

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UnB
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO

EMÍLIO BALIEIRO DE SOUZA

**O Efeito Backlash e sua contribuição para o aumento do coeficiente
democrático na sociedade**

BRASÍLIA-DF

2023

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UnB
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO

EMÍLIO BALIEIRO DE SOUZA

**O Efeito Backlash e sua contribuição para o aumento do coeficiente
democrático na sociedade**

Dissertação apresentada ao Programa de pósgraduação em Direito - PPGD como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito Constitucional da Universidade de Brasília.

Orientador: Prof. Dr. João Costa-Neto

BRASÍLIA-DF

2023

EMÍLIO BALIEIRO DE SOUZA

O Efeito Backlash e sua contribuição para o aumento do coeficiente democrático na sociedade

Dissertação apresentada ao Programa de pósgraduação em Direito - PPGD como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito Constitucional da Universidade de Brasília.

Aprovado em: 19 de DEZEMBRO de 2023

BANCA EXAMINADORA

Professor Dr. João Costa-Neto
Universidade de Brasília – UnB

Professor Dr. Douglas Antônio Rocha Pinheiro
Universidade de Brasília – UnB

Professor Dr. Saul Coutinho Leal
Instituto de Direito Público – IDP

Professora Dr(a). Eneá Stultz e Leal
Universidade de Brasília – UnB

Dedico e compartilho o sucesso dessa
jornada de conhecimento acadêmico a
minha Mãe, Esposa e Filho, sem os quais
nenhum passo eu teria dado.

AGRADECIMENTOS

A DEUS, por me deixar acordar todos os dias;

Aos familiares, sempre incentivadores dos meus sonhos;

Às Instituições idealizadoras desse belo Projeto Minter: Instituto Federal do Amapá – IFAP, Tribunal de Justiça do Amapá – TJAP e Universidade de Brasília – UnB, sem as quais este momento não seria possível;

Aos Professores, que contribuíram para o crescimento do meu conhecimento científico e intelectual;

Aos amigos que, direta ou indiretamente, sempre me apoiaram e ajudaram a construir o trabalho.

RESUMO

Nos últimos anos, o direito de argumentar e de se contrapor a decisões jurídicas que não correspondam a interesses justos ou morais da sociedade tem feito com que os cidadãos reajam. Porém, o dissenso decorrente, mais do que rever interpretações e revisar conteúdo, termina por estabelecer diálogos com a Corte Constitucional, elevando o exercício da democracia a patamares mais efetivos: o de participação do povo em decisões. O efeito *Backlash* surge nesse contexto como forma de expressar as reações populares às constantes tensões causadas por decisões em sede de jurisdição constitucional. O objetivo deste trabalho é caracterizar o *Backlash* do ponto de vista conceitual e em seu *modus operandi*, sob escopo do Constitucionalismo Democrático. Para tanto, conceituou-se o dissenso em várias perspectivas, enfocando a desobediência civil sob a ótica de juristas e filósofos; foram destacadas teorias relativas ao papel do Poder Judiciário em sua função de Corte Constitucional e de interpretação, bem como o Constitucionalismo Democrático; descreveu-se o fenômeno do *Backlash* em uma perspectiva ampla, mas minuciosa, caracterizando suas formas de expressão e apresentando uma breve análise de casos julgados pela Corte maior que despertaram reações populares. Metodologicamente, a pesquisa é classificada como bibliográfica, tendo sido feitas consultadas às literaturas nacional e internacional sobre a matéria e suas implicações. O tema foi abordado do ponto de vista dedutivo e, ao final, considerou-se que nem todas as manifestações contra decisões jurídicas podem ser caracterizadas como *Backlash*, que esse fenômeno pode variar em intensidade e, finalmente, inferiu-se que seus contornos podem sofrer influências culturais.

Palavras chaves: Efeito *Backlash*, Constitucionalismo Democrático, Supremo Tribunal Federal

ABSTRACT

In recent years, the right to argue and oppose legal decisions that do not correspond to the fair or moral interests of society has caused citizens to react. However, the resulting dissent, more than reviewing interpretations and revising content, ends up establishing dialogues with the Constitutional Court, elevating the exercise of democracy to more effective levels: that of people's participation in decisions. The Backlash effect appears in this context as a way of expressing popular reactions to the constant tensions caused by decisions under constitutional jurisdiction. The objective of this work is to characterize Backlash from a conceptual point of view and in its modus operandi, under the scope of Democratic Constitutionalism. To this end, dissent was conceptualized from various perspectives, focusing on civil disobedience from the perspective of jurists and philosophers; theories relating to the role of the Judiciary in its function as a Constitutional Court and interpretation, as well as Democratic Constitutionalism, were highlighted; the phenomenon of Backlash was described in a broad but detailed perspective, characterizing its forms of expression and presenting a brief analysis of cases judged by the highest court that aroused popular reactions. Methodologically, the research is classified as bibliographic, having consulted national and international literature on the subject and its implications. The topic was approached from a deductive point of view and, in the end, it was considered that not all demonstrations against legal decisions can be characterized as Backlash, that this phenomenon can vary in intensity and, finally, it was inferred that its contours can suffer cultural influences.

Key words: Backlash effect, Democratic Constitutionalism, Federal Supreme Court

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1. DIREITO, SOCIEDADE E FENÔMENOS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	11
1.1. Dissenso	11
1.2. Desobediência Civil	16
1.2.1. Henry David Thoreau – desobediência civil e consciência individual	17
1.2.2. John Rawls – desobediência civil e uma teoria da justiça	19
1.2.3. Hannah Arendt – desobediência civil e crises da República	21
1.2.4. Ronald Myles Dworkin – direitos levados a sério	23
2. BALIZAS TEÓRICAS DO CONSTITUCIONALISMO LIBERAL	25
2.1. Uma Corte de Princípios: Ronald Dworkin e o Juiz Hércules	25
2.2. Minimalismo Judicial de Cass Sunstein – A Corte Amedrontada	32
2.3. Constitucionalismo Popular – a Corte Sem Razão	41
2.4. Constitucionalismo Democrático (Post & Siegel) – A Dialogicidade entre Corte e Sociedade	44
3. BACKLASH: O TODO E AS PARTES	51
3.1 Origem	51
3.2 Conceito	53
3.3 Formas de Manifestação: do conteúdo às expressões	57
3.3.1. Das Expressões propriamente ditas	62
3.4. Backlash e Sociedade	74
3.5. Backlash e Constitucionalismo Democrático	77
3.6. Identificação de <i>Backlashes</i> no Brasil na Visão de Kronka	84
3.6.1. Lei de Anistia - ADPF 153	85
3.6.2. União Homoafetiva no Brasil - ADI N. 4277 e ADPF N.132	98
3.6.3. A Vaquejada - ADI 4.983	92
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS	95
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	98

INTRODUÇÃO

A sociedade atual, caracterizada por traços globalizantes e por pluralidades ainda sem contornos definidos, tem evoluído, independentemente disso, no sentido de fazer valer seus direitos mais elementares, como o de não concordar com decisões acerca de interesses relativos a sua vida ou pelo menos ao aspecto pleno dela.

É óbvio que, apesar de elementar, nos últimos anos esse direito tem aflorado com mais vigor ou, em outras palavras, o exercício desse direito tem começado a se sobressair, instigado por decisões que nem sempre vão ao encontro dos interesses e dos valores compartilhados socialmente.

O que se vem buscando vencer com esse novo ânimo social é a noção do privilégio de decisão concentrado em um órgão, como sempre foi, enquanto a democracia já instalada mantém intactos vários *modus operandi* não condizentes com seu princípio de governo do povo. “Nesse arranjo institucional, o órgão responsável pela jurisdição constitucional passa a exercer um protagonismo central na solução de casos sensíveis que dividem a sociedade, assumindo muitas vezes uma função contramajoritária ora mais conservadora, ora mais progressista”¹. Na maioria dos casos, é nesse pêndulo que se situam as reações maiores.

É claro que a busca da sociedade para fazer valer seus direitos de participar de decisões não significa alterar a necessária estrutura de funcionamento e de controle do Estado, mas sim “abrir” o entendimento no sentido de que a participação do povo em decisões que lhes digam respeito é um dever.

Conforme Marmelstein, “Curiosamente, o órgão judicial costuma ser o árbitro que define os seus próprios limites e possibilidades, seja para ampliar, seja para reduzir o seu âmbito de atuação”. Ao mesmo tempo, é “cada vez mais tênue a linha que divide o que é ‘questão política’ daquilo que pode ser considerado como ‘questão jurídica’ para fins de justificar uma interferência da jurisdição”². A abertura à participação da sociedade muda um pouco esses limites e possibilidades.

¹ MARMELSTEIN, G. Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas ao ativismo judicial. Texto base da palestra proferida durante o *Terceiro Seminário Ítalo-Brasileiro*, p. 3. Bolonha-Itália, 2016. Disponível em: <https://direitosfundamentais.net/> Acesso em: 22 abr 2022.

² MARMELSTEIN, G. Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas ao ativismo judicial. Texto base da palestra proferida durante o *Terceiro Seminário Ítalo-Brasileiro*, p. 3. Bolonha-Itália, 2016. Disponível em: <https://direitosfundamentais.net/> Acesso em: 22 abr 2022

Pois bem, nessa conjuntura em que a sociedade vem buscando desempenhar seu papel de defender seus interesses por diversos meios, o *Backlash* se apresenta como um deles, e seus efeitos vêm cada vez mais ganhando espaço nas diversas formas pelas quais ele pode se expressar.

O ambiente no qual o *Backlash* emerge é o da ascensão do Constitucionalismo. Isso significa que “é cada vez mais comum presenciar decisões judiciais em questões polêmicas gerarem descontentamento popular, levando a uma reação política contrária ao que foi decidido.” É certo que nem sempre se pode prever quais serão as reações a decisões jurídicas, nem quais serão os desdobramentos dessa reação, tanto quanto é certo que as Cortes não podem julgar e decidir pensando em possíveis reações. Mas é fato que a jurisdição constitucional, “mesmo quando assume uma postura ideológica progressista, pode provocar, indiretamente, um crescimento da força política conservadora, que poderá, no limite, levar a um retrocesso social em questões politicamente sensíveis”.³

Este trabalho se insere nesse contexto, tendo como foco o *Backlash*, fenômeno relativamente novo, cujas expressões vêm ganhando espaço não só na relação entre decisões polêmicas da Corte maior e participação popular, como em relação a questões legislativas e até entre os Poderes. Pode-se dizer que, por ter origem no dissenso, o *Backlash* vem se expandido em direções variadas.

O objetivo do estudo é caracterizar o *Backlash* do ponto de vista conceitual e em seu *modus operandi*, sob escopo do Constitucionalismo Democrático. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica, cujo desenvolvimento envolveu consulta às literaturas nacional e internacional sobre o tema e suas implicações. Especificamente, algumas publicações se sobressaíram em relação a outras, por corresponderem mais à visão do que se pretendia desenvolver.

Metodologicamente, a abordagem foi dedutiva, tendo a caracterização proposta sido fechada com a apresentação de exemplos referidos na literatura, como meio de se identificar ou não um expressão de *Backlash*.

³ MARMELSTEIN, G. Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas ao ativismo judicial. Texto base da palestra proferida durante o *Terceiro Seminário Ítalo-Brasileiro*, p. 3. Bolonha-Itália, 2016. Disponível em: <https://direitosfundamentais.net/> Acesso em: 22 abr 2022

1. DIREITO, SOCIEDADE E FENÔMENOS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

O dissenso é considerado a base sobre a qual se desenvolvem os efeitos do fenômeno *Backlash*, foco deste trabalho. Neste momento, apenas para situar conceitualmente o tema em relação ao que vai ser descrito como escopo, apresenta-se o *Backlash*, “uma reação adversa não-desejada à atuação judicial. Para ser mais preciso, é, literalmente, um *contra-ataque* político ao resultado de uma deliberação judicial.”⁴

Tal contra-ataque manifesta-se por meio de determinadas formas de retaliação, que podem ocorrer em várias "frentes": a revisão legislativa de decisões controversas; a interferência política no processo de, quando ocorre esse fenômeno de “reação” às decisões judiciais, “o foco de ataque não é o fundamento jurídico em si da decisão judicial, mas a vertente ideológica que costuma estar por trás do tema decidido. Se a decisão judicial tem um viés conservador, a reação política pode vir de setores progressistas. Se, por outro lado, a decisão for progressista, o contra-ataque virá de setores mais conservadores.”⁵

O *Backlash* é, em si, a exteriorização do dissenso. Existem entendimentos diversos, porém, ao se expedir norma ou ordem que firme uma posição, a contrariedade preexistente emerge.

1.1. Dissenso

De início, vale dizer que o dissenso não só tem um significado amplo, como tem “contornos indefinidos”, com a primeira característica se refletindo na segunda.⁶ Portanto, neste estudo, optou-se por tomar como base para a necessária conceituação complexa e difícil do dissenso, a visão teórica e pragmática de Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino, por se tratar se juristas com uma visão clássica, adaptável a qualquer circunstância.

⁴ MARMELSTEIN, G. Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas ao ativismo judicial. Texto base da palestra proferida durante o *Terceiro Seminário Ítalo-Brasileiro. Bolonha-Itália, 2016*, p. 4, 5. Disponível em: <https://direitosfundamentais.net/2015/05/05/> Acesso em: 22 abr 2022.

⁵ MARMELSTEIN, G. Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas ao ativismo judicial. Texto base da palestra proferida durante o *Terceiro Seminário Ítalo-Brasileiro. Bolonha-Itália, 2016*, p. 5. Disponível em: <https://direitosfundamentais.net/2015/05/05/> Acesso em: 22 abr 2022.

⁶ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política (1909)*. 11 ed. Trad. Carmen C Varriale et al. Brasília: Editora UnB, 1998, p.361.

De início, por ter relação com a não concordância, é comum a confusão entre termos que indicam comportamentos diferentes para negar ou para se opor a algo, para não concordar.

De acordo com Bobbio, um movimento de desacordo não é dissenso. O dissenso existe obviamente antes do “encontro-choque” com a norma, podendo, num segundo momento, se transformar em oposição, em protesto, em desobediência civil e outros. Também pode ser organizado de forma estável, pode necessitar de suporte e pode ser institucional, ainda que de caráter coletivo.⁷

O dissenso pode ter diversas motivações e pode ser justificado por argumentos baseados na ideologia. Teses dissidentes são sempre consideradas mais racionais ou mais justas, uma vez que se baseiam mais no valor dos dissidentes, independentemente de esses valores servirem de base à legitimidade do caso, principalmente em se tratando de algo relacionado ao sistema político. “Na realidade política, [...] esse tipo de dissenso, definível como ‘ideológico’, é acompanhado por um dissenso que tem raízes econômicas ou sociais.” Quando é assim, o argumento ideológico é somente superficial, já que o foco dos interesses mesmo está em determinados interesses específicos de grupos. Então, sob um dissenso ideológico, há um dissenso concreto de interesse. Em sendo uma reação negativa ao sistema político, tem-se que “a desobediência civil e as várias formas de oposição e de protesto são manifestações típicas e mais particulares de dissenso.”⁸

Diversas são os meios pelos quais se pode expressar o dissenso: “[...] pode ser violento, mas também não violento. Individual ou coletivo, a ser apoiado por indivíduos ou por grupos”⁹. Já quanto aos líderes ou protagonistas, eles podem ser de origens sociais distintas, desde camponeses e operários até intelectuais, artistas e escritores. Segundo Rawls, elas variam desde manifestações legais e infrações da lei destinadas a testar os tribunais até ações militantes e resistência organizada.¹⁰

Os graus do dissenso podem ser dispostos em *continuum*, conforme a intensidade do desacordo. Em um dos polos desse *continuum* estariam as formas menos intensas,

⁷ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política (1909)*. 11 ed. Trad. Carmen C Varriale et al. Brasília: Editora UnB, 1998, p. 362.

⁸ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política (1909)*. 11 ed. Trad. Carmen C Varriale et al. Brasília: Editora UnB, 1998, p. 362.

⁹ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política (1909)*. 11 ed. Trad. Carmen C Varriale et al. Brasília: Editora UnB, 1998, p. 362.

¹⁰ RAWLS, J. *A theory of justice*. Cambridge/ Massachusetts: Harvard University Ppress, 999. p. 319.

como desobediência civil, apatia, protesto sem violência e outro; no outro polo, encontravam-se manifestações violentas de oposição.¹¹ Em face disso, o dissenso pode ser entendido como

qualquer forma de desacordo não estavelmente organizado e institucionalizado, sempre mantido dentro de contornos moderados e não violentos, individuais ou coletivos. Segundo este modo de entender, o verdadeiro e autêntico Dissenso teria as suas manifestações típicas em escritos de vários tipos em jornais e revistas, apelos à opinião pública, manifestos, diversas formas de protesto não violento, etc.¹²

Sabendo-se como pode ser (violento ou não violento, individual ou coletivo) e a forma como pode se apresentar (apatia, desobediência civil, oposição ou protesto), o dissenso

[...] tem na publicidade sua principal arma: a eficácia do dissenso está positivamente correlacionada com a força com que os dissidentes conseguem alcançar a opinião pública e, indiretamente, a autoridade política. Certas manifestações até espetaculares de dissenso ou, mais particularmente, de protesto têm até o objetivo de “ser notícia” e, assim, alcançar melhor o próprio objetivo: mobilizar a opinião pública e, conseqüentemente, a autoridade política sobre os temas e os caminhos desejados.¹²

Os meios de comunicações da atualidade possibilitam manifestações de dissenso, entre outras, não só de forma rápida, como a pouco custo. A internet, por meio de aplicativos, possibilita a instantaneidade de manifestações das mais diversas, seja com vídeos ou não, expandindo-as a um alcance incalculável. Nesse sentido, pode-se dizer que, em termos de uso da ferramenta “publicidade”, o dissenso se tornou muito mais eficaz, “a ponto de fazer, por exemplo, com que um líder do Executivo que tenha decidido pela emissão de um decreto com certo teor num dia, altere radicalmente o conteúdo desse decreto no dia seguinte”.¹³

¹¹ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política (1909)*. 11 ed. Trad. Carmen C Varriale et al. Brasília: Editora UnB, 1998, p. 362.

¹² BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política (1909)*. 11 ed. Trad. Carmen C Varriale et al. Brasília: Editora UnB, 1998, p. 362.

¹³ TEDESCO, Flávia. *O Backlash e a legitimação democrática do Judiciário: análise exemplificada pela prisão em segunda instância*. São Paulo: Dialética, 2022, s.l.

