hipertrofiado, dia após dia, com o inequívoco posicionamento dessa Corte em favor de um dos lados da guerra cultural.

Muitas decisões controversas do Supremo Tribunal Federal não foram compreendidas pela sociedade brasileira, ante o caráter técnico dos julgados e de suas consequências. Outras sequer foram informadas. Inúmeras decisões potencialmente indutoras de *backlash*, em razão do conteúdo, não tiveram amplitude suficiente para tal, porque restritas à tradicional concepção que vigorava sobre o controle difuso de constitucionalidade. Sendo assim, a reação *backlash*, pelo menos no Brasil, ocorreu de maneira molecular, isto é, rebelando-se contra o perfil decisório de uma Corte, não exatamente de maneira atomizada, vale dizer, como uma contestação individualizada para cada decisão em particular. Conglobadamente, a sociedade deparou-se com uma Corte que tem desconstruído valores civilizatórios ocidentais, o que desencadeou uma reação. A reação *backlash* foi expressa, principalmente, nas 55^a e 56^a legislaturas, bem assim no resultado do pleito presidencial de 2018.

Por fim, o efeito persuasivo do *backlash* é considerável, o que se extrai do êxito de reações a precedentes como *Furman v. Georgia* (EUA) e *Kruzifix-Urteil* (Alemanha), mas também do próprio comportamento estratégico por parte de Ministros como Luís Roberto Barroso, que confessadamente previne reações *backlashes*.

O Brasil ainda vivencia um momento de fetichização dos chamados diálogos interjurisdicionais, descurando-se das vantagens de diálogos interparlamentares. Apesar disso, pelo menos por ora, a célebre tese do professor de Chicago (EUA), já apresentada na introdução a esta dissertação, parece bastante explicativa da realidade brasileira: Tribunais dificilmente operam transformações sociais.

BIBLIOGRAFIA

- AKRIVOPOULOU, Christina. **Liberalizing Abortion in Ireland: The New Legal Framework**, Int'l J. Const. L. Blog, August 1, 2013. Disponível em: <<http://www.iconnectblog.com/2013/08/liberalizing-abortion-in-ireland-the-new-legal-framework>>. Acesso em: 25 jul. 2018.
- ALLOWAY, Lark E. The Crucifix Case: Germany's *Everson v. Board of Education*? **Penn State International Law Review**. v. 15, n. 2, Article 5, 1997.
- ARAÚJO, Thiago Cardoso. Função Pedagógica na Jurisprudência do TCU e Retroalimentação Legislativa. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 15, n. 58, p. 9-30, jul./set. 2017.
- BARROSO, Luís Roberto. **A Judicialização da Vida e o Papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- BARROSO, Luís Roberto. A Razão Sem Voto: o Supremo Tribunal Federal e o Governo da Maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília, v. 5, p. 23-50. Número Especial, 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. **Um Outro País: Transformações no Direito, na Ética e na Agenda do Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- BENVINDO, Juliano Zaiden. Brazil's "False Consciousness of Time": The Rise of Jair Bolsonaro. **International Journal of Constitutional Law Blog**, Nov. 10, 2018. Disponível em: <<http://www.iconnectblog.com/2018/11/brazils-false-consciousness-of-time-the-rise-of-jair-bolsonaro/>>. Acesso em: 11 nov. 2018.
- BERGOGLIO, Jorge e SKORKA, Abraham. **Sobre o Céu e a Terra**. São Paulo: Paralela, 2013.
- BUGARIČ, Bojan. A Crisis of Constitutional Democracy in post-Communist Europe: "Lands in-between" Democracy and Authoritarianism. **International Journal of Constitutional Law**. v. 13, Issue 1, 1 January, pp. 219–245, 2015.
- BUNCHAFT, Maria Eugênia. Constitucionalismo Democrático *versus* Minimalismo Judicial. **Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro, n. 38, p. 154-180, jan./jun. 2011.
- CAMARGO, Marcelo Novelino. **Como os Juízes Decidem: a Influência de Fatores Extrajurídicos sobre o Comportamento Judicial**. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Sociais. Faculdade de Direito. Rio de Janeiro: 2014.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Explicando o Avanço do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal, p. 219-269. In: CLÈVE, Clemerson Mèrlin; FREIRE, Alexandre. (coord.). **Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CASTRO, Marcus Faro de. Análise Jurídica da Política Econômica. **Revista da PGBC**, v. 3, n. 1, jun. 2009.