Apenas para demonstrar que o dissenso – e a conseqüente reação contrária aos atos emanados por autoridade – não se restringe à esfera econômica, são trazidos como exemplo no Brasil dois temas polêmicos, que foram alvo de dissenso, para esclarecer que ele também pode ter suas causas na moralidade. Os dois temas são: a união homoafetiva e o aborto. Independentemente das razões de cada indivíduo para defender ou condenar uma ou outra causa, nenhuma se lastreia somente em critérios econômicos ou políticos. No caso da união homoafetiva, por exemplo, entre a variedade de argumentos favoráveis e contrários que possam ser apresentados, frequentemente, a opinião se baseia no critério religioso. Alguns segmentos da sociedade traçam a analogia de que Deus criou as macieiras para darem maçãs e assim o homem e a mulher para se portarem de forma heteroafetiva. O argumento religioso também pode ser utilizado em favor da união homoafetiva, ao se invocar a máxima de que as pessoas devem amar ao próximo como a si mesmas. Então, alguém heteroafetivo, que veja no casamento a possibilidade de se alcançar a felicidade também desejaria que pessoa homoafetiva tivesse essa oportunidade de ser feliz. O discurso é religioso e não econômico.

Sobre o aborto, defende-se, que as mulheres que podem pagar cometem o crime em parceria com um médico (de forma segura), enquanto as desprovidas de dinheiro para contratar um profissional cometem o crime de forma perigosa, pondo em risco suas próprias vidas, o que leva à desigualdade entre as mulheres. A busca da legalização da prática é uma tentativa de se equiparar ricas e pobres. Ainda assim, entende-se que o critério é moral e não econômico: não são as mulheres de classe baixa que defendem o crime ou apenas as de classe alta: são as pessoas - homens ou mulheres - que consideram que a atitude não é moralmente repreensível, isto é, que seria um "direito" da mulher optar por não dar à luz o bebê.¹⁴

Anteriormente, já se ponderou que o dissenso antecede o efeito *Backlash*. Como benefício do dissenso e por via direta o *Backlash*, verifica-se que, “em algumas de suas manifestações mais moderadas, o dissenso pode desenvolver uma outra função: contribuir para a manutenção do regime.” Ao solicitar aos dissidentes uma autotroca permanente e oferecer a oportunidade de desabafar as razões existentes de descontentamento entre os membros da sociedade, ele “permite um aumento do grau de

¹⁴ TEDESCO, Flávia. *O Backlash e a legitimação democrática do Judiciário: análise exemplificada pela prisão em segunda instância*. São Paulo: Dialética, 2022, s.l.

legitimidade do próprio regime, uma das condições essenciais para a manutenção dos sistemas políticos.¹⁵

No que tange ao regime político, duas são as características dos regimes que toleram o dissenso: a possibilidade de articulação e de manifestação do dissenso, incluindo o controle do Estado sobre os meios de comunicação; a receptividade do dissenso e dos dissidentes pelo sistema. “O impulso para a mudança pode vir de baixo, ou seja, de atores não oficiais no sistema, ou também dos próprios atores políticos, coletivos ou individuais”.¹⁶

Dworkin afirma que há necessidade de respeito pelo Dissenso. Isso é uma forma de valorizar os desobedientes que agem de forma cidadã ao respeitar o seu senso de moralidade. Aliás, se fosse determinado que sempre se deve cumprir uma lei cuja validade esteja sob dúvida, “a lei a que obedecemos se tornaria menos equitativa e menos justa e a liberdade de nossos cidadãos certamente seria diminuída”¹⁷.

Há casos em que o dissenso tem função diferente, com efeitos mais ou menos desestabilizadores. É quando o grau de legitimidade do sistema político é muito baixo. A insatisfação se generaliza devido a crises econômicas, e o dissenso é expresso em forte oposição, podendo ter características violentas e até de antigoverno. Em síntese, “o dissenso nem sempre é funcional em relação ao sistema; às vezes converte-se em disfunção: depende do campo político em que se desenvolve e das formas e intensidade que assume”.¹⁸

Do exposto, infere-se que se a receptividade ao dissenso for baixa, a tendência é de se radicalizar. Porém, se a receptividade for maior e se o regime se mostrar aberto à autocorreção, maior é a tendência de que o dissenso assuma contornos moderados.

O dissenso faz parte da realidade vivenciada pela sociedade em um Estado Democrático. Desse modo, o receio de uma contraforça às decisões judiciais que

¹⁵ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política (1909)*. 11 ed. Trad. Carmen C Varriale et al. Brasília: Editora UnB, 1998, p. 363.

¹⁶ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política (1909)*. 11 ed. Trad. Carmen C Varriale et al. Brasília: Editora UnB, 1998, p. 363.

¹⁷ DWORKIN, 1978, apud TEDESCO, Flávia. *O Backlash e a legitimação democrática do Judiciário: análise exemplificada pela prisão em segunda instância*. São Paulo: Dialética, 2022, s.l.

¹⁸ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política (1909)*. 11 ed. Trad. Carmen C Varriale et al. Brasília: Editora UnB, 1998, p. 363.

interpretam a Constituição não pode sobrepor-se ao dever do Poder Judiciário de garantir os direitos das minorias.

“O dissenso faz parte dos valores da sociedade e nunca deixará de existir”. O *Backlash*, é um meio de manifestações de dissensos de setores da sociedade relativamente a determinado julgado constitucional. Em suas formas de expressar o dissenso, o *Backlash* implica a participação direta da sociedade e a mobilização de estruturas da sociedade civil organizada, entre outras, sempre como “reações provocadas por uma dada decisão podem estimular disputas acerca dos sentidos da Constituição ampliando a participação, para além da esfera jurisdicional”,¹⁹ poderiam ser objetivos alcançáveis com esta forma de dissenso.

Nesse contexto, um dos efeitos de dissenso mais comumente referidos e associados ao *Backlash* é a desobediência civil, que Boeri define, paradoxalmente a sua origem etimológica, como uma “forma de estabilizar, inclusive, a ordem constitucional que às vezes está sendo burlada e que pode ser um dos meios de romper com a nefasta indolência, sacudindo, mediante violações públicas da lei, a consciência dos indivíduos. Chamar a atenção sobre assuntos conflitivos, instruir o cidadão”.²⁰

1.2. Desobediência Civil

A desobediência civil é referida por alguns doutrinadores como uma dos meio de expressão do efeito *Backlash*, perspectiva adotada neste estudo, vindo daí a necessidade de se aprofundar nas questões envolvidas nesse tema, “posto que diversos são pontos de contato entre os fenômenos, ao que, em algumas circunstâncias, aparenta ser o *Backlash* uma versão repaginada, mais moderna da desobediência civil.”²¹

Para tanto, Flávia Tedesco procurou demonstrar o entendimento da desobediência civil sob o ponto de vista de juristas clássicos, elegendo quatro estudiosos para o desenvolvimento aprofundado do tema em suas raízes e conexões.

¹⁹ JURUENA, Cynthia Gruending; FRAGA, Juliana machado. Backlash democrático e o julgamento da execução provisória da pena após condenação em segunda instância no Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Brasileira*, v. 32, n. 2, p.145-162, 2022, p.152. Disponível em: <https://www.indexlaw.org>. Acesso em: 2 dez 2023.

²⁰ BOERI, Hélio Antonio A. *Desobediência civil: um estudo da resistência como ato ao direito de cidadania*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001, p. 31. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream>. Acesso em: 3 dez 2023.

²¹ TEDESCO, F. *O Backlash e a legitimação democrática do Judiciário: análise exemplificada pela prisão em segunda instância*. Dialética: São Paulo, 2022 (e-book), s.l.

1.2.1. Henry David Thoreau – desobediência civil e consciência individual

Integra o senso comum em sistemas democráticos que a finalidade dos governos é promover o bem-estar ao povo. No entanto, Thoreau afirma que “o próprio governo, que é apenas o modo que o povo escolheu para executar sua vontade, é igualmente suscetível de ser abusado e pervertido antes que o povo possa agir através dele”. Dessa forma, “os governos mostram, assim, com que sucesso os homens podem ser impostos, e até se impõem, para sua própria vantagem”²². Corrompe-se a forma como o povo exerce sua vontade, que é o governo.

Para Thoreau, governos são tão fortes e poderosos que até indivíduos muito bem intencionados se convertem a suas leis, convertendo-se em agentes de injustiças devido a seu respeito, e não por sua deliberada vontade e por sua consciência em relação a isso. Esses indivíduos servem ao Estado tal qual máquinas e, nessa condição, são considerados bons cidadãos pelos governos. Essa subserviência também existe no âmbito jurídico; são os indivíduos “que servem o Estado com a cabeça, como legisladores, políticos, entre outros.” Thoreau explica que, ao contrário desses cidadãos últimos, “a consciência deve estar acima da sociedade”. Para o Estado, são “inimigos” os que agem segundo sua consciência.²³

Thoreau defende sua tese da inevitabilidade de haver uma consciência individual e o dever de lutar pelo que se entende por correto:

O cidadão deve sempre, por um momento, ou em menor grau, renunciar sua consciência ao legislador? Por que todo homem tem consciência, então? Penso que devemos ser homens primeiro e sujeitos depois. Não é desejável cultivar um respeito à lei, tanto quanto ao direito. A única obrigação que tenho o direito de assumir é fazer a qualquer momento o que acho certo.²⁴

Para exemplificar seu entendimento, ele exemplifica, reporta-se à noção de indivíduos bem intencionados que seguem a lei cegamente e se tornam mensageiros de injustiças. Pondera que o fato de ignorarem suas consciências torna-os menos humanos:

²² THOREAU, 1993, apud TEDESCO, F. *O Backlash e a legitimação democrática do Judiciário: análise exemplificada pela prisão em segunda instância*. Dialética: São Paulo, 2022 (e-book), s.l

²³ THOREAU, Henry David. A desobediência civil (1849). Resenha. Victor Carvalho de Filippis; Carolina Voto Batista. *Revista Culturas Jurídicas*, v. 4, n. 8, p.414-423, 2017.. Disponível em: www.culturasjuridicas.com.br. Acesso em: 3 dez 2023, p.415.

²⁴ THOREAU, 1993, apud TEDESCO, F. *O Backlash e a legitimação democrática do Judiciário: análise exemplificada pela prisão em segunda instância*. Dialética: São Paulo, 2022 (e-book), s.l

Um resultado comum de um respeito indevido pela lei é que você pode ver um grupo de soldados, coronel, capitão, cabo, sargentos, carregadores de pólvora e tudo, marchando em admirável ordem sobre a colina e ao encontro das guerras contra sua vontade, sim, contra seu senso comum e suas consciências, o que torna a marcha muito íngreme e produz uma palpitação do coração. Eles não têm dúvida de que é um negócio condenável em que estão envolvidos; eles são todos pacificamente induzidos. Agora, o que são eles? Homens mesmo? ou pequenos fortes e revistas móveis, a serviço de algum homem inescrupuloso no poder?²⁵

Nesse raciocínio, Thoreau esclarece sobre a consciência dos indivíduos, no sentido de que esses têm o dever de agir corretamente, conforme sua compreensão. Assim, a desobediência civil é dever moral a que o Estado não pode se opor, pois aqueles que mesmo desaprovando “o caráter e as medidas de um governo, cedem sua lealdade e apoio (a ele), são sem dúvida seus apoiadores mais conscientes e, com frequência, serão os obstáculos mais sérios à reforma.”²⁶

A desobediência civil é motivada pelo sentimento do que é certo ou é errado, o que é justo ou que é injusto. Por isso, não se considera uma minoria quando ela discorda, mas se omite, frente ao entendimento da maioria; sua discordância acaba por dissolver-se na perspectiva da maioria. Esperar que a maioria se convença para se poder agir é um equívoco. E, desse ponto de vista, pondera:

Existem leis injustas: devemos nos contentar em obedecê-las, ou devemos nos esforçar para corrigi-las e obedecê-las até que tenhamos sucesso, ou devemos transgredi-las de uma só vez? Geralmente, os homens, sob um governo como esse, pensam que devem esperar até convencer a maioria a alterá-las.²⁷

Há críticas a essa tese de Thoreau. Greff e Garabini afirmam que “Thoreau confunde desobediência civil com objeção da consciência”, quando admite a primeira como um ato político que tende a arregimentar pessoas para determinada causa, e a

²⁵ THOREAU, H. D. *A desobediência civil*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/livros/dh/mundo/desobedienciacivil.htm>. Acesso em: 5 dez 2023, s.l.

²⁶ TEDESCO, F. *O Backlash e a legitimação democrática do Judiciário: análise exemplificada pela prisão em segunda instância*. Dialética: São Paulo, 2022 (e-book), s.l.

²⁷ PORTO, Tiago. Devemos obedecer a leis injustas? o direito à desobediência civil em John Rawls. *Peri*, v. 7, n. 1, p. 314-331, 2015, p. 317. Disponível em: <https://ojs.sites.ufsc.br>. Acesso em: 3 dez 2023.

segunda como “um ato de foro íntimo”, que não se pretende noticiar.²⁸ Mas a este trabalho, não importa essa distinção, já que se visa á desobediência civil como ação e, como tal, ela pode derivar do encadeamento de ambas.

Tedesco explica que, no pensamento político de Thoreau, percebe-se uma clara aproximação entre a desobediência civil proposta por ele e o efeito *Backlash*, já que ambos emergem do descontentamento com a política ou com a ordem emanada, tendo como fio condutor a moralidade social. Observa-se, que a reação individual se dá por uma questão de justiça, independentemente dos atingidos/beneficiados pela medida. Mas, ao mesmo tempo, distancia-se do *Backlash*, quando se analisa a intenção que fomenta a desobediência civil: para Thoreau, a ordem injusta deve ser desobedecida apenas por ser contrária à consciência do indivíduo dissonante; no *Backlash*, a modificação da ordem é buscada por meios de pressão exercida por grupos de indivíduos.

1.2.2. John Rawls – desobediência civil e uma teoria da justiça

Tedesco se refere a John Rawls que, na perspectiva político-filosófica, conceitua desobediência civil como “um ato público, não violento, consciencioso, porém político contrário à lei geralmente feito com o objetivo de provocar uma mudança na lei ou nas políticas do governo.”²⁹

Ainda que o alvo de sua teoria seja estruturar uma sociedade justa detentora de instituições públicas funcionais, o filósofo não descarta a prática da desobediência civil por parte dos cidadãos. Mas como uma sociedade constitucional pode abarcar essa prática, visto que a constituição é um reflexo das leis acordadas pelos nossos representantes na posição original? [...] Rawls busca antever de que forma a desobediência civil recorre à legitimidade e ao senso de justiça dos indivíduos do meios social, “vinculando os juízos ponderados e julgamentos dos cidadãos aos princípios políticos esculpados numa constituição justa.”³⁰

Dentro disso, ele propõe ser a desobediência civil “um problema que destaca o conflito do dever de obedecer às leis elaboradas pela maioria e o dever de se opor à

²⁸ GREFF, André Luiz Carvalho; GARABINI, Vânia Mara Basilio. Desobediência civil e objeção de consciência: distinções. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, n. 36, vol. esp., p. 169-181, 2017, p. 172. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br>. Acesso em: 4 dez 2023.

²⁹ RAWLS, 1999, apud TEDESCO, F. *O Backlash e a legitimação democrática do Judiciário: análise exemplificada pela prisão em segunda instância*. Dialética: São Paulo, 2022 (e-book), s.l.

³⁰ PORTO, Tiago. Devemos obedecer a leis injustas? o direito à desobediência civil em John Rawls. *Peri*, v. 7, n. 1, p. 314-331, 2015, p. 319. Disponível em: <https://ojs.sites.ufsc.br>. Acesso em: 3 dez 2023.

injustiça e o direito de defender as liberdades pessoais”.³¹ Segundo a concepção de Rawls, a desobediência civil ocorre em desfavor da atuação legislativa e impõe-se como um dever moral em uma sociedade livre e democrática. Rawls atribui tanta importância à categoria que sugere o dever de previsão constitucional para regulamentá-la. Não chega a ser uma completa inovação no ordenamento jurídico, pois semelhante situação ocorre com a greve, que é prevista e regulamentada como forma de manifestação. “Dissenso é pressionar para obter o resultado esperado”.³²

Nesse sentido, uma teoria constitucional pode explicar a desobediência civil, dividindo-a em três momentos: no primeiro, define-se o tipo de dissidência, comparando com outros modos de oposição à autoridade democrática. Uma teoria pode especificar “o lugar da desobediência civil neste espectro de possibilidades”; no segundo, são expostos os fundamentos e as condições em que ação é justificada em um regime democrático que se pretende justo; no terceiro, explica-se o papel e a significação da desobediência civil em um sistema constitucional e verifica-se a respectiva adequação do modo de protesto em uma sociedade livre.³³

Rawls defende que os casos sejam levados aos tribunais, ou seja, nessa teoria, os tribunais não são alvo da desobediência civil, mas sim, encarregados de solucionar os impasse. “Com certeza, em um regime constitucional, os tribunais podem finalmente ficar do lado dos dissidentes e declarar a lei ou política desobedecida como inconstitucional”. Eventual decisão contrária, por parte dos tribunais não faz o indivíduo autor da desobediência civil desistir.³⁴

Para Rawls, muitas são as diferenças entre a desobediência civil e a objeção de consciência. Entre elas, encontra-se o fato de a objeção da consciência não ser praticada em público; a pessoa apenas se recusa a obedecer a uma lei ou ordem, sem pretensão de mudá-la. Além disso, a objeção de consciência pode ser por questões religiosas e não por princípios políticos. Portanto, desobediência civil é um ato público e individual,

³¹ PORTO, Tiago. Devemos obedecer a leis injustas? o direito à desobediência civil em John Rawls. *Peri*, v. 7, n. 1, p. 314-331, 2015, p. 320. Disponível em: <https://ojs.sites.ufsc.br>. Acesso em: 3 dez 2023.

³² RAWLS, 1999, apud TEDESCO, F. *O Backlash e a legitimação democrática do Judiciário: análise exemplificada pela prisão em segunda instância*. Dialética: São Paulo, 2022 (e-book), s.l.

³³ RAWLS, 1999, apud TEDESCO, F. *O Backlash e a legitimação democrática do Judiciário: análise exemplificada pela prisão em segunda instância*. Dialética: São Paulo, 2022 (e-book), s.l.

³⁴ RAWLS, 1999, apud TEDESCO, F. *O Backlash e a legitimação democrática do Judiciário: análise exemplificada pela prisão em segunda instância*. Dialética: São Paulo, 2022 (e-book), s.l.

relacionado à consciência, que visa alterar a lei ou a ordem injusta.³⁵ Rawls “confere à objeção de consciência a inscrição de um agir adstrito à vontade pessoal e que se amolda ao exercício da autonomia e da defesa de princípios oriundos de doutrinas não políticas: religiosas, filosóficas, pacifista”.³⁶

Desse ponto, infere-se que embora Rawls reconheça que a consciência tem um papel na desobediência civil, como Thoreau defende, diverge dele em relação ao desempenho desse papel, ao elucidar outras questões não política que podem não mover o indivíduo a ações públicas. Essa diferença no papel da consciência defendido por Rawls é que, inclusive, contribui para se estabelecer uma certa diferença entre sua teoria da desobediência civil e o Backlash.

Percebe-se claramente uma diferença entre a teoria da desobediência civil proposta por Rawls e o *Backlash*, tendo em vista que aquela é norteada por uma ato que não apenas é dirigida a princípios públicos, mas, também, é praticado em público, enquanto este, às vezes, pode ser engendrado por meio de conchavos, de forma sigilosa. Assim o *Backlash*, sendo uma forma de pressão, pode ocorrer também por meio de arranjos, ou ainda, ocultando-se sob o manto de busca por justiça, mesmo que o resultado obtido nada tenha a ver com o sentimento do que é justo, idealizado por Rawls em sua teoria.³⁷

1.2.3. Hannah Arendt – desobediência civil e crises da República

Hannah Arendt aborda a desobediência civil no contexto da liberdade política, sendo essa “é imprescindível à vida humana como organizadora da comunidade”. E é nesse ponto que a desobediência civil “não pode ser rejeitada”. Arendt considera que a liberdade só ocorre na política quando existem possibilidades de participação nas decisões de assuntos de interesse, ou de necessidade comuns a um grupo determinado de indivíduos como cidadãos.³⁸

³⁵ TEDESCO, F. *O Backlash e a legitimação democrática do Judiciário: análise exemplificada pela prisão em segunda instância*. Dialética: São Paulo, 2022 (e-book), s.l.

³⁶ RAWLS, 2002, apud PORTO, Tiago. Devemos obedecer a leis injustas? o direito à desobediência civil em John Rawls. *Peri*, v. 7, n. 1, p. 314-331, 2015, p. 320. Disponível em: <https://ojs.sites.ufsc.br>. Acesso em: 3 dez 2023.

³⁷ TEDESCO, F. *O Backlash e a legitimação democrática do Judiciário: análise exemplificada pela prisão em segunda instância*. Dialética: São Paulo, 2022 (e-book), s.l.

³⁸ ARENDT, apud CARDOSO, Sílvio César G. *Hannah Arendt: desobediência civil e liberdade*. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Universidade Federal de pelotas, pelotas, 2017, p. 9, 10. Disponível em: www.guaiaica.ufpel.edu.br Acesso em: 4 dez 2023.

A desobediência civil aparece como uma ferramenta para promover as mudanças almeçadas e consideradas necessárias, ou seja, a alteração de uma realidade com base no interesse de determinada comunidade política, no entanto, pode haver o descontrole entre o anseio por mudanças e a necessidade de estabilidade, ou a vulgarização do conceito de desobediência civil, usados por indivíduos engajados em movimentos organizados com fins privados ou manipulados por ideais ou interesses escusos, os quais poderão conduzir à violência, e à consequente desconfiança e descrédito por parte dos cidadãos. Por isso, Arendt defende a desobediência civil como um ato político, distintamente da transgressão criminosa às leis.³⁹

Para a Arendt, a desobediência civil tem início quando um determinado número de cidadãos está convencido de que os meios mais normais de mudança não mais funcionam e de que as queixas não serão ouvidas, menos ainda respondidas ou também, do contrário, que o governo está prestes a mudar e persiste em modos de ação cuja legalidade e constitucionalidade estão em séria dúvida.⁴⁰

Nessa perspectiva, cogita-se a desobediência civil, porém com fundamentação na Constituição. A Corte Suprema é vista como órgão “capaz de legitimar o comportamento dos desobedientes”, no caso de considerar que a lei é inconstitucional. Como Rawls, Arendt faz a advertência de que não se pode confundir o desobediente civil com o que age por escusa de consciência ou o que duvida da constitucionalidade de uma lei. A desobediência civil só se pode realizar em grupos. Essa é a diferença principal entre a desobediência e a objeção de consciência. Defender a consciência individual ou ato individual, amparado em imperativo individual, como meio de desobediência civil “é impossível porque não há como separar essa desobediência de uma filosofia pessoal.”⁴¹

O problema é que a situação do desobediente civil também não tem analogia pela simples razão de que nunca existe como um único indivíduo; ele pode funcionar e sobreviver apenas como

³⁹ CARDOSO, Silvio César G. *Hannah Arendt: desobediência civil e liberdade*. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Universidade Federal de Pelotas, Pelotas, 2017, p. 11. Disponível em: www.guaiaca.ufpel.edu.br Acesso em: 4 dez 2023.

⁴⁰ ARENDT, 1972, apud TEDESCO, F. *O Backlash e a legitimação democrática do Judiciário: análise exemplificada pela prisão em segunda instância*. Dialética: São Paulo, 2022 (e-book), s.l.

⁴¹ TEDESCO, F. *O Backlash e a legitimação democrática do Judiciário: análise exemplificada pela prisão em segunda instância*. Dialética: São Paulo, 2022 (e-book), s.l.

membro de um grupo. Isso raramente é admitido, e mesmo nesses casos raros, apenas são mencionados marginalmente [...].⁴²

Para Tedesco, a teoria de Arendt é harmônica com o *Backlash* em quase todos os seus vieses, principalmente pelo fato de ser uma reação de grupo que visa modificar uma lei. O *Backlash* vai além, podendo referir-se à modificação de ordem proferida por autoridade.

1.2.4. Ronald Myles Dworkin – direitos levados a sério

Segundo Dworkin, para determinadas pessoas, desobediência por motivo de consciência é a mesma coisa que um desacato à lei. Para essas pessoas, “a desobediência à lei pode ser moralmente justificada, mas insistem que não pode ser legalmente justificada, e eles pensam que decorre desse truísmo que a lei deve ser aplicada.”⁴³

[...] Dworkin não define os institutos da desobediência civil e da objeção de consciência, encarecendo a necessidade de haver dubiedade na lei, para que justifique qualquer dissidência, disciplinando com esse nome todas as formas de descumprimento da lei reconhecendo que, em virtude de algumas leis serem dúbias, e que o governo teria responsabilidade especial em proteger os dissidentes, não há garantias de que possa assegurar-lhe imunidade.⁴⁴

Para Dworkin, citado por Tedesco, do ponto de vista social, por um lado, a sociedade não vai se manter “se tolerar toda e qualquer desobediência”; mas por outro, também “irá desmoronar se tolerar alguma desobediência”.⁴⁵ A lei deve ser aplicada a todos, independentemente dos motivos que levam pessoas a descumprirem-na. Nesse sentido, ele apresenta diretrizes e justificativas aos dissidentes, indicando três possibilidades nas quais o descumprimento da lei deve ser observado pelas autoridades com um olhar mais brando:

⁴² ARENDT, 1972, apud TEDESCO, F. *O Backlash e a legitimação democrática do Judiciário: análise exemplificada pela prisão em segunda instância*. Dialética: São Paulo, 2022 (e-book), s.l.

⁴³ DWORKIN, 1978, apud TEDESCO, F. *O Backlash e a legitimação democrática do Judiciário: análise exemplificada pela prisão em segunda instância*. Dialética: São Paulo, 2022 (e-book), s.l.

⁴⁴ GREFF, André Luiz Carvalho; GARABINI, Vânia Mara Basilio. Desobediência civil e objeção de consciência: distinções. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, n. 36, v. esp., p. 169-181, 2017, p. 173. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br>. Acesso em: 4 dez 2023.

⁴⁵ TEDESCO, F. *O Backlash e a legitimação democrática do Judiciário: análise exemplificada pela prisão em segunda instância*. Dialética: São Paulo, 2022 (e-book), s.l.

a – se a lei for duvidosa, obscura, mas alertando o autor de que nesse caso, melhor seria que se cumprisse a lei, devendo o dissidente “imaginar o pior”; **b** – se a lei for duvidosa, situação na qual o dissidente deveria seguir seu próprio discernimento, fazendo o que desejasse; **c** – sendo a lei duvidosa, e já houvesse uma decisão judicial contrária à dissidência, nos moldes em que o dissidente pretendia cometê-la, proibindo a dissidência, deveria cumprir a lei.⁴⁶

Nos EUA, cidadãos defendem a desobediência civil quando a lei é inválida, e os críticos argumentam, nesse sentido, valendo-se de hipóteses distintas: se a lei é inválida, nenhum crime é cometido, e a sociedade não pode punir; se a lei é válida, um crime foi cometido, e a sociedade deve punir. Mas esse raciocínio não considera que a validade da lei pode ser duvidosa. A Constituição reveste a moralidade social de um aspecto político convencional relevante em termos de validade. Assim, qualquer lei que possa, de alguma forma, problematizar ou comprometer essa moralidade suscita questões constitucionais. Em sendo sério esse problema ou comprometimento, também serão sérias as dúvidas constitucionais.⁴⁷

Greff e Garabini ainda explicam que, em Dworkin, a recusa na aceitação de decisões da Suprema Corte como algo conclusivo constitui um direito social dos indivíduos. Então, é necessário que se distinga o caso do indivíduo que viola sua consciência quando entende que a lei exige que ele faça algo, do caso daquele “que é obrigado a desrespeitar sua consciência mesmo acreditando que a lei não lhe exige isso”. Essa segunda hipótese implica retirar do indivíduo uma das poucas oportunidades que ele tem de mostrar publicamente que uma lei determinada é, segundo ele, inconstitucional.⁴⁸

Por mais que os motivos sejam nobres - validade da lei - eles não afastam a discussão que só ocorre depois do descumprimento da norma considerada inválida/inconstitucional/ injusta. É como se se debatesse que o desobediente civil precisa pensar antes de agir conforme sua consciência, o que indica um desalinhamento com o conceito

⁴⁶ GREFF, André Luiz Carvalho; GARABINI, Vânia Mara Basilio. Desobediência civil e objeção de consciência: distinções. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, n. 36, v. esp., p. 169-181, 2017, p. 173. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br>. Acesso em: 4 dez 2023.

⁴⁷ TEDESCO, F. *O Backlash e a legitimação democrática do Judiciário: análise exemplificada pela prisão em segunda instância*. Dialética: São Paulo, 2022 (e-book), s.l.

⁴⁸ DWORKIN, 1978, apud GREFF, André Luiz Carvalho; GARABINI, Vânia Mara Basilio. Desobediência civil e objeção de consciência: distinções. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, n. 36, v. esp., p. 169-181, 2017, p. 173. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br>. Acesso em: 4 dez 2023.

de desobediência civil. “Enquanto a lei der a impressão de tornar criminosos os atos de dissidência, um homem de consciência correrá perigo”.⁴⁹

Dworkin defende então que a desobediência pode ser individual ou coletiva, buscando o que for justo, preferentemente com respeito à Constituição e até mesmo tratados. Declara que os tribunais deveriam levar essa questão em conta para análise da reprovabilidade da desobediência: se realizada em desfavor de uma lei federal que foi declarada inconstitucional ou cuja constitucionalidade estava sob dúvida no momento da desobediência. Pondera, ainda, que a liberdade e a justiça estariam em risco se os cidadãos não pudessem reagir nesses termos.⁵⁰

Segundo Tedesco, esse ponto do pensamento político de Dworkin diverge do conceito de *Backlash*, cujo foco são as reações contrárias a decisões prolatadas pelo Poder Judiciário. O efeito *Backlash*, além de reagir contra o Poder judicial, também abarca atos (ordens) dos Poderes Executivo e Legislativo. Além disso, a reação *Backlash*, parte do princípio de que o fenômeno só pode ocorrer fundado em meios lícitos, não comportando, dessa forma, qualquer espécie de ilicitude em seu nascedouro; trata-se de direito legítimo da sociedade.⁵¹

Em termos gerais, relativamente às visões dos quatro professores, acima descritas, no entender de Tedesco, “há ponto crucial de divergência entre a teoria de desobediência civil e a ideia que permeia a reação *Backlash*. Para eles, na desobediência civil, o(s) dissidente(s) são incentivados a descumprirem determinação a todos imposta, enquanto no efeito *Backlash*, o dissonante cumpre a norma ou decisão, mas busca meios de pressão para que ela seja superada.

2. BALIZAS TEÓRICAS DO CONSTITUCIONALISMO LIBERAL

2.1. Uma Corte de Princípios: Ronald Dworkin e o Juiz Hércules

⁴⁹ TEDESCO, F. *O Backlash e a legitimação democrática do Judiciário: análise exemplificada pela prisão em segunda instância*. Dialética: São Paulo, 2022 (e-book), s.l

⁵⁰ TEDESCO, F. *O Backlash e a legitimação democrática do Judiciário: análise exemplificada pela prisão em segunda instância*. Dialética: São Paulo, 2022 (e-book), s.l.

⁵¹ TEDESCO, F. *O Backlash e a legitimação democrática do Judiciário: análise exemplificada pela prisão em segunda instância*. Dialética: São Paulo, 2022 (e-book), s.l

A doutrina constitucionalista que aprofundou a investigação acerca das reações políticas e sociais às decisões do Poder Judiciário, tanto a norte-americana, como a brasileira, aponta que o marco teórico inaugural do fenômeno constitucional do *Backlash* pode ser extraído das lições de Ronald Dworkin.

Com efeito, Dworkin, não mencionou expressamente o termo *Backlash*, nem adentrou as origens e as consequências desse fenômeno, mas suas lições sugerem uma variedade de figuras cuja representação se adequa à compreensão do tema. Exemplo disso é a noção de direito como integridade, o “Juiz Hércules” e a concepção do Tribunal como um fórum de princípios. Sobre o juiz,

[...] eu inventei um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre humanas, a quem chamarei de Hércules. Eu suponho que Hércules seja juiz de alguma jurisdição norte-americana representativa. Considero que ele aceita as principais regras não controversas que constituem e regem o direito em sua jurisdição. Em outras palavras, ele aceita que as leis têm o poder geral de criar e extinguir direitos jurídicos, e que os juízes têm o dever geral de seguir as decisões anteriores de seu tribunal ou dos tribunais superiores cujo fundamento racional (*rationale*), como dizem os juristas, aplica-se ao caso em juízo.⁵²

Na teoria constitucional de Ronald Dworkin, sucintamente, em uma democracia, o local ideal para a preservação dos ideais de integridade e de equidade é o Poder Judiciário. Seu pensamento político tem como singularidade o fato de estruturar, no pilar de sua doutrina, a concepção de equidade (todos devem ser tratados de modo uniforme). Para tanto, a discricionariedade judicial deve se fundar na tese da “resposta correta”.⁵³

Segundo essa tese, o julgador deve ponderar os princípios que proporcionem vigorosos argumentos para fundamentar uma decisão, no caso de lacuna legislativa para o caso concreto. Mas essa argumentação não pode isolar a história institucional na qual o juiz e as partes se inserem. Logo, a decisão deve integrar as decisões do presente com as do passado, de modo a construir uma narrativa para o futuro (tal como a metáfora do

⁵² DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Marins Fontes, 2002, p. 165. ⁵³CHUEIRI, V. K. D.; MACEDO, J. A. C. D. Teorias constitucionais progressistas, *Backlash* e vaquejada. *Revista Sequência*, 2018, p. 128. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/s>. Acesso em: 25 abr. 2023.

romance em cadeia). Em suma, para Dworkin, a justiça se embasa nas concepções de integridade e equidade.⁵³

A propósito, Dworkin possui uma visão da função jurisdicional romantizada, ou seja, desenvolvida segundo a concepção descrita de Juiz Hércules, mais precisamente, um “juiz como legislador ocasional e o juiz Hércules, situado entre a descoberta dos direitos nos casos difíceis e a criação”⁵⁴, resultado de sua sabedoria e sagacidade, respectivamente.

De sua parte, o Poder Judiciário é tido como o lugar propício para operar transformações sociais, especialmente pela pouca influência da opinião pública e pela imparcialidade nas análises de desacordos morais⁵⁵. O fenômeno do *Backlash* é inferido dessa visão dworkiniana e apenas de forma indireta. Isso porque, quando Dworkin comparou a forma como os juízes julgam casos de difícil solução ou controversos (*hard cases*) e como deveriam julgá-los, refletiu sobre a utilização de fundamentos políticos nas decisões. Para ele, esses não apenas são possíveis como corretos, caso empregados argumentos de princípios políticos em vez de argumentos de procedimento político.⁵⁶

A explicação é: a fundamentação judicial das decisões políticas pode ser desenvolvida com base em argumentos de princípio político, não em argumentos de procedimento político, cuja distinção é: os primeiros significam recorrer aos direitos políticos de cidadãos individuais, e os segundos, significam a exigência de que “uma decisão particular promova alguma concepção do bem-estar geral ou do interesse público”.⁵⁷

Em síntese, o enfrentamento dos casos difíceis pelo Poder Judiciário é analisado por Ronald Dworkin com base em duas perspectivas interligadas, a prática e a teórica que ele trata de forma “unida”.

⁵³ CHUEIRI, V. K. D.; MACEDO, J. A. C. D. Teorias constitucionais progressistas, Backlash e vaquejada *Revista. Sequência*, 2018, p. 128. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/s>. Acesso em: 25 abr. 2023.

⁵⁴ FELIPE, Bruno F. da Costa. *O juiz como legislador ocasional e o juiz hércules: entre a criação e a descoberta dos direitos nos casos difíceis*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/>. Acesso em: 20 nov 2023

⁵⁵ CHUEIRI, V. K. D.; MACEDO, J. A. C. D. Teorias constitucionais progressistas, Backlash e vaquejada. *Revista Sequência*, 2018, p. 129. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/s>. Acesso em: 25 abr. 2023.

⁵⁶ DWORKIN, R. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p.6.

⁵⁷ DWORKIN, R. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p.6.