DESPOSATO, Scott W; INGRAM, Matthew C; LANNES, Osmar P. Power, Composition, and Decision Making: The Behavioral Consequences of Institutional Reform on Brazil's Supremo Tribunal Federal. **The Journal of Law, Economics, and Organization**, v. 31, n. 3, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e Seus Efeitos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida**. Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016.

DWORKIN, Ronald. **Is Democracy Possible Here?** Principles for a New Political Debate. Princeton University Press, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade**. A Leitura Moral da Constituição Norte-Americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança**. Uma Teoria do Controle Judicial de Constitucionalidade. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT Jack; SHVETSOVA, Olga. **The Role of Constitutional Courts in The Establishment and Maintenance of Democratic Systems of Government**. Law and Society Review. v. 35, n. 1, 2001.

ESKRIDGE JR., William N. Backlash Politics: How Constitutional Litigation Has Advanced Marriage Equality In The United States. **Boston University Law Review**. v. 93, pp. 275-323, 2013.

FONTELES, Samuel Sales. Aborto e Microcefalia: Uma Análise Constitucional. **Revista do Ministério Público do Estado de Goiás**. v. 19, p. 09-36, 2016.

FONTELES, Samuel Sales. **Hermenêutica Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2018.

FOWKES, James. **Crisis and its Opposite**: A Reminiscence of Same-Sex Marriage's Most Successful Year (I-CONnect Column). Disponível em: <<http://www.iconnectblog.com/2018/01/crisis-and-its-opposite-a-reminiscence-of-same-sex-marriages-most-successful-year-i-connect-column/>>. Acesso em: 04 nov. 2018.

GIMÉNEZ, Francisca Pou. **Quo vadis, Inter-American Court?** Activism, Backlash and Latin American Constitutionalism, Int'l J. Const. L. Blog, Apr. 11, 2018. Disponível em: <<http://www.iconnectblog.com/2018/04/quo-vadis-inter-american-court-activism-backlash-and-latin-american-constitutionalism-i-connect-column/>>. Acesso em 27 maio 2018.

GREENHOUSE, Linda; SIEGEL, Reva. **Backlash to the Future?** From Roe to Perry (March 13, 2013). UCLA Law Review Discourse, 2013; Yale Law School, Public Law Working Paper n.º 281, 2013.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional.** A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista.** 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

HOLMES, Stephen. SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights.** Why Liberty Depends on Taxes. New York, Norton, 1999.

KERLINGER, Fred Nichols. **Metodologia da Pesquisa em Ciências Sociais.** Um Tratamento Conceitual. São Paulo: Pedagógica e Universitária LTDA, 1910

KLARMAN, Michael. Courts, Social Change and Political Backlash. In: **Hart Lecture at Georgetown Law Center**, March 31, 2011 – Speaker’s Notes, pp. 02. Disponível em: <<http://tinyurl.com/bz4cwqk>>. Acesso em: 01 jul. 2017.

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

KOZICKI, Katya. *Backlash*: as “Reações Contrárias” à Decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 153. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo de; SILVA FILHO, José Carlos Moreira da; PAIXÃO, Cristiano; FONSECA, Livia Gimenes Dias da; RAMPIN, Talita Tatiana Dias. **O Direito Achado na Rua: introdução crítica à justiça de transição na América Latina.** v. 7. Brasília: UnB, 2015.

MADSEN, Mikael Rask; CEBULAK, Pola; WIEBUSCH, Micha. Backlash against International Courts: Explaining the Forms and Patterns of Resistance to International Courts. **International Journal of Law in Context**, 14(2), 2018.

MANNONI, Pierre. **A Psicologia Colectiva.** Portugal: Publicações Europa-América, 1988.