A concepção centrada nos direitos supõe que o livro de regras representa as tentativas da comunidade para captar direitos morais e requer que qualquer princípio rejeitado nessas tentativas não tenha nenhum papel na prestação jurisdicional. Assim, um juiz que segue a concepção centrada nos direitos não deve decidir um caso controverso recorrendo a qualquer princípio que seja incompatível com o repertório legal de sua jurisdição.⁵⁸

Segundo ele, o “livro de regras” não é fonte exclusiva de direitos. E assim como a democracia e o constitucionalismo são complementares e como o Poder Judiciário tem legitimidade para deliberar e tomar decisões quanto à implementação de direitos, os juízes podem utilizar princípios morais e políticos compatíveis com a legislação. São decisões políticas baseadas nos referidos argumentos de princípios, que objetivam fornecer a “resposta correta” para a questão controversa concreta.

Ocorre que, na prática, a questão é uma ameaça a essa "resposta correta", por ser comum o entendimento de que decisões políticas não devem ser proferidas por juízes, mas assim, por agentes eleitos pela comunidade, mesmo que esse argumento democrático seja insustentável (nem sempre as deliberações do Poder Legislativo representam a vontade geral da comunidade, mas sim de setores mais influentes e organizados). Mesmo assim, casos controversos devem ser decididos pelos encarregados da função jurisdicional quando não houver legislação específica. O cidadão comum detém a titularidade da demanda de sua pretensão em juízo, como também os grupos minoritários detêm, o que exige decisões políticas com argumentos de princípios⁵⁹. Portanto, o Poder Judiciário não só pode como deve atuar para resolver casos difíceis.

Infere-se portanto, do pensamento do autor, que em uma sociedade democrática o foro mais adequado para discussão dos casos difíceis (hard cases) e a defesa de minorias (função contramajoritária) deva ser exercida pelo órgão mais capacitado para tanto, o Poder Judiciário. Por isso, Dworkin acredita que qualquer crítica ou reação à atuação do Poder Judiciário são, em essência, atos antidemocráticos.

Desse modo, no exercício da função contramajoritária, é irrelevante a influência da opinião pública. “[...] um juiz não pode ser subserviente à opinião pública nem pautado pela mídia. O populismo judicial é tão ruim quanto qualquer outro. Porém, é uma coincidência feliz quando uma decisão judicial vem ao encontro de uma vontade

⁵⁸ DWORKIN, R. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p.16

⁵⁹ DWORKIN, R. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 16.

majoritária da população”.⁶⁰ Nesse sentido, a título de ilustração, se grupos sociais clamam pela internação compulsória de dependentes de drogas, os Tribunais devem defender o direito constitucional à liberdade como trunfo contra as maiorias. Obviamente, a opinião pública não poderia ser norteadora das decisões judiciais, já que os princípios fundamentais, que expressam a exigência de justiça e de equidade, devem prevalecer sobre as diretrizes políticas que representam melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade.

Portanto, decisões judiciais demandam argumentos de princípios, para que haja proteção dos direitos fundamentais das minorias em relação às maiorias. Estabelece-se assim uma função contramajoritária, que tende a incitar a opinião pública amplificada pelo *Backlash*. Sobre o primeiro aspecto, explica-se:

Por meio da função contramajoritária, os direitos fundamentais servem justamente como um “escudo protetor” em face da vontade da dita maioria, isto é, existem justamente para conter a maioria. E essa contenção ocorre quando a Carta Magna estabelece meios para se evitar a imposição da “vontade majoritária” a qualquer custo. Assim, os direitos fundamentais têm como característica o fato de conformarem a atuação do legislador ordinário, em um fenômeno denominado de “paradoxo da democracia”, que, nas palavras de Robert Alexy “se refere ao antigo problema da abolição democrática da democracia”.⁶¹

Relativamente ao segundo aspecto, a opinião amplificada, como já foi dito, o dissenso conta com a publicidade para ter, em parte, sua eficácia, pelo fato de ele estar relacionado com a força da autoridade política, conforme Bobbio.⁶²

Um das críticas possíveis à teoria de Dworkin é a tendência de falta de estabilidade política, visto que decisões políticas por parte dos juízes, sem fundamentos adequados, podem ser perigosas para a democracia. Isso porque, ao se tentar solucionar um problema, outros podem ser desencadeados, como reações políticas e sociais em casos

⁶⁰ BARROSO, Luís R. *Uma aula sobre os limites legítimos da ação do Supremo*. 2015. Disponível em: <https://fundacaofhc.org.br/debates> Acesso em: 1 dez 2023, p. 4.

⁶¹ VINCI, Luciana Vieira D.; VINCI JÚNIOR, Wilson J. *A função contramajoritária dos direitos fundamentais*. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-abr-27>. Acesso em: 1 dez 2023.

⁶² BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política (1909)*. 11 ed.

Trad. Carmen C Varriale et al. Brasília: Editora UnB, 1998, p. 362.

concretos.⁶³ Embora reconheça a importância da estabilidade política, Ronald Dworkin considera que a equidade nas relações sociais é o alicerce estrutural das comunidades políticas, e tal equidade não é prejudicada com a transferência de decisões políticas de uma classe pequena e especial para o Poder Judiciário. Apesar de isso diminuir o poder político de uma parcela da sociedade, ao mesmo tempo incrementa o poder de outra, instrumentalizando o bem geral fundamental em um sistema democrático.

Nesse contexto, o primordial é a demanda de uma pessoa por justiça, que é alcançada por meio de decisões que preservam a integridade de uma comunidade. Ao revés, a falta de justiça proporciona o esfacelamento da comunidade. Para a concretização desse ideal, o Judiciário deve olhar o direito como integridade, o que exige que as decisões sejam fundamentadas em princípios. As justificativas podem e devem ser questionadas pela sociedade, que pode propor a utilização de princípios mais adequados em decisões futuras. Esse processo dialógico constitui o que Dworkin denomina de “fórum de princípios”.⁶⁴

Fonteles entende que a doutrina de Dworkin inadmite uma força persuasiva ao *Backlash* originado da maioria, porque isso já ameaçaria a posição das Cortes como fórum de princípios. Aponta outra possível crítica a esse posicionamento, a qual prestigia vigorosamente a jurisprudência constitucional, ao considerar a possibilidade de uma reação *Backlash* exatamente para corrigir os rumos de um Tribunal, alocando suas razões no campo dos princípios, e não da política. Segundo ele, teoricamente, tanto as argumentações de princípios como a de política podem instigar uma reação hostil, desencadeando convulsões sociais. Defende que decisões fundamentadas em argumentos de política podem agradar a majorias e despertar fúrias de minorias, gerando igualmente, um *Backlash* progressista.⁶⁵

Percebe-se, dessa forma, via de regra, que enquanto a resistência progressista (*Backlash*) desloca suas forças no sentido de suporte decisório para argumentos de princípios, no contraponto, o *Backlash* conservador procura atrair a discussão da decisão

⁶³ CHUEIRI, V. K. D.; MACEDO, J. A. C. D. Teorias constitucionais progressistas, *Backlash* e vaquejada *Revista. Sequência*, 2018, p. 130. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/>. Acesso em: 25 abr. 2023.

⁶⁴ CHUEIRI, V. K. D.; MACEDO, J. A. C. D. Teorias constitucionais progressistas, *Backlash* e vaquejada *Revista. Sequência*, 2018, p. 131. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/>. Acesso em: 25 abr. 2023.

⁶⁵ FONTELES, S. S. *Direito e Backlash*. Salvador: JusPodivm 2019, p. 46.

para o argumento de política. Apesar de os argumentos de princípios terem maior aptidão para inflamar um *Backlash* do que argumentos políticos, o descontentamento social, que é inerente à função judicial, independe da espécie de argumentação. Ainda que em pequena escala, pode ocorrer *Backlash* progressista, reivindicando, em essência, que o Tribunal seja um fórum de princípios, mas sem pôr em risco a autoridade das decisões judiciais e, como corolário, o próprio Estado de Direito.⁶⁶

Não se pode olvidar da distinção entre dois modelos de democracia elaborados por Ronald Dworkin: a “majoritarista” e a coparticipativa. Naquela, a maioria detém o poder político fundamental para solucionar questões controvertidas em nome de toda a sociedade; nessa, como a democracia é o governo de todas as pessoas atuando como parceiras, a maioria somente tem autoridade moral para decidir questões controversas se as instituições, por meio das quais governe, sejam suficientemente legítimas.⁶⁸

Sintetizando: “A concepção majoritarista define democracia de modo puramente procedimental. No entanto, a concepção coparticipativa liga a democracia às restrições substantivas das condições de legitimidade”. Assim, pela visão coparticipativa, o controle judicial de constitucionalidade é uma das várias estratégias possíveis “[...] para aperfeiçoar a legitimidade do governo - protegendo a independência ética de uma minoria, por exemplo - e, assim, assegurar o direito moral da maioria de impor sua vontade a outros assuntos”⁶⁷. Desse modo, o Poder Judiciário é detentor de legitimidade democrática para solucionar questões controversas, mesmo que contrarie os interesses da maioria.

Apesar da relevância da estabilidade política, a concretização dos direitos fundamentais é uma atribuição do Poder Judiciário que se revela como trunfo das minorias, independente de eventuais reações a determinada decisão. É por isso que o Juiz

⁶⁶ FONTELES, S. S. *Direito e Backlash*. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2018, p.35 . Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br> Acesso em: 2 dez 2023. ⁶⁸ DWORKIN, R. *A raposa e o porco espinho: justiça e valor*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 585-587.

⁶⁷ DWORKIN, R. R. *A raposa e o porco espinho: justiça e valor*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 587, 589.

Hércules não pode se deixar influenciar pelas reações políticas e sociais, mas sim, fortalecer os ideais de justiça, de igualdade e de integridade da comunidade.⁶⁸

Então, desse ponto de vista, o *Backlash* é inimigo que afronta a autoridade do juiz e deteriora os dois pilares que a sustentam: respeito e obediência. Em sendo assim, depreende-se do pensamento político de Ronald Dworkin, que qualquer modalidade de *Backlash* provoca risco à justiça.

Esse marco teórico é caracterizado pelo fato de, apesar de o fenômeno do *Backlash* ser visto com um obstáculo ao exercício da jurisdição, os juízes são encorajados a enfrentá-lo com ousadia. Trata-se de um efeito colateral a ser superado, visto não ser inibitório a decisões justas, igualitárias e integras; “[...] porque não seria dado ao Judiciário caminhar de mãos dadas com o populismo, tampouco fazer aliança com a demagogia”⁶⁹. Mesmo que as reações sociais e a opinião pública hegemônica possam desgastar e subjugar a independência do Poder Judiciário, corroendo o Estado de Direito, a ocorrência do *Backlash* deve ser combatida pelos juízes.

Em suma, embora Ronald Dworkin não tenha discorrido especificamente sobre o *Backlash*, o protagonismo judicial e a função contramajoritária desenvolvidas em seu trabalho possibilitam entender que o Poder Judiciário não deve ser influenciado pelas reações de grupos majoritários, mas sim enfrentá-las e superá-las, circunstância que contraria a perspectiva minimalista, enxergando a ocorrência *Backlash* como efeito colateral a ser evitado.

2.2. Minimalismo Judicial de Cass Sunstein – A Corte Amedrontada

A concepção de minimalismo judicial desenvolvida por Cass Sunstein, em sua elaboração conceitual, defende que a atuação judicial em casos controversos (*hard case*) deve ser pautada pela prudência do julgador. Recomenda que a decisão tomada no caso

⁶⁸ CHUEIRI, V. K. D.; MACEDO, J. A. C. D. Teorias constitucionais progressistas, Backlash e vaquejada *Revista. Sequência*, 2018, p. 131. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/>. Acesso em: 25 abr. 2023 ⁷¹ FONTELES, S.S. *Direito e Backlash*. Salvador: JusPodivm 2019, p. 47.

⁶⁹ DWORKIN, R. *O direito da liberdade*. A leitura moral da constituição Norte-Americana. São Paulo; Martins Fontes, 2006, p.67.

concreto seja tímida, mais retraída, para evitar os refluxos da sociedade e, como consequência, o efeito *Backlash*, uma atuação mínima do poder judicial.⁷⁰

Segundo esse constitucionalista, apesar de a defesa e a efetivação dos direitos serem prerrogativas de todos os Poderes, o protagonista dos debates públicos é o Poder Legislativo. Logo, para Cass Sunstein, diferentemente de Dworkin, a principal arena para a implantação de direitos não é o Poder Judiciário, mas sim, o Legislativo.⁷¹

Sendo assim, caberia ao Poder Judiciário a proteção da sadia deliberação pública, garantindo a liberdade de informação, comunicação e expressão. Não deveria haver uma postura proativa desse Poder, pois pode causar interferência na democracia, fundamentada em deliberações da sociedade em geral.

[...] sua defesa do minimalismo judicial reivindica, ao longo do tempo, uma forma mais radical, sugerindo um “encolhimento” maior do papel do Judiciário, especialmente em questões controversas. Isso se dá em razão do seu compromisso com a democracia como autogoverno coletivo – nos primeiros trabalhos – e com a democracia deliberativa.⁷²

Essa contenção se mostra mais relevante em casos difíceis e questões controversas de ordem moral e política, visto haver um comprometimento deste com a democracia deliberativa. Nessa ótica, defende-se uma atuação mais contida das cortes (juízes), adotando-se o comportamento das virtudes passivas de Alexander Bickel, principalmente em casos em que se podem intensificar desacordos morais. Ele defende a adequada prudência, a sensibilidade política e o silêncio das Cortes Constitucionais. “[...] Seu isolamento e o maravilhoso mistério do tempo dão às Cortes a capacidade de apelar às melhores naturezas dos homens”.⁷³

⁷⁰ SUNSTEIN, 1993, apud CHUEIRI, V. K. D.; MACEDO, J. A. C. D. Teorias constitucionais progressistas, *Backlash e vaquejada Revista. Sequência*, 2018, p. 132. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/>. Acesso em: 25 abr. 2023.

⁷¹ SUNSTEIN, 1993, apud CHUEIRI, V. K. D.; MACEDO, J. A. C. D. Teorias constitucionais progressistas, *Backlash e vaquejada Revista. Sequência*, 2018, p. 140. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/>. Acesso em: 25 abr. 2023.

⁷² CHUEIRI, V. K. D.; MACEDO, J. A. C. D. Teorias constitucionais progressistas, *Backlash e vaquejada Revista. Sequência*, 2018, p. 133. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/>. Acesso em: 25 abr. 2023.

⁷³ BICKEL, A.M. *The least dangerous branch*. New Haven: Yale University Press, 1986, p.86.

Para Bickel, há dois vetores de interpretação judicial: princípios e juízo de conveniência e oportunidade. O primeiro é rígido e refere-se à capacidade institucional máxima do Poder Judiciário. Todavia, não recomenda que essa seja imposta à força; devem ser buscadas soluções no vetor de conveniência e oportunidade, para se avaliar o melhor momento para a decisão. Desse modo, há o estímulo dos processos deliberativos na sociedade, não sendo preciso que o Judiciário legitime as inconstitucionalidades.⁷⁴

Vê-se que Cass Sunstein busca desenvolver, em sua teoria do Minimalismo judicial, as concepções de virtudes passivas de Bickel, contrapondo-se, dessa forma, ao ativismo judicial. Entende o Professor, que ao agir mais contidamente em seus pronunciamentos judiciais, os Magistrados enfrentariam menos reações a suas decisões, não desencadeando possíveis convulsões sociais.

Logo, o silêncio e a paciência para solucionar determinada questão podem representar uma estratégia eficiente para a efetividade da decisão, pois podem conferir maior qualidade e autoridade e evitar reações sociais. Decidir /não decidir, por meio das ferramentas processuais das virtudes passivas, pode conferir maior efetividade a determinado resultado.⁷⁵

Outro comportamento desejável em casos complexos e sensíveis é a objetividade das decisões. Se elas não forem extensas (raciocínio horizontal) nem profundas (raciocínio vertical), haverá uma pequena margem para erros judiciais. Segundo Sunstein, há casos em que os Tribunais não possuem capacidade institucional para apreciar conteúdos controversos, que exigem conhecimento técnico e científico. Também verificam-se lacunas quando há divergência substancial entre os integrantes do colegiado ou na iminência de uma reação muito negativa da opinião (*Backlash*).⁷⁶

Para essa corrente teórica as decisões judiciais lastreada em argumentações hipotéticas profundas são desnecessárias para fundamentar a resposta do Juízo. Entendem ser possível solucionar questões controversas de forma simples, mesmo com

⁷⁴ RAMALHO, A. S. *Backlash* Cibernético: as reações políticas e sociais à jurisdição constitucional na sociedade virtual. São Paulo: Dialética, 2022, p. 65.

⁷⁵ FONTELES, S. S. *Direito e Backlash*. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2018, p.36. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br> Acesso em: 2 dez 2023.

⁷⁶ SUNSTEIN, C. *Constitutional Personae: heroes, soldiers, minimalists, and mutes*. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 60-61.

divergências.⁷⁷ Isto porque “[...] as pessoas podem concordar com resultados específicos, mesmo quando discordam dos valores fundamentais que os explicam.”⁷⁸

Assim, prudência e moderação são exigidos dos julgadores quando se defrontarem com casos difíceis, conforme recomenda a corrente do minimalista judicial, evitando elastecer, ou invocar, controvérsias não suscitadas no horizonte da lide, assim como, deve abster-se de uma incursão meritória com uma profundidade desnecessária. Samuel Fonteles resume que, para o minimalismo, como dito, silenciar é uma postura positiva e a passividade uma virtude, não havendo “[...] utilidade na apreciação de aspectos diversos sobre os quais o juiz é provocado a se manifestar, que só resulta em exposição desnecessária.”⁷⁹

Objetivamente, no minimalismo judicial, pondera-se, pontualmente, a necessidade de o Poder Judiciário se preocupar com as reações sociais ao proferir uma decisão. Apesar de, *a priori*, a influência de reações populares representar um atentado à autonomia judicial em um sistema constitucional, por razões consequencialistas e epistêmicas, em determinadas circunstâncias, é adequado os juízes avaliarem as possíveis reações sociais. Nesse sentido, três tipos de comportamento de juízes são citados, todos com limitações:

O primeiro seria o juiz kantiano, o qual profere a decisão correta independentemente das consequências. Hércules de Dworkin, com certeza seria um juiz dessa linha, um juiz herói. O segundo exemplo é o juiz Bentham que leva em consideração as possíveis consequências de suas decisões antes de tomá-las e, por isso, é considerado um consequencialista. O terceiro, é o juiz Condorcet o qual crê que o público pode prover informações relevantes para conhecer qual é a resposta mais correta a respeito do tema. Ele entende que a indignação do público pode ser um indício de qual é a melhor resposta. Suas preocupações são de ordem epistêmica.⁸⁰

⁷⁷ CHUEIRI, V. K. D.; MACEDO, J. A. C. D. Teorias constitucionais progressistas, Backlash e vaquejada *Revista. Sequência*, 2018, p. 134. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/>. Acesso em: 25 abr. 2023.

⁷⁸ SUNSTEIN, C. *Legal Reasoning and political conflict*. 2.ed New York: Oxford University Press, 2018, p. 11.

⁷⁹ FONTELES, S. S. *Direito e Backlash*. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2018, p. 36. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br> Acesso em: 2 dez 2023.

⁸⁰ CHUEIRI, V. K. D.; MACEDO, J. A. C. D. Teorias constitucionais progressistas, Backlash e vaquejada *Revista. Sequência*, 2018, p. 135. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/>. Acesso em: 25 abr. 2023. ⁸⁶ SUNSTEIN, C. If people would be outgraded by their rulings, should judges care. 60 *Stanford Law*

Do ponto de vista consequencialista, quando uma decisão demonstrar possíveis resultados catastróficos, os juízes devem considerar as consequências. Pressupõe-se que as decisões têm relação de dependência com os efeitos. Para Sunstein, “[...] é tentador rejeitar essa suposição e pensar que os juízes devem atuar como bem entenderem, mesmo que o céu caia. Mas, se o céu realmente caísse, talvez os juízes não deveriam atuar como bem entendessem”. Do ponto de vista epistêmico, a humildade dos julgadores é o aspecto central, por ser inviável os juízes acreditarem que sempre têm razão em suas decisões referentes ao significado da Constituição; uma reação pública intensa pode trazer informações relevantes sobre o grau de acerto de suas conclusões.

Cass Sunstein considera, dessa forma, que apesar do comportamento kantiano dever ser a regra geral, há casos específicos em que a desatenção dos juízes quanto às reações sociais pode provocar consequências nefastas.⁸¹

Mas há outras razões menos fortes para justificar a atenção dos juízes a possíveis reações à sua decisão, com base na “reprodução de visões desinformadas” na sociedade, as quais podem ser resultado de: enviesamentos sistemáticos, efeito cascata ou efeito dominó em termos de informação e polarização dos grupos, causando posicionamentos extremos.⁸² Equívoco sistemático implica compreensões errôneas pela maioria da sociedade, por fatores como falta de conhecimento técnico e por preconceitos em relação ao tema. Cascatas informacionais consistem no poder de influência que a compreensão de um indivíduo tem sobre outros que não têm convicção formada, nem conhecimento suficiente sobre a questão. A maioria das pessoas é a favor ou contra determinado assunto, porque confia na opinião de outros indivíduos, não por ter opinião própria.⁸³ A polarização, como já dito, divide as opiniões em extremos. Essas reações prejudicam o comportamento do tipo Condorcet

Revue, n. 155, 2007. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/> Acesso em: 23 abr. 2023, p. 13.

⁸¹ SUNSTEIN, C. If people would be outgraded by their rulings, should judges care. 60 *Stanford Law Review*, n.155, 2007. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/> Acesso em: 23 abr. 2023, p. 13-14.

⁸² CHUEIRI, V. K. D.; MACEDO, J. A. C. D. Teorias constitucionais progressistas, Backlash e vaquejada *Revista*.

Sequência, 2018, p. 135. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/>. Acesso em: 25 abr. 2023

⁸³ SUNSTEIN, C. If people would be outgraded by their rulings, should judges care. 60 *Stanford Law Review*, n.155, 2007. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/> Acesso em: 23 abr. 2023, p.34.

Mas de todas essas patologias, a cascata informacional é talvez a mais prejudicial à espontaneidade das reações sociais, porque geralmente são objeto de manipulações deliberadas por parte de “grupos” que buscam ampliar e influenciar a opinião pública, principalmente pelas mídias sociais.

Cascatas podem ser espontâneas ou deliberadamente induzidas. Cascatas espontâneas surgem porque alguns primeiros indutores expressam a sua opinião de uma forma proeminente; esses primeiros indutores faz aumentar a importância das decisões do Tribunal e pode, eventualmente, produzir indignação generalizada. Alternativamente, os atores políticos nos setores público ou privado podem trabalhar muito duro para produzir um efeito de cascata, usando as mídias sociais para gerar humilhação pública. É fácil imaginar "empresários de opiniões", que tomam como sua tarefa inculcar uma certa visão do significado constitucional, e difundir essa visão em toda parte. Em ambos os casos, não há nenhuma razão particular para confiar nos julgamentos aparentes de grandes grupos por motivos condorcetianos. Por hipótese, tais grupos estão respondendo as crenças de apenas alguns.⁸⁴

Há casos, todavia, em que o comportamento kantiano é mais considerado, mesmo que tenha um viés consequencialista. É que a função pública dos julgadores exige uma postura de moralidade: a sociedade espera que os juízes decidam de forma imparcial e sem a influência das pressões sociais, e o descumprimento dessa expectativa pode por si só desencadear reações sociais contra a decisão.⁸⁵

Para Condorcet, as chances de uma decisão ser correta crescem proporcionalmente ao número de pessoas que apreciarão a questão, considerando que a tendência dos julgadores é tomar a decisão correta. Mas essa lógica possui limitações, porque grandes grupos podem incorrer nas patologias (equivocos sistemáticos, cascatas informacionais (*fake news*) e polarização, já descritos). Ou seja, não há garantia de que a opinião pública atestará a correção de uma decisão.⁸⁶

⁸⁴ SUNSTEIN, C. If people would be outgraded by their rulings, should judges care. 60 *Stanford Law Review* 155, 2007. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/> Acesso em: 23 abr. 2023, p.34.

⁸⁵ SUNSTEIN, C. If people would be outgraded by their rulings, should judges care. 60 *Stanford Law Review* 155, 2007. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/> Acesso em: 23 abr. 2023, p. 25.

⁸⁶ NINO, C.S. *La constitución de la democracia deliberativa*. Trad. Roberto P. Saba. Barcelona: Gedisa, 2003, p. 178 e 395.

Resumidamente, conforme Sunstein, a postura minimalista deve ser adotada apenas em circunstâncias bastante específicas, quando as reações sociais apresentarem grande potencial de provocar danos graves. Reações sociais, via de regra, são irrelevantes; a objeção consequencialista é convincente. Em circunstâncias imagináveis, no entanto, juízes podem legitimamente considerar a reação pública, porque e na medida que as consequências importam, e porque as reações sociais fornecem informações sobre a interpretação adequada da Constituição.⁸⁷

Como explicado acima, o grande problema a ser enfrentado por essa teoria é a sua incapacidade de dar proteção aos direitos das minorias, ou, até mesmo, às vezes, uma abordagem insensível às respectivas reivindicações políticas e sociais, que são urgentes e deveriam ser reconhecidas de maneira imediata.⁸⁸ Nesse sentido, Maria Eugênia Bunchaft esclarece que “[...]o uso construtivo do silêncio na apreciação de teorias abstratas e profundas somente revela-se eficaz quando o processo democrático cumpriu seu papel inclusivo, respeitando as condições de abertura e participação de minorias.”⁸⁹

Pelo visto acima, o argumento do minimalismo judicial apenas tem eficácia nas hipóteses em que o processo democrático é inclusivo e sensível. Isso porque, quando as condições de abertura e participação popular não são acolhidas, o Poder Judiciário deve atuar ativamente para resguardar os direitos fundamentais de minorias, cujas pretensões normativas foram reprimidas no processo democrático.

Porém, desde que defendeu ser o *Backlash* algo a ser calculado e estrategicamente evitado, a teoria do minimalismo judicial foi alvo de críticas:

Robert Post e Reva Siegel sustentam que, muitas vezes, minorias estigmatizadas e movimentos sociais pressionam o Judiciário a interpretar a Constituição de forma juridicamente sensível a suas pretensões. De fato, questões morais controversas podem suscitar a oposição dos cidadãos. Para o Constitucionalismo Democrático de Robert Post e Reva Siegel, todavia, a ampliação do ativismo jurisdicional na resolução de questões morais

⁸⁷ SUNSTEIN, C. *ireitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media60 Stanford Law Review* 155, 2007. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/> Acesso em: 23 abr. 2023, p. 56.

⁸⁸ CHUEIRI, V. K. D.; MACEDO, J. A. C. D. Teorias constitucionais progressistas, Backlash e vaquejada *Revista. Sequência*, 2018, p. 137. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/>. Acesso em: 25 abr. 2023 ⁹⁵ BUNCHAFT, M. E. Minimalismo judicial, constitucionalismo democrático: uma reflexão sobre direitos de minorias sexuais na jurisprudência da Suprema Corte Norte Americana. *Revista Novos Estudos Jurídicoeletrônica*, v. 19, n.1, 2014. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/>. Acesso em: 23 abr 2023, p.149.

⁸⁹ BUNCHAFT, M. E. Constitucionalismo democrático versus minimalismo judicial. *Direito, Estado e Sociedade* n.38, p. 154 – 180, 2011. Disponível em: www.direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/ Acesso em: 2 dez 2023.

controvertidas podem ter efeitos positivos para uma cultura constitucional, contrapondo-se ao argumento minimalista de Cass Sunstein.⁹⁰

Em resposta, Sunstein explicou que o comportamento das Cortes frente ao *Backlash* depende das características sociais e da forma como a Constituição é vista/interpretada pela sociedade. Necessariamente, não há um posicionamento certo ou errado.⁹⁷ E para demonstrar sua tese quanto à possibilidade de situações diferentes sem uma conclusão absoluta, analisou o *Backlash* em “quatro mundos artificiais”, explorando os fundamentos das respectivas visões.

Fonteles descreve:

1) Olimpo - nação em que os julgamentos judiciais são confiavelmente corretos de um ponto de vista relevante, e a oposição pública sobre eles, quando existe, é certamente equivocada. O significado constitucional deve envolver julgamentos morais, realizados pelo Poder Judiciário, enquanto a opinião popular tende a ser ilegítima e fraca. Não deve haver preocupação dos Tribunais com o *Backlash*, porque eles estão cumprindo o papel de intérprete da Constituição. Samuel Fonteles relaciona o mundo do Olimpo ao pensamento político de Dworkin, onde habita o Juiz Hércules e se realiza a leitura moral da Constituição. Aí, a regra é de indiferença ao *Backlash*;

2) Terra do Anciãos - onde o sentido da Constituição é original, extraído a intenção do constituinte ou o significado das palavras tais como utilizadas à época em que foram promulgadas. Todos os juízes são inequívoca e conscientemente originalistas, a Corte Constitucional é altamente especializada no sentido constitucional, e a sociedade é incapaz de interpretar a Constituição. Eventuais reações públicas ocorrem quando percepções de julgamentos de política e princípios da sociedade são rejeitados na apreciação da Corte quanto ao sentido original da Constituição, embora eles sejam juridicamente válidos e aqueles, legalmente irrelevantes. As Cortes Constitucionais não consideram o risco de *Backlash*, nem a opinião popular acerca do significado da Constituição;

3) Terra de Lockner - aqui, o sentido constitucional provém de julgamentos políticos ou morais do intérprete. Quem interpreta a Constituição tem dever de fidelidade às

⁹⁰ SUNSTEIN, C. *Backlash's travels*. *Law & Legal Theory*. Working Paper n°, 157, 2007.

matérias legais relevantes, não podendo ser árbitros política ou moralmente independentes. No entanto, as ambiguidades e lacunas do Direito acabam permitindo julgamentos discricionários, que levam em consideração princípios e questões políticas, apesar de não haver a liberdade para tanto. O ponto de vista dos juízes sobre princípios e política é frágil, desafiando uma indignação pública fundada em premissas mais racionais, de modo que o julgamento público é superior ao dos juízes. Os erros judiciais são inevitáveis, e a atenção para com o *Backlash* é mais útil e o fenômeno visto com mais deferência, pois pode levar as Cortes a melhores caminhos;

4) Atenas – terra em que há uma democracia imaginária e em bom funcionamento. Juízes julgam de maneira refletida, bem fundamentada, com responsabilidade e transparência. Considerando essas circunstâncias, as Cortes Constitucionais necessitam precaver-se do efeito *Backlash* independentemente dos erros e acertos dos magistrados, pois sempre haverá decisões manifestamente boas ou ruins. Também não significa que o povo está sempre correto. O motivo para a cautela do tribunal quanto à possibilidade de *Backlash* é que o fenômeno espelha o entendimento da sociedade sobre temas sensíveis, bem como a melhor concepção acerca dos direitos fundamentais, e por isso, essas opiniões devem ser respeitadas.⁹¹

Voltando à realidade do mundo contemporâneo, Sunstein conclui que ela não se subsumi perfeitamente a nenhum tipo ideal; por isso, não é possível responder sobre a atuação judicial ante o *Backlash* sem uma análise normativa e empírica.

Para Samuel Fonteles, embora a preferência de Sunstein seja pelo minimalismo, não é possível afirmar que ele defende a adequação dessa abordagem a qualquer caso em exame, pois reconhece, de forma excepcional, que o maximalismo pode ser adotado como postura judicial. Assim, sua posição quanto ao *Backlash* é relativamente inconclusiva, de maneira utilitarista. Segundo Sunstein, a Suprema Corte Americana não é o Olimpo nem a Terra dos Anciãos. Por isso, deve-se considerar o risco de *Backlash*, calculando custos e ganhos de eventuais decisões desafiadoras de uma revolta social.⁹²

⁹¹ FONTELES, S. S. *Direito e Backlash*. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2018, p. 37,38. . Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br> Acesso em: 2 dez 2023. ⁹⁹ SUNSTEIN, C. C. *Backlash's travels*. *Law & Legal Theory*. Working Paper n^o, 157, p. 14-16.

⁹² FONTELES, S.S. *Direito e Backlash*. Salvador: JusPodivm 2019, p. 51-52.

2.3. Constitucionalismo Popular – a Corte Sem Razão

A identificação de episódios de *Backlash* na jurisdição constitucional, levou à necessidade de se identificarem, na teoria constitucional, novas relações entre a Constituição, os Poderes e a sociedade. Dessa forma, em um primeiro momento, a supremacia judicial começou a ser criticada, pelo movimento denominado de Constitucionalismo Popular, o qual questionava, sobretudo, a exclusividade do Poder Judiciário na interpretação da Constituição. Desenvolveu-se a noção de que o significado do termo “constitucional” envolve a participação popular por meio da democracia direta.⁹³

Dentre os vários teóricos adeptos dessa nova corrente constitucional, destaca-se Larry Kramer, onde ensina que o Constitucionalismo Popular é um sistema no qual o povo interpreta ativamente o Direito Constitucional e sua efetivação, não se limitando a hipóteses ocasionais. Percebe-se então que a grande diferença existente entre o constitucionalismo popular e o legal, reside no fato de que neste, a última palavra é do Poder Judiciário, ou seja, é dele a autoridade última de interpretação da Constituição, enquanto que naquele não existe o monopólio de um órgão na interpretação dos sentidos de uma Constituição.⁹⁴

Pelo Constitucionalismo Popular, a interpretação jurídica ocorre não apenas nos Tribunais, mas também nos Poderes políticos, em um processo válido de hermenêutica. Kramer defende que o verdadeiro sentido de supremacia judicial reside no fato de o Poder Judiciário ser apenas um dos inúmeros agentes autorizados a interpretar a Constituição e que, ao se conferir a ele a exclusividade dessa função, adota-se o modelo de soberania judicial. Com a supressão da supremacia judicial, as decisões das Cortes Constitucionais podem ser revistas pela verdadeira autoridade, a soberania popular e, conseqüentemente,

⁹³ SULTANY, N. The state of progressive constitutional theory: the paradoxo f constitutional democracy and the Project of political justification. Harvard Civil Rights. *Civil Liberties Law Review*, v. 47, 2012. Disponível em: <https://harvardcrcl.org/wp-content/uploads/2009/06/Sultany.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2023, p. 373.

⁹⁴ KRAMER, 2004, apud VIEIRA, J. R.; EMERIQUE, L. M. B. ;BARREIRA, J. H. Constitucionalismo popular: modelos e críticas. *Revista de Investigações.Constitucionais*. v.5, n.3, p. 277-302, 2018. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo..> Acesso em: 23 abr. 2023, p. 283.

as Cortes podem interpretar a Constituição de forma independente, mas considerando a vontade da sociedade.⁹⁵

Para Mark Tushnet, outro militante desse pensamento, conceitua esse marco teórico como um processo dialógico, no qual tanto as Cortes Constitucionais e a população mobilizada, como os representantes políticos, interpretam de forma simultânea os comandos constitucionais, sendo o Direito Constitucional o produto dessa interação. Porém, a grande peculiaridade do Constitucionalismo Popular é que os outros Poderes podem tanto aceitar como recusar as decisões das Cortes Constitucionais e, assim, as decisões do Poder Judiciário podem ser ignoradas. Para Tushnet, essa corrente teórica “[...] se baseia na ideia de que todos nós deveríamos participar na criação do Direito Constitucional por meio de nossas ações na política.”⁹⁶

As posições assumidas por Tushnet parecem mais extremadas do que as de Kramer quanto à revisão judicial, pois enquanto esse argumenta pela extinção apenas da supremacia judicial desta, aquele defende a eliminação do sistema de revisão judicial.

David Pozen procurando organizar as diversas correntes doutrinárias que surgiram sobre o Constitucionalismo Popular, chegou à conclusão de que existe três espécies desse constitucionalismo, conforme o posicionamento do Poder Judiciário:

- a. Constitucionalismo Popular modesto – quando se valoriza o engajamento popular na interpretação constitucional, sem suprimir o poder das Cortes Constitucionais de anular leis e deliberações majoritárias. Explica que o Poder Judiciário não pode encerrar o diálogo constitucional, permitindo aos demais atores, como a sociedade, a participação no processo decisório, resultando em uma mudança de atitude, sem que ocorra o desafio direto das instituições jurídicas. Assim, nessa espécie, a Corte Constitucional não deve ser vista como um “oráculo” com monopólio da verdade constitucional. Faz-se importante a manifestação popular ante as instâncias decisórias, pontuando críticas quando ocorrerem divergências e com poder de atuação contra a decisão questionada, em caso de forte discordância;

⁹⁵ KRAMER, 2009, apud VIEIRA, J. R.; EMERIQUE, L. M. B. ;BARREIRA, J. H. Constitucionalismo popular: modelos e críticas. *Revista de Investigações Constitucionais*. v.5, n.3, p. 277-302, 2018. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo>. Acesso em: 23 abr. 2023, p. 283.