MARMELSTEIN, George. **Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional:** Reações Políticas à Atuação Judicial. Disponível em: <<https://direitosfundamentais.net/2015/09/05/efeito-backlash-da-jurisdicao-constitucional-reacoes-politicas-a-atuacao-judicial/>>. Acesso em: 13 jun. 2018.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação.** Tese de Doutorado. Departamento de Ciência Política, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MORO, Sergio Fernando. A Corte Exemplar: Considerações sobre a Corte de Warren. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 36, p. 337-356, 2001.

MYERS, David. G. **Psicologia Social**. 10. ed. Porto Alegre: AMGH, 2014.

NARDIR Jr., Dominic J. **Embedded Judicial Autonomy: How NGOs and Public Opinion Inuence Indonesia's Constitutional Court**. Doctoral Degree of Philosophy (Political Science) in The University of Michigan (USA), 2018.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. SUPREMO RELATOR. Processo Decisório e Mudanças na Composição do STF nos Governos FHC e Lula. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. v. 27, n. 80, outubro/2012.

POSNER, Richard A. Against Constitutional Theory. **New York University Law Review**, v. 73, April 1998, Number 1.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, vol. 42, pp. 373-433, 2007.

RAPPAPORT, Michael B. Is Proportionality Analysis Consistent with Originalism. University of San Diego School of Law, **Legal Studies Research Paper Series**, Research Paper n. 17-308, 2017.

RAZZO, Francisco. **Contra o Aborto**. Rio de Janeiro: Record, 2017.

REIS, Jane. Retrospectiva 2008: Direito Constitucional. **Revista de Direito do Estado**, v. 13, 2009.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **A Corte de Warren**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **A Côrte Suprema e o Direito Constitucional Americano**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958.

ROE, Mark J. Backlash. **Columbia Law Review**, v. 98, pp. 217-241, 1998.

ROMANO, Santi. **Princípios de Direito Constitucional Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

ROSENBERG, Gerald N. **The Hollow Hope**. Can Courts Bring About Social Change? Second Edition. The University of Chicago Press, 2008.

RUSSEL, Marta. Backlash, the Political Economy, and Structural Exclusion. **21 Berkeley Journal of Employment & Labor Law**, L.35, 2000.

SCALIA, Antonin. **A Matter of Interpretation**. Federal Courts and the Law. Princeton University Press, 1997.

SCRUTON, Roger. **O Que É Conservadorismo**. São Paulo: É Realizações, 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. Um Voto Qualquer? - O Papel do Ministro Relator. **Revista Estudos Institucionais**. v. 1, n. 1. 2015.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. Supremo Tribunal Federal Representativo? O Impacto das Audiências Públicas na Deliberação. **Revista Direito GV**. São Paulo: v. 13, n. 1, p. 226-273, 2017

SOMIN, Ilya. The Limits of Backlash: Assessing the Political Response to Kelo. **George Mason University School of Law Minnesota Law Review**. v. 93, n. 6, pp. 2100-2178, June 2009.

SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos**. Principais Decisões. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SUNSTEIN, Cass R. Backlash's Travels. **University of Chicago Public Law & Legal Theory**. Working Paper Nº. 157, 2007.

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

TĂNĂSESCU, Simina Elena; SELEJAN-GUȚAN, Bianca. Developments in Romanian Constitutional Law. **Global Review of Constitutional Law**. Richard Albert, David Landau, Pietro Faraguna e Simon Drugda Editors. pp. 172-181, 2017, pp. 171. In: Albert, Richard and Landau, David and Faraguna, Pietro and Drugda, Șimon, The I-CONNECT-Clough Center 2016 Global Review of Constitutional Law (August 3, 2017). Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3014378>>. Acesso em: 13 out. 2018.

THOREAU, Henry David. **A Desobediência Civil**. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2016.

TOFFOLI, José Antonio Dias (organizador). **30 Anos da Constituição Brasileira: Democracia, Direitos Fundamentais e Instituições**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

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

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

VLADISAVLJEVIĆ, Nebojša. Popular Protest in Authoritarian Regimes: Evidence from Communist and Post-communist States. **Southeast European and Black Sea Studies**, v. 14, n. 2, pp. 139-157, may, 2014.

WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.