⁹⁶ TUSHNET, 2006, apud VIEIRA, J. R.; EMERIQUE, L. M. B. ;BARREIRA, J. H. Constitucionalismo popular: modelos e críticas. *Revista de Investigações Constitucionais*. v.5, n.3, p. 277-302, 2018. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo>. Acesso em: 23 abr. 2023, p. 283.

- b. Constitucionalismo Popular robusto – caracteriza-se por propor a diminuição do poder das Cortes Constitucionais, para eliminar a supremacia judicial e a prevalência da interpretação judicial na cultura constitucional. Nessa espécie, admite-se o abandono do sistema de revisão judicial, permitindo aos demais Poderes a liberdade para efetuar as próprias interpretações dos significados constitucionais;
- c. departamentalismo – espécie no qual a interpretação constitucional deve ser coordenada pelos três Poderes sem haver uma autoridade superior na análise dos sentidos constitucionais. Ou seja, todos podem fazer a interpretação de forma dividida e independente. Mas como essa corrente se concentra nos representantes da sociedade e não propriamente na sociedade, Pozen indaga se ela seria uma categoria do Constitucionalismo Popular ou apenas uma espécie incidente.⁹⁷

Percebe-se que o marco teórico do Constitucionalismo Popular pode ser um instrumento útil para impedir a ocorrência de *Backlash*, aspecto que reuniu juristas progressistas com a ideia de que o alto grau de ativismo das Cortes Constitucionais provocou o nascimento e o fortalecimento da “nova direita”, como teria ocorrido após o julgamento de *Roe v. Wade*. Consequentemente, como prevenção a contra-ataques conservadores, essa corrente de juristas progressistas adotou a postura de anular qualquer possibilidade de “ressentimento populista”.⁹⁸

Bem como no Minimalismo Judicial, o *Backlash*, no Constitucionalismo Popular, é interpretado como uma disfuncionalidade jurídico-social a ser evitado. Observa-se que nessa composição teórica utiliza-se mais energia para combater os efeitos indesejados na jurisdição constitucional, prevendo-se até a retirada da legitimidade das Cortes Constitucionais para anular leis produzidas pelo Poder Legislativo.

A principal crítica a essa corrente é o excessivo peso político atribuído às deliberações das Cortes Constitucionais, apesar de ele não ser inerente ao controle de constitucionalidade. Isso significa que a decisão de uma Corte Constitucional, em termos jurídicos de interpretação constitucional, não reflete obrigatoriamente a última palavra

⁹⁷ POZEN, D. E. Judicial elections as popular constitutionalism. *Columbia Law Review*, v. 110, n. 9, p. 2047-2134, 2010. p. 2061, 2062, 2063.

⁹⁸ POST, R.; SIEGEL, R. Roe Range: Democratic constitutionalism and backlash. *Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review*, v. 42, 373-433, 2007, p. 373.

em termos políticos. A configuração de um sistema de revisão judicial ou de controle de constitucionalidade de leis, com base no sentido da norma constitucional, não supõe o esgotamento da questão na área política. Para Reva Siegel, as Cortes Constitucionais também estão sujeitas ao “ônus democrático”, ainda que de forma diferente da sujeição das instituições representativas. E um mecanismo que pode provocar a interferência política na hermenêutica constitucional, alterando a compreensão judicial com mobilização da sociedade, é o fenômeno *Backlash*.⁹⁹

2.4. Constitucionalismo Democrático (Post & Siegel) – A Dialogicidade entre Corte e Sociedade

Para os principais expoentes desse marco teórico Robert Post e Reva Siegel, “[...]o pêndulo foi longe demais da confiança excessiva nos Tribunais ao desespero excessivo.”¹⁰⁰

Post e Siegel elaboraram uma teoria que visa salvaguardar objetivamente o direito constitucional, quando ocorrer divergência hermenêutica. Isso, porque essa é uma condição natural do desenvolvimento do Direito Constitucional,¹⁰¹ e qualquer tentativa de obstá-la constrange tanto a política quanto o direito, tanto a democracia (autogoverno), quanto o constitucionalismo (Estado de Direito).

Assim, a elaboração da teoria do Constitucionalismo Democrático buscou divergir tanto do culto à jurisdição constitucional (não há entusiasmo para com o protagonismo do Poder Judiciário presente no pensamento político de Dworkin), como da crítica ao sistema de revisão judicial, que é típica do Constitucionalismo Popular (pois não retira das Cortes a função da interpretação constitucional), e também, não admite o minimalismo como defesa das virtudes passivas. Dessa forma, o Constitucionalismo Democrático se constitui em um posicionamento equidistante das correntes

⁹⁹ SIEGEL, R. Roe's roots: the women's rights claims that engred roe. *Boston University Law Review*, v. 90, p. 1875-1907, 2010. Disponível em: <https://digital-commons.law.yale.edu>. Acesso em 23 de abril 2022., p. 1898.

¹⁰⁰ POST, R.; SIEGEL, R. Roe Range: democratic constitucionalismo and backlash. *Havard Civil Rights. Civil Liberties Law Review*, v. 32, p. 373-433, 2007, p. 374.

¹⁰¹ POST, R.; SIEGEL, R. Constitucionalismo democrático. In: _____. *Constitucionalismo democrático: Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*. Trad. Leonardo G. Jaramillo. Buenos Aires: 2013, p. 49.

constitucionais anteriormente analisadas, admitindo uma perspectiva mais natural dos embates constitucionais que provocam o *Backlash*.¹⁰²

Para esses professores, a jurisdição constitucional é essencial para a democracia. Logo, críticas ou sugestões que visem limitar ou eliminar a atuação das Cortes Constitucionais tornam-se impertinentes, se não versarem especificamente sobre pontos do arranjo institucional ou sobre a maneira de realização da hermenêutica constitucional. Isso porque as reações mútuas e dialéticas entre o povo e os Tribunais amenizam potenciais conflitos entre democracia e constitucionalismo, pois o “[...] Constitucionalismo democrático 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 conserva o Direito como integridade”.¹⁰³

Segundo Post e Siegel,

A premissa do Constitucionalismo Democrático é que a autoridade da Constituição depende de sua legitimidade democrática, da capacidade da Constituição de inspirar os americanos a reconhecê-la como sua constituição. Essa crença é sustentada por tradições de engajamento popular que autorizam os cidadãos a fazer reivindicações sobre o significado da Constituição e a se oporem ao seu governo – por meio de legislações constitucionais, políticas eleitorais e instituições da sociedade civil - quando acreditam que não está respeitando a Constituição. Os Tribunais, por sua vez, resistem e respondem a essas reivindicações dos cidadãos. O significado de nossa Constituição foi historicamente moldado por esses complexos intercâmbios.¹⁰⁴

Por esse ponto de vista, tem-se que as reações sociais, dentro de um ambiente democrático, pode ser um bom indicativo para se avaliar o aumento de legitimidade democrática, oferecendo, conseqüentemente, um novo horizonte sobre os impactos potencialmente construtivos do fenômeno *Backlash*, posto que este somente se manifesta

¹⁰² FONTELES, S. *Direito e Backlash*. Salvador: JusPodivm 2019, p.54.

¹⁰³ POST, R.; SIEGEL, R. Constitucionalismo democrático. In: _____. *Constitucionalismo democrático: Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*. Trad. Leonardo G. Jaramillo. Buenos Aires: 2013, p. 49, 374.

¹⁰⁴ POST, R.; SIEGEL, R. Constitucionalismo democrático. In: _____. *Constitucionalismo democrático: Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*. Trad. Leonardo G. Jaramillo. Buenos Aires: 2013, p. 374

no seio de uma sociedade livre. Desta feita, tem-se que o *Backlash* decorre da tensão provocada pelo exercício da legitimidade democrática da sociedade e a necessidade de preservação da integridade do Estado de Direito.

Post e Siegel, entendem que as Cortes desempenham papel especial nesse processo:

Os Tribunais exercem uma forma distinta de autoridade para declarar e fazer valer direitos, dos quais gozam em virtude da Constituição e das normas de razão jurídicas que os tribunais empregam. Os cidadãos recorrem aos tribunais para proteger importantes valores sociais e restringir o governo sempre que este exceder as limitações constitucionais. No entanto, a autoridade judicial para fazer cumprir a Constituição, como a autoridade de todos os Tribunais, depende em última análise da confiança dos cidadãos. Se os tribunais interpretarem a Constituição em termos que divergem das profundas convicções do povo americano, os americanos encontrarão maneiras de comunicar suas objeções e resistir a julgamentos judiciais. Esses padrões de resistência historicamente recorrentes refletem uma lógica profunda da ordem constitucional americana, que é moldada por compromissos conflitantes com o Estado de Direito e com o autogoverno. O Constitucionalismo Democrático analisa as práticas empregadas por cidadãos e Tribunais para conciliar esses compromissos potencialmente conflitantes. Tais práticas estão por toda parte ao nosso redor. Através de múltiplos canais, alguns explícitos e outros implícitos, os americanos se mobilizaram historicamente a favor e contra os esforços jurídicos para fazer cumprir a Constituição.¹⁰⁵

Nessa perspectiva, de acordo com as premissas do Constitucionalismo Democrático, é melhor enfrentar o fenômeno do *Backlash* do que evitá-lo, como posto pela corrente do minimalismo judicial. Portanto, exige-se ousadia do Poder Judiciário para combater disfunções sociais. Todavia, a ousadia não se restringe aos Tribunais, devendo ser praticada também pelos cidadãos, visto que eles devem ter grande influência sobre a interpretação constitucional. Dessa forma, a alma do Constitucionalismo Democrático é o encorajamento, tanto dos Tribunais como da sociedade, para que a construção do sentido constitucional seja realizada dialogicamente:

¹⁰⁵ POST, R.; SIEGEL, R. Constitucionalismo democrático. In: _____. *Constitucionalismo democrático: Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*. Trad. Leonardo G. Jaramillo. Buenos Aires: 2013, p. 374.

O Constitucionalismo Democrático conceitua o fenômeno da reação não apenas da perspectiva dos tribunais, mas também do ponto de vista da ordem constitucional americana como um todo. Situa uma reação dentro da densa rede de trocas comunicativas que sustenta a legitimidade democrática da Constituição. Os americanos acreditam que o significado constitucional deve ser incorporado de maneira legalmente aplicável e que este sentido constitucional deve ser potencialmente sensível às suas próprias opiniões. Os cidadãos envolvidos em reação pressionam os tribunais a aplicar o que esses cidadãos acreditam ser o entendimento correto da Constituição. Eles pressionam essas demandas para que os funcionários interpretem a Constituição de maneiras democraticamente responsáveis.¹⁰⁶

Na influência de formação do significado constitucional para o Constitucionalismo Democrático, o *Backlash* deve ser compreendido como um esforço de manifestação social para alterar sentidos constitucionais. Mas surge um dilema nessa tentativa, pois ao mesmo tempo que os integrantes da sociedade buscam ter voz ativa na definição do conteúdo da Constituição, é essencial para a sociedade que as bases do Estado de Direito e a própria autoridade e independência das Cortes sejam conservadas.

Argumentam os Professores que, na perspectiva sistêmica da ordem constitucional, o *Backlash* pode sustentar a capacidade de resposta democrática sobre o significado constitucional. Contudo, na concepção dos Tribunais, a reação é uma ameaça para a conservação da autoridade legal e do controle. Logo, esses autores defendem que o fenômeno seja compreendido sob essas perspectivas distintas, mas interdependentes.

107

Logo, a autoridade atribuída a Constituição é uma questão essencial para o Constitucionalismo Democrático, pois está inserida em um contexto de desacordo dos sentidos constitucionais, no qual movimentos sociais mobilizam argumentos favoráveis ou contrários à Constituição, conforme os próprios interesses. A compreensão das complexidades dos conflitos é amplificada pelo Constitucionalismo Democrático, segundo o qual controvérsias causadas por decisões judiciais podem resultar em efeitos benéficos, pelo fato de estimular os cidadãos a se expressarem favoráveis ou contrários a

¹⁰⁶ POST, R.; SIEGEL, R. Roe Range: democratic constitutionalismo and backlash. *Havard Civil Rights. Civil Liberties Law Review*, v. 32, p. 373-433, 2007, p. 389.

¹⁰⁷ POST, R.; SIEGEL, R. Roe Range: democratic constitutionalismo and backlash. *Havard Civil Rights. Civil Liberties Law Review*, v. 32, p. 373-433, 2007, p. 385, 389.

determinadas temáticas e, conseqüentemente, envolver-se na construção dos significados constitucionais.¹⁰⁸

A participação popular provoca um compartilhamento da tarefa de interpretação constitucional, que não mais se centraliza no Poder Judiciário, mas busca um entendimento entre esse e a apreciação social. O corolário do *Backlash* é, desse modo, o aumento da legitimidade democrática ao significado daquilo que é constitucional. O próprio sentido de constituição é forjado com base em um diálogo travado entre autoridades do governo e grupos que reagem às decisões proferidas por elas.

Os caminhos teóricos ignoram qualquer ganho ou benefício no fenômeno do *Backlash*, em oposição a uma perspectiva otimista do Constitucionalismo Democrático, para o qual essa reação social é um evento que areja a democracia e confere legitimidade democrática à Constituição e protagonismo à sociedade na interpretação constitucional. Aspecto positivo não significa que o fenômeno deve ser celebrado ou exaltado, mas apenas é um acontecimento natural de reivindicação de direitos constitucionais.

Nesse sentido, o Constitucionalismo Democrático sugere que algum grau de conflito pode ser uma consequência inevitável da reivindicação de direitos constitucionais, sejam eles garantidos por legislação ou por sentença. As decisões constitucionais às vezes provocam resistência, especialmente se ameaçam o status de grupos que estão acostumados a exercer autoridade e que acreditam que a resistência pode evitar uma mudança constitucional ameaçada. Onde a controvérsia é inevitável, a aplicação de um direito pode, no entanto, ser justificada se os valores em jogo forem suficientemente importantes.

O Constitucionalismo Democrático sugere [...] que a controvérsia provocada pela tomada de decisão judicial pode até trazer benefícios positivos para a ordem constitucional americana. Os cidadãos que se opõem às decisões judiciais são politicamente ativos.[...] prometem seu compromisso com a importância do significado constitucional. Eles procuram persuadir outros americanos a abraçar seus entendimentos constitucionais. Essas formas de engajamento levam os cidadãos a se identificarem com a Constituição e uns com os outros. O debate popular sobre a

¹⁰⁸ CHUEIRI, V. K. D.; MACEDO, J. A. C. D. Teorias constitucionais progressistas, *Backlash* e vaquejada *Revista. Sequência*, 2018, p. 139. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/>. Acesso em: 25 abr. 2023.

Constituição impregna as memórias e os princípios de nossa tradição constitucional com significados que comandam a lealdade popular e que nunca se desenvolveriam se um cidadão de origem normativa fosse passivamente submetido a julgamentos judiciais.¹⁰⁹

A resistência da sociedade em relação a seus desejos, que não podem ser ignorados, leva à compreensão de como as autoridades devem aplicar os comandos constitucionais. A identidade constitucional implícita nos desejos e nos comandos constitucionais rechaça, de um lado, o cumprimento alienado das decisões judiciais e, de outro, a desobediência civil. Preserva tanto a autoridade dos Tribunais e do Estado de Direito como os canais democráticos de pressão popular, de modo a permitir uma influência dialética dos cidadãos sobre as Cortes e vice-versa. Assim, o Constitucionalismo Democrático certifica a função do governo representativo e dos cidadãos mobilizados, ao fazer com que a Constituição seja cumprida. Simultaneamente, ratifica a função dos Tribunais de utilizarem o raciocínio jurídico profissional para a interpretação da Constituição.

Samuel Fonteles esclarece que o Constitucionalismo Democrático traz a crença de que a sociedade, por meio do Direito, pode ser influenciada a adotar comportamentos considerados humanistas. E, nesse contexto, o *Backlash* pode ser considerado uma resistência inicial com prazo certo para acabar, ao tempo em que serve como mecanismo de legítima pressão social. Nesse caso, a finalidade é sensibilizar juízes e Tribunais para julgarem conforme o sentimento social em torno do significado da Constituição que os governa.¹¹⁰

A Teoria do Constitucionalismo Democrático foi recepcionada no Brasil por inúmeros juristas, especialmente por quem analisa o fenômeno *Backlash*, como os ministros do STF Luiz Fux¹¹¹ e Luís Roberto Barroso¹¹². Na prática, o Ministro Barroso aplicou claramente o marco teórico tratado no julgamento da descriminalização da maconha. Pontuou que seu posicionamento se restringia a essa droga, pois entendeu que

¹⁰⁹ POST, R.; SIEGEL, R. Roe Range: democratic constitutionalism and backlash. *Havard Civil Rights Civil Liberties Law Review*, v. 32, p. 373-433, 2007, p. 390.

¹¹⁰ FONTELES, S. *Direito e Backlash*. Salvador: JusPodivm 2019, p. 60-61.

¹¹¹ FUX, L. Constitucionais e Democracia: O Supremo Tribunal sob a Constituição de 1988. In: TOFFOLI, J.A.D. (org.) *30 anos da Constituição brasileira: democracia, direitos fundamentais e instituições*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

¹¹² BARROSO, L. R. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Forense, 2018, p. 82.

a forte reação social que poderia inviabilizar o cumprimento da decisão judicial, caso a descriminalização fosse estendida a todas as espécies.¹¹³

Já o Ministro Fux, no julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade (ADC) n. 29, da ADC n. 30 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4.578 – que analisou a constitucionalidade das inelegibilidades da Lei da Ficha Limpa – adotou expressamente o Constitucionalismo Democrático, reportando-se à necessidade de a Corte ser responsiva à opinião pública. Afirmou, em seu voto:

A verdade é que a jurisprudência do STF nesta matéria vem gerando fenômeno similar ao que os juristas norte-americanos ROBERT POST e REVA SIEGEL [...] identificam como Backlash, expressão que se traduz como um forte sentimento de um grupo de pessoas em reação a eventos sociais ou políticos. É crescente e consideravelmente disseminada a crítica, no seio da sociedade civil, à resistência do Poder Judiciário na relativização da presunção de inocência para fins de estabelecimento das inelegibilidades. Obviamente, o Supremo Tribunal Federal não pode renunciar à sua condição de instância contramajoritária de proteção dos direitos fundamentais e do regime democrático. No entanto, a própria legitimidade democrática da Constituição e da jurisdição constitucional depende, em alguma medida, de sua responsividade à opinião popular. POST e SIEGEL, debruçados sobre a experiência dos EUA - mas tecendo considerações aplicáveis à realidade brasileira -, sugerem a adesão a um Constitucionalismo Democrático, em que a Corte Constitucional esteja atenta à divergência e à contestação que exsurtem do contexto social quanto às suas decisões. Se a Suprema Corte é o último player nas sucessivas rodadas de interpretação da Constituição pelos diversos integrantes de uma sociedade aberta de intérpretes [...], é certo que tem o privilégio de, observando os movimentos realizados pelos demais, poder ponderar as diversas razões antes expostas para, ao final, proferir sua decisão. Assim, não cabe a este Tribunal desconsiderar a existência de um descompasso entre a sua jurisprudência e a hoje fortíssima opinião popular a respeito do tema “ficha limpa”, sobretudo porque debate se instaurou em interpretações plenamente razoáveis [...] fortalecendo a legitimidade democrática do constitucionalismo. A sociedade civil identifica-se na constituição, mesmo que para reagir negativamente ao pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.¹¹⁴

¹¹³ Ministro do STF diz que Brasil deve 'legalizar a maconha e ver como isso funciona na vida real'. BBC News Brasil. 14 de set. 2015. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/09/150914_drogas_barroso_ms. Acesso em: 23 de abr de 2022

¹¹⁴ BRASIL, Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 29. Distrito Federal. Pesquisa de Jurisprudência. Acórdãos: STF, 16/02/2012, Voto do Relator, Min. Luiz Fux, p.14.

A crítica sobre esse marco teórico reside no fato de, na verdade, não haver novidade na concepção de abertura na interpretação constitucional, que já foi defendida pelo constitucionalista alemão Peter Häberle sobre a construção da sociedade aberta de intérpretes da Constituição. Fonteles destaca, baseado em dados empíricos, que o STF não costuma ser influenciado por mecanismos processuais de abertura a interpretações, como audiências públicas e *amici curiae*, havendo até repúdio do sentimento social por ministros da Corte.¹¹⁵

Por fim, cabe esclarecer, resumidamente, que o estudo das controvérsias constitucionais, como uma função construtiva do desacordo, possibilita a apreciação de aspectos teóricos, interpretativos e institucionais debatidos pelas correntes diversas, sem que se olvide de outras circunstâncias que proporcionam benefícios.

3. BACKLASH: O TODO E AS PARTES

3.1 Origem

A origem terminológica do termo é relevante, sendo atualmente definido, no que tange às áreas jurídica e política, como forte reação de várias pessoas a eventos recentes, especialmente contra desenvolvimento político ou sociais.¹¹⁶ Também é definido como “[...] um sentimento forte entre um grupo de pessoas em reação a uma mudança ou a um evento recente na sociedade ou na política”.¹¹⁷

Robert Post e Reva Siegel descrevem *Backlash* como uma reação estridente ou uma de pane mecânica nas rodas de um mecanismo, quando o movimento não é uniforme ou quando uma pressão repentina é aplicada. Passou a significar mais tarde um incidente indesejável com o molinete de uma vara de pescar ou quando o algodão enroscava no mecanismo do descaroçador. Em qualquer hipótese, as significações são associadas a “efeitos indesejáveis e contraproducentes”.¹¹⁸

Vanice Valle, aludindo à dinâmica da física, de onde o termo deriva, relaciona o fenômeno com a terceira Lei de Newton – “[...] a toda ação corresponde uma reação

¹¹⁵ FONTELES, S. *Direito e Backlash*. Salvador: JusPodivm 2019, p. 61.

¹¹⁶ LONGMAN. Dictionary of Contemporary English. Verbete. 4. ed. Edinburg: Pearson Longman, 2003.

¹¹⁷ CAMBRIDGE. Dicionário online. Verbete. de Disponível em: <http://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/Backlash>. Acesso em: 23 abr. 2023.

¹¹⁸ FONTELES, S. *Direito e Backlash*. Salvador: JusPodivm 2019, p. 63.

igual e em sentido contrário”¹¹⁹ – transposto para a realidade social, visto também expressar forte e violenta reação a uma mudança igualmente intensa e expressiva no ambiente. Transmutado para o campo do Direito, o termo é visto como um desdobramento das relações humanas, já que alterações bruscas num padrão de comportamento têm aptidão de determinar reação em sentido contrário; na esfera de decisão judicial pode ou não ser igual em força e direção.

O termo também foi empregado para descrever um processo de difamação de figuras públicas como reação da opinião pública, no contexto de controvérsias envolvendo greves trabalhistas. Foi comum também o emprego na referência às reações desencadeadas por mudanças bruscas e ameaçadoras do *status quo*,¹²⁰ aqui se aproximando ao sentido atribuído atualmente na área do Direito Constitucional. Como exemplo dessas reações da opinião pública a controvérsias, tem-se a oposição aos movimentos de lutas e conquistas de direitos civis e os movimentos feministas em busca de direitos, conhecidos respectivamente como *white Backlash* e *feminism Backlash*. Em um sentido político-social, portanto, consiste em um rechaçamento a mudanças que ameaçam o *status quo*, rotulado de política do retrocesso. Pode ser definida como uma reação de grupos em declínio em termos de importância, de influência e de poder, resultado de mudança endêmica e secular na sociedade.¹²¹

Compreender esse registro histórico é relevante porque é comum o emprego indevido do termo *Backlash* no contexto jurídico, com sendo hostil aos direitos fundamentais. Essa concepção pejorativa embaraça a análise jurídica e científica de um fenômeno tão multifacetado.

Samuel Fonteles, contudo, alerta sobre a utilização do termo dessa forma desatualizada e extemporânea, que ocorre pelo fato de o *Backlash* ter sido instrumentalizado por setores mais conservadores da sociedade “[...] que fizeram dele um espantinho para amedrontar iniciativas 'progressistas' na arena judicial”. Ou seja, o sentido do *Backlash* foi disseminado como intimidação às iniciativas de soluções de

¹¹⁹ VALLE, V. R. L. *Backlash à decisão do Supremo Tribunal Federal: pela naturalização do dissenso como possibilidade democrática*. 2013, p. 4. Disponível em: <https://www.academia.edu>. Acesso em: 23 abr. 2023, p. 5-6.

¹²⁰ Na ciência política, é conhecido como Backlash político. FALUDI, S. *Backlash: the undeclared war against American women*. n°230-31. New York: Crown, 1991.

¹²¹ POST, R.; SIEGEL, R. *Roe Range: democratic constitutionalism and backlash*. *Harvard Civil Rights. Civil Liberties Law Review*, v. 32, p. 373-433, 2007, p. 392.

desacordos morais no âmbito do Poder Judiciário, sendo algo que o mais sábio dos juristas não arriscaria enfrentar.¹²² Não por acaso o estudo do fenômeno é normalmente atrelado aos eventuais excessos do ativismo judicial.

A doutrina norte-americana começou a utilizar o vocábulo *Backlash* no sentido reconhecido pela teoria constitucional, que é o de reação, com base no papel desempenhado pelas Cortes Constitucionais em relação a temas extremamente delicados – como a separação entre os brancos e negros em escolas do Sul dos Estados Unidos e o reconhecimento da possibilidade de interrupção da gravidez até o primeiro trimestre após a concepção – em um dado momento histórico.¹²³

Samuel Fonteles critica essa compreensão do fenômeno por entender que ela é muito restrita, uma vez que o *Backlash* pode surgir inclusive no combate às decisões que objetivam a conservação do *status quo*.

3.2 Conceito

Considerando especificamente a jurisdição constitucional, Cass Sunstein conceitua o fenômeno do *Backlash* como uma “[...] intensa e sustentada desaprovação social de uma decisão judicial, acompanhada de medidas agressivas para resistir a esta decisão e remover sua força jurídica”.¹²⁴ Em sentido semelhante, George Marmelstein o define como “[...] reação adversa não desejada à atuação judicial [...], literalmente, um contra-ataque político ao resultado de uma deliberação judicial”.¹²⁵ Já Flávio Martins Nunes Júnior considera o *Backlash* uma reação majoritária contra decisão contramajoritária, “porque muitas vezes o Judiciário, para tutela dos direitos das minorias, acaba contrariando o interesse da maioria [que,] inconformada com a decisão, reage social, política e juridicamente contra a decisão”.¹²⁶

Apesar da maior proximidade dessas definições com o eixo jurídico, em sua valiosa contribuição para o estudo do fenômeno no ordenamento jurídico brasileiro, Samuel Fonteles considera que tal compreensão se limita à concepção estadunidense do

¹²² FONTELES, S. *Direito e Backlash*. Salvador: JusPodivm 2019, p. 26.

¹²³ LENZA, P. *Direito Constitucional Esquematizado*. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 91.

¹²⁴ SUNSTEIN, C. *Backlash's Travels*. *University of Chicago Public Law & Legal Theory*. Working paper n° 157, 2007, p.1.

¹²⁵ LIMA, G. M. *Efeito Backlash da jurisdição constitucional: reações políticas à atuação judicial*. 2015. Disponível em: <https://www.academia.edu>. Acesso em: 23 abr.2023, p. 6-7.

¹²⁶ NUNES JÚNIOR, F.M.A. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Livro digital (E-pub) São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 96.

fenômeno, elaborado conforme as características atribuídas a ele na primeira década do século XX, ignorando as ricas variáveis. Desta forma, propôs a seguinte conceituação, para delimitar o *Backlash* no Direito Constitucional contemporâneo, tendo como norte a definição de Cass Sunstein:

[...] o Backlash pode ser compreendido como toda reação social vocacionada a hostilizar atos do Poder Público (leis, atos administrativos, atos políticos, decisões judiciais, decisões administrativas, etc.) ou de quem lhes faça vezes, o que inclui até mesmo fenômenos como a Inconfidência Mineira, Conjuração Baiana, Revolta da Vacina e outros movimentos sociais. Em sentido estrito, 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*.¹²⁷

Samuel Fonteles decompõe o fenômeno em três variáveis para explicar sua definição: o sujeito ativo que pratica o *Backlash*, o sujeito passivo desse fenômeno e objeto da insurgência. Assim, o autor ao observar o sujeito ativo da reação considera que, além de setores conservadores, é possível observar a prática de *Backlash* em setores não conservadores. Por isso, é necessário desconstruir a imagem de que esse é um fenômeno social conservador, visto ser perfeitamente possível a ocorrência do *Backlash* "progressista", quando a decisão guerreada reafirma um tradicional estado de coisas e quando as medidas que visam à desconstrução devam ser adotadas por setores que desejam reformar o *status quo*.¹²⁸

Em seu amplo estudo sobre esse fenômeno, Fonteles aborda várias situações. Por exemplo: a ocorrência de reações por setores não conservadores é defendida por Thomas Kleinlein e Bulyana Perkova, cujo entendimento difere do conceito de *Backlash* elaborado por Cass Sunstein e melhora a análise do fenômeno, evitando pré-compreensões equivocadas. Um exemplo de *Backlash* "progressista" foram as críticas e protestos contra a Suprema Corte Americana após o julgamento do caso *Bowers v. Hardwick*, em 1986, por ter declarado constitucional uma lei que criminalizou a sodomia. A

¹²⁷ FONTELES, S. *Direito e Backlash*. Salvador: JusPodivm 2019, p. 2019, p. 41.

¹²⁸ FONTELES, S. *Direito e Backlash*. Salvador: JusPodivm 2019, p. 41.

reação dos setores que então lutavam pelos direitos LGBTQIA⁺ foi ferrenha no sentido de se compreender a existência de uma segregação entre heterossexuais e homossexuais.

No ordenamento jurídico brasileiro, o autor cita Katya Kozicki, para quem na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 153, quando o STF recepcionou a Lei de Anistia, impedindo a responsabilização penal de agentes militares do Regime Militar, houve um *Backlash* progressista. É que a decisão conservadora suscitou várias reações contrárias, como: reações não institucionais e espontâneas – provavelmente uma das reações mais significativas seja a realização do chamado “escracho”; alteração de nomes de ruas e/ou prédios públicos; iniciativas legislativas visando à revisão da Lei de Anistia para excluir de sua abrangência os agentes públicos que cometeram crimes comuns, como tortura e sequestro; propositura da ADPF n. 320/2014; propositura pelo Ministério Público Federal de ações penais visando à responsabilização dos agentes da ditadura militar.¹²⁹

Fonteles ainda ressalta que a definição de Cass Sunstein é insuficiente, pois não permite uma análise para além da ordem jurídica nacional. Hoje em dia já é possível falar em *Backlash* internacional quando Cortes domésticas se rebelam contra Cortes Internacionais em diálogos interjurisdicionais.¹³⁰ Sobre isso, Madsen et al. explicam que, geralmente, argumenta-se ser:

altamente desigual a resistência aos tribunais internacionais, ou seja, entre as Cortes Internacionais de Justiça e entre Estados Membros. Isto é, a resistência vem de várias formas, tanto como uma crítica comum, quanto uma crítica extraordinária. [...] Além disso, essa resistência é variável. Na prática, muitas vezes difere no escopo, na intensidade, entre os Estados Membros e entre os atores envolvidos, como demonstram os estudos empíricos.[...] Em particular, há uma diferença entre a mera reação de Estados Membros individuais ou de outros atores, buscando influenciar a direção futura da jurisprudência de uma Corte Internacional, e a reação real em termos de crítica, desencadeando uma reforma institucional significativa ou mesmo o desmantelamento de tribunais, por meio de uma Ação Coletiva dos Estados - Membros¹³¹, por exemplo.

¹²⁹ FONTELES, S. *Direito e Backlash*. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2018, p. 61. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br> Acesso em: 2 dez 2023.

¹³⁰ FONTELES, S. *Direito e Backlash*. Salvador: JusPodivm 2019, p.30.

¹³¹ MADSEN, Mikael Rask; CEBULAK, Pola; WIEBUSCH, Micha. Backlash against International Courts: Explaining the Forms and Patterns of Resistance to International Courts Forthcoming. *International*

Por isso, para Fonteles, a “desaprovação social” do conceito de Cass Sunstein é incompleta por não abranger o contexto das Cortes de Direitos Humanos.¹³² Mas o entendimento particular é: à medida que o fenômeno vai se estendendo a outras situações e instâncias, seu conceito vai sofrendo alterações para abarcar o que se apresenta no momento. E aliás, o próprio Fonteles, ao reconhecer a insuficiência do conceito de Sunstein, reconheceu que ele havia sido elaborado “para a conjuntura da primeira década do século XX” e nos Estados Unidos. Ou seja, o conceito também deixa implícitas questões culturais.

No que tange à sujeição passiva ao fenômeno, o *Backlash* não significa apenas atos de rebeldia contra decisões judiciais. Apesar de a maioria dos casos ocorrer contra decisões de Cortes Constitucionais, a doutrina moderna reconhece a ocorrência do fenômeno contra decisões das Cortes de Direitos Humanos, não inseridas no organograma do Poder Judiciário¹³³¹⁵². Também é indevida a pré-compreensão de que o *Backlash* só é desencadeado por decisões de tribunais superiores. Por exemplo: uma decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) que julgue a inconstitucionalidade de uma Lei do Município de São Paulo tem potencial de deflagrar uma revolta social de magnitude suficiente a ser entendida como *Backlash*.¹³⁴

Ainda: esse fenômeno pode ocorrer contra atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo, ainda que em função jurisdicional atípica, apesar da propensão de ocorrência ser menor. No Brasil, estudos defendem que algumas decisões do Tribunal de Contas da União se originaram de decisão *Backlash*, o que Fonteles considera um exagero. Outro ponto destacado é que o *Backlash* não se restringe a decisões de órgãos colegiados; uma decisão monocrática possui a capacidade de gerar tal fenômeno, a exemplo de uma ação coletiva em que o magistrado bloqueia a utilização de determinado aplicativo de comunicação.

Journal of Law in Context, v. 14, n.2, 2018. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/> Acesso em: 6 dez 2023.

¹³² FONTELES, S. *Direito e Backlash*. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2018, p. 18. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br> Acesso em: 2 dez 2023.

¹³³ FONTELES, S. *Direito e Backlash*. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2018, p.21. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br> Acesso em: 2 dez 2023.

¹³⁴ FONTELES, S. *Direito e Backlash*. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2018, p. 61. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br> Acesso em: 2 dez 2023.

Em resumo, verifica-se que o *Backlash* pode ocorrer como reação a leis, a medidas de governo, a decisões do Poder Judiciário, tanto de primeira como de segunda instância, Cortes Constitucionais, Cortes de Direitos Humanos, Tribunais Administrativos ou até a decisões particulares quando revestidas de caráter público.

Sobre a terceira variável, Fonteles considera que o objeto do efeito *Backlash* pode ser tanto decisões judiciais como atos consultivos. Na realidade, a ocorrência dessas reações é relacionada à capacidade de decidir de forma heterônoma e não propriamente associada à pessoa que decide ou quando há conteúdo decisório.¹³⁵

A ampla e minuciosa visão sobre o *Backlash* foi importante para se visualizar o sentido estrito do fenômeno, que será utilizado neste estudo. Isso porque serão consideradas apenas reações políticas e sociais à jurisdição constitucional brasileira, como exemplo de circunstâncias e modalidades de ocorrência do fenômeno. Assim, aproxima-se do conceito proposto por Cass Sunstein, direcionada pela ótica do ordenamento jurídico brasileiro e pelas peculiares do modelo de jurisdição constitucional pátrio.

3.3 Formas de Manifestação: do conteúdo às expressões

Como já visto, reações sociais e políticas às decisões das Cortes Constitucionais podem ocorrer de diversas formas, em diferentes intensidades e com consequências variáveis. Nesse contexto, surgem questionamentos sobre como reconhecer, na prática, o fenômeno *Backlash*. Quando se pode considerar que um comportamento social determinado corresponde, de fato, à manifestação desse fenômeno e como medir seus efeitos? Uma opinião pública desfavorável já caracteriza o *Backlash* ou é necessário uma revolta popular? Buscando a resposta para essas suas indagações, Fonteles¹³⁶ enumera dez formas de exteriorização do fenômeno e as utiliza para medir seu grau de intensidade em casos concretos julgados pelas Cortes Constitucionais.

¹³⁵ FONTELES, S. *Direito e Backlash*. Salvador: JusPodivm 2019, p. 39.

¹³⁶ FONTELES, S. *Direito e Backlash*. Salvador: JusPodivm 2019, p. 73-104. O Autor criou uma escala de pontuação para cada uma forma de exteriorização, pontuação dividida em três níveis: ausente recebe 0 (zero); fraca recebe 0,5 (meio) ponto; forte, 1,0 (um) ponto. Após a pontuação de cada item, apura-se a média aritmética simples entre as dez notas atribuídas a cada manifestação. Para avaliar o grau de reação *Backlash* à decisão, foram instituídos intervalos de valores: uma reação é de baixo impacto quando o valor da média estiver entre 0,1 a 0,3; de médio impacto, valor no intervalo de 0,35 a 0,6; alto impacto, valores entre 0,65 a 1,0

Para Fonteles, a lógica adotada para os modos de manifestação segue um modelo linear e cronológico, com a crítica jornalista em um dos extremos (sendo a mais comum) e a revolta armada no extremo oposto (*ultima ratio*). Contudo, não indica ser esse um caminho fechado, ou seja, uma manifestação não precisa ser necessariamente concluída para que se desenvolva a seguinte. Nessa linha, manifestações contrárias podem ocorrer ao mesmo tempo e também pode haver uma reação mais contundente, sem que ocorra qualquer outra forma de manifestação. Não há uma cadeia sequencial fechada, sendo sempre necessário que se analisem os casos concretos.¹³⁷

Também é possível a inversão de etapas, a depender das peculiaridades do *Backlash*. Exemplo: uma manifestação social (passeata) pode evoluir rapidamente para uma revolta (depredação de logradouros, de bens públicos e particulares e outros). Posteriormente, pode ocorrer insubordinação de agentes públicos ou ataques a instituições democráticas. Também é perfeitamente possível que a decisão judicial objeto de reação sofra um revés legislativo e, com isso, a interrupção das manifestações vá para outros estágios. Por isso, Fonteles entende que “[...] o elenco em estudo não deve ser tomado de maneira rígida e inflexível”, concluindo que “atingir uma determinada fase não implica necessariamente o transcurso das anteriores, embora seja mais didático compreender um percurso progressivo e linear”¹³⁸.

Sendo assim, faz-se necessária uma avaliação da situação sob exame mais qualitativa do que quantitativa, sistemática, pois a depender do caso, um único sintoma é suficiente para a configuração do fenômeno. Ou então, para um correto diagnóstico, é essencial a manifestação conjugada de vários sintomas, isto é, depende das circunstâncias do caso concreto analisado. Portanto, não há resposta pronta e acabada, *a priori*, para a caracterização do fenômeno.

Seja como for, algumas cautelas também devem ser adotadas. Protestos hostis e episódicos não dizem muito como um termômetro social, mas manifestação 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 da mídia também são fatores que podem confundir a cognição, principalmente pela instrumentalização de

¹³⁷ FONTELES, S. *Direito e Backlash*. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2018, p.58. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br> Acesso em: 2 dez 2023.

¹³⁸ FONTELES, S. *Direito e Backlash*. Salvador: JusPodivm 2019, p. 77.

peças 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.¹³⁹

Feito o registro das características peculiares e de sutilezas do fenômeno em estudo, é necessário classificar as formas de manifestação do *Backlash*, considerando que há tanto hipóteses lícitas, com previsão ou anuência no ordenamento jurídico, como hipóteses antijurídicas, contrariando as normas do sistema jurídico. São formas lícitas da reação: 1. críticas jornalísticas; 2. movimentações sociais como greves e protestos; 3. respostas por meio do sistema eleitoral; 4. reações legislativas; 5. indicação de Ministros para as Cortes se houver cargo vago; 6. *impeachment* para a destituição de Ministros obedecendo ao devido processo legal. As demais exteriorizações de *Backlash* tendem a ultrapassar a fronteira da legalidade, configurando um ataque ao sistema jurídico, tais como: 1. insubordinação de agentes públicos; 2. ataques às instituições; 3. atentados terroristas; 4. revoltas armadas, entre outros.¹⁴⁰

Depreende-se que as manifestações *Backlash* ilícitas, apesar de mais raras porque configuram ataques às regras do jogo democrático e ao Estado Democrático, podem perfeitamente ocorrer, chegando inclusive muito perto da concretização. Verifica-se o alegado com a situação inusitada ocorrida recentemente, no Brasil, quando houve a recusa de um Presidente do Senado Federal no cumprimento de uma decisão do STF, ou quando um parlamentar discursou fazendo apologia ao fechamento da Corte Constitucional, o que seria bastante simples em seu argumento.¹⁴¹

Ainda é possível classificar as manifestações *Backlash* em duas modalidades: ordinárias e extraordinárias.

¹³⁹ FONTELES, S. *Direito e Backlash*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 78.

¹⁴⁰ RAMALHO, Alex Saito. *Backlash Cibernético: as reações políticas e sociais à jurisdição constitucional na sociedade virtual*. São Paulo: Dialética, 2022, s.l.

¹⁴¹ RAMALHO, Alex Saito. *Backlash Cibernético: as reações políticas e sociais à jurisdição constitucional na sociedade virtual*. São Paulo: Dialética, 2022, s.l.

As primeiras são aquelas que ocorrem de maneira natural dentro de um sistema democrático, sendo inclusive salutar para arejar o processo decisório, conforme a visão da corrente do Constitucionalismo Democrático, a exemplo das manifestações sociais e das críticas jornalísticas. Já as extraordinárias costumam fugir da normalidade democrática, como atos terroristas e revoltas armadas.¹⁴²

Cabe observar que, apesar da proximidade, os *Backlashes* ilícitos não se confundem com os extraordinários, pois há mecanismos que fogem à ordem democrática e que podem ser lícitos, a exemplo do *impeachment* para a destituição de ministros das Cortes Constitucionais com a obediência ao devido processo legal, explica Ramalho.

Outra classificação se faz com a avaliação do fenômeno com profundidade maior, pois busca diferenciar quatro espécies de manifestações *Backlashes*, divergentes quanto à gravidade e ao objeto. São elas: objeção, contestação, resistência e reação ilícita. “Enquanto as manifestações de objeção e contestação são práticas comuns de exteriorização *Backlash* aos julgamentos das Cortes Constitucionais, as de resistência e de reação ilícita fogem à normalidade pela excessiva gravidade”.¹⁴³

O mesmo entendimento pode ser aplicado para o objeto das manifestações *Backlashes*: enquanto a de objeção e a de contestação se concentram em um julgamento específico ou nas normas aplicadas, a de resistência e a de reação ilícita desafiam a instituição como tal. Conseqüentemente, o termo “resistência” não descreve a prática geral de manifestação *Backlash*, mas refere apenas um tipo específico de exteriorização que é levantada contra uma instituição¹⁴⁴.

A objeção é uma categoria generalizada de manifestação, que pode apresentar vários ou todas as formas de reações discordantes em relação a um determinado julgamento. Os critérios definitivos desse grupo se concentram em torno de as críticas permanecerem no campo da retórica, sem conseqüências iminentes em relação à estrutura e ao funcionamento das Cortes Constitucionais e têm relação com uma decisão específica. Objeções integram o processo adjudicatório. “Como objeção, normalmente há os recursos interpostos pelas partes (que não são *Backlash*), mas é possível enquadrar o primeiro

¹⁴² RAMALHO, Alex Saito. *Backlash Cibernético: as reações políticas e sociais à jurisdição constitucional na sociedade virtual*. São Paulo: Dialética, 2022, s.l.

¹⁴³ RAMALHO, Alex Saito. *Backlash Cibernético: as reações políticas e sociais à jurisdição constitucional na sociedade virtual*. São Paulo: Dialética, 2022, s.l.

¹⁴⁴ RAMALHO, Alex Saito. *Backlash Cibernético: as reações políticas e sociais à jurisdição constitucional na sociedade virtual*. São Paulo: Dialética, 2022, s.l.

estágio das manifestações de *Backlash*: como críticas jornalísticas, hipótese em que a objeção ultrapassa as partes do processo.”¹⁴⁵

Outra categoria de manifestação *Backlash* é a contestação, definida como prática social interativa que promove o “[...] envolvimento discursivo e crítico com as normas de governança”. Significa que a crítica não tem mais como foco o julgamento, mas sim e principalmente as normas incorporadas à decisão. Como meio de contestação, expressões de *Backlashes* que podem ser assim consideradas são as manifestações sociais.¹⁴⁶

A terceira forma de manifestação é a resistência, que não visa a uma norma específica, mas à instituição como todo. Porém, “diferentemente da reação ilícita, a sociedade reconhece a legitimidade das Cortes Constitucionais, mas pretende reformá-la.” Entre as manifestações *Backlashes*, são classificados tipos de resistência: desobediência civil, desconfiguração do perfil das Cortes Constitucionais e insubordinação de autoridades públicas. Já as reações ilícitas se referem a “[...] ações que vão além da resistência e visam reduzir a autoridade, competência ou jurisdição do tribunal”.¹⁴⁷

As reações ilícitas descrevem a forma mais severa de manifestação *Backlash*. São intensas e agressivas pretensões de extinguir um sistema ou adotar uma estrutura alternativa.

O termo "reação" indica a presença de algo mais do que escrutínio, crítica ou mesmo crise. Enquanto a crítica a um sistema pode levar a sugestões de reforma, a “reação” implica ações tomadas em oposição ao próprio regime, mesmo que a alternativa não seja totalmente articulada. Extrapolando uma definição dada por Sunstein, “reação” pode ser definida como: desaprovação pública intensa e sustentada de um sistema acompanhado por medidas agressivas para resistir ao sistema e remover sua força legal. “Reação”, portanto, se manifesta como “intenso”, “sustentado” e “agressivo” exigindo o abandono de um sistema ou a adoção de uma estrutura alternativa.¹⁴⁸

¹⁴⁵ RAMALHO, Alex Saito. *Backlash Cibernético: as reações políticas e sociais à jurisdição constitucional na sociedade virtual*. São Paulo: Dialética, 2022, s.l

¹⁴⁶ WIENER, 2014, apud RAMALHO, Alex Saito. *Backlash Cibernético: as reações políticas e sociais à jurisdição constitucional na sociedade virtual*. São Paulo: Dialética, 2022, s.l

¹⁴⁷ SANDHOLTZ, W.; BEI, Y.; CALDWELL, K. Backlash and International human rights courts. *Contracting Human Rights Workshop at the University of California*, 26-28, 2017, p.4.

¹⁴⁸ CARON, D.; SHIRLOW, E. Unpacking the complexities of Backlash and identifying its unintended consequences. *EJIL*, 2016. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/unpacking>. Acesso em 23 abr. 2023, p.1. ¹⁶⁹ MORSE; KEOHANE, 2014, apud RAMALHO, Alex Saito. *Backlash Cibernético: as reações políticas e sociais à jurisdição constitucional na sociedade virtual*. São Paulo: Dialética, 2022, s.l.

Portanto, uma reação ilícita pode ser tida como manifestação sistemática e consistente contra as Cortes Constitucionais e casos graves de não conformidade. O objetivo dessas reações não é desfazer determinada decisão nem alterar uma norma específica; o objetivo é esvaziar as competências da Corte Constitucional ou subjugar sua autoridade. Assim, podem ser vistas como ilícitos ataques à instituição propriamente dita, atentados terroristas, revoltas armadas e guerra civil, ou seja, os últimos estágios do *Backlash*.¹⁴⁹

O conteúdo e os elementos dessas avaliações e classificações encontram-se nas formas de manifestações do efeito *Backlash*. Aqui serão consideradas as formas analisadas por Fonteles, tendo em vista a repercussão acadêmica de seu trabalho em termos de profundidade e abrangência teórico-pragmáticos sobre o tema.

3.3.1 Das expressões propriamente ditas

a) Críticas públicas

O primeiro estágio das manifestações *Backlashes* consiste nas críticas públicas ou críticas publicadas em matérias jornalísticas ou outras mídias, com a finalidade de desqualificar uma decisão por meio de críticas mordazes, contumazes, para evidenciar a injustiça ou irracionalidade do decidido.¹⁵⁰

A imprensa escrita, tanto quanto a televisiva, ainda detém alto poder de influência sobre a opinião pública, da mesma forma que pessoas com alguma notoriedade social (denominados *influencer* digital). Por meio de mídias da tecnologia da informação, elas conseguem divulgar informações de forma massiva e instantânea. Assim, declarações públicas em jornais ou qualquer rede social, mesmo que não se trate de publicação jornalística, podem causar estragos à respeitabilidade de um Tribunal. Em síntese, críticas públicas representam um gesto de repúdio (discursos, declarações, postagens) veiculado por mídias (jornais, rádios, televisões, internet), refletindo o pensamento de

¹⁴⁹ CARON, D.; SHIRLOW, E. Unpacking the complexities of Backlash and identifying its unintended consequences. *EJIL*, 2016. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/unpacking>. Acesso em 23 abr. 2023, p.1

¹⁵⁰ FONTELES, S. *Direito e Backlash*. Salvador: JusPodivm, 2019, p.79.

personalidades públicas ou de influenciadores que, apesar do baixo potencial lesivo, pode desencadear os demais estágios de manifestações *Backlash*.¹⁵¹

Destaca-se que as críticas da qual se está falando são as direcionadas às decisões judiciais, alvo da discórdia social, que procuram desqualificar os fundamentos ou princípios jurídicos utilizados para sustentar o *decisum*. Em outro passo, existem as críticas pessoais, direcionadas a ministros das Cortes Constitucionais bem como à própria instituição, as quais configuram outras espécies de *Backlash*, mais intensas e muitas vezes ilícitas. Assim, as críticas públicas são como um botão de *start* (sem o *stop*), que uma vez acionado pode ser impossível de parar o processo *Backlash*.¹⁵²

Concluindo, críticas publicadas contra decisões de jurisdição constitucional não devem ser desprezadas pelas Cortes, pois podem indicar inícios de uma reação *Backlash*, ainda que não se verifique nenhum efeito prático contundente nelas. Porém, o simples fato de sua ocorrência pode desencadear, provocar ou estimular, subsequentemente, manifestações contrárias a decisão alvo de ataque, intensificando a reação. Fonteles arremata: crítica pública é o primeiro modo 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 [...]”.¹⁵³

b) Manifestações sociais diversas

O segundo estágio das expressões de *Backlash* referido por Fonteles são manifestações sociais, como: protestos, greves, passeatas, comícios, procissões e desfiles. Essas também não devem ser subestimadas pelos Tribunais, assim como sua capacidade de persuasão, mesmo frente à absoluta independência do Poder Judiciário. Tais manifestações são inerentes ao regime democrático, no qual a sociedade pode demonstrar

¹⁵¹ RAMALHO, Alex Saito. *Backlash Cibernético: as reações políticas e sociais à jurisdição constitucional na sociedade virtual*. São Paulo: Dialética, 2022, s.l.

¹⁵² RAMALHO, Alex Saito. *Backlash Cibernético: as reações políticas e sociais à jurisdição constitucional na sociedade virtual*. São Paulo: Dialética, 2022, s.l.

¹⁵³ FONTELES, S. *Direito e Backlash*. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2018, p.59. . Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br> Acesso em: 2 dez 2023.

o descontentamento social. Todavia, não são exclusividade da democracia, podendo haver, inclusive, em regimes autoritários.¹⁵⁴

A tradição estatista moldou fortemente pesquisas sobre protestos populares. A abordagem centrada no Estado enfatiza um conjunto de mecanismos causais, isto é, processos pelos quais Estados (estrangeiros e domésticos) habilitam ou restringem a economia, associam fenômenos culturais e até psicológicos sociológicos. Outros fatores também são importantes, mas são processos causais menos importantes e muitas vezes são fortemente mediados por políticos. Nessa abordagem, estudiosos empregam vários conceitos para identificar as dimensões do contexto político considerado importante. Os movimentos se valem das noções de oportunidade e de ameaças políticas como elementos para incentivar pessoas a se envolverem em protesto ou para desencorajá-las,¹⁵⁵ quando é o caso.

No Estado Democrático de Direito, manifestações sociais têm o condão de amplificar a voz do que se rebelam contra um julgado, ou seja, atuam como fio condutor de uma reação *Backlash*. Nesse contexto, consideram-se manifestações sociais, segundo a classificação de Samuel Sales Fonteles, “[...] 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 forma apriorística”¹⁵⁶.

Fonteles cita como exemplo, “o restabelecimento do banimento de atletas negros em competições desportivas, após a decisão proferida em *Brown v. Board of Education*”, nos Estados Unidos. No Brasil, Kozicki se refere a exemplos interessantes de reações sociais: “o escracho popular da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP) contra a “participação de empresários no financiamento da ditadura militar”.

¹⁵⁴ FONTELES, S. *Direito e Backlash*. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2018, p. 60. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br> Acesso em: 2 dez 2023.

¹⁵⁵ VLADISAVLJEVIĆ, Nebojša. Popular protest in authoritarian regimes: evidence from communist and postcommunist states. *Southeast European and Black Sea Studies*, v. 14, n. 2, 139–157, 2014. Disponível em: [www.https://www.researchgate.net/publication](http://www.researchgate.net/publication). Acesso em: 3 dez 2023, p. 140.

¹⁵⁶ FONTELES, S. *Direito e Backlash*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 81.

Possivelmente, um *Backlash* à “decisão do STF que considerou recepcionada a Lei de Anistia (ADPF 153)”.¹⁵⁷

Uma vez em andamento, a ação coletiva iniciada em nome de um grupo específico, cria oportunidades para outros grupos semelhantes e não relacionados se manifestarem e suas várias reivindicações. Os protestos iniciais geralmente revelam que as autoridades são vulneráveis, demonstram vantagens de protesto para outros grupos, identifica possíveis aliados, altera as relações entre desafiantes e titulares de poder e ativam outros atores políticos que apostam no status quo, ameaçando seus interesses.
158

Atos de vandalismo e depredações podem acontecer em manifestações sociais, como nas manifestações de junho de 2013 no Brasil, em que grupos, com a intenção de vandalizar e depredar, aproveitavam as aglomerações decorrentes das manifestações para praticar atos ilícitos. Se tais atos tiverem um caráter de resistência beligerante, já devem ser classificados no estágio de revolta armada das exteriorizações *Backlash*.

c) A influência no processo eleitoral

Candidatos a cargos eletivos podem instrumentalizar uma decisão com alto grau de reprovabilidade social como uma ferramenta de impulso político. Fonteles observa que, no processo eleitoral, tal comportamento pode gerar resultados que destoam do padrão de comportamento historicamente observado nas urnas; pode ser apenas o portavoz de um setor social atingido, embora possa "vampirizar" a opinião pública e provocar um resultado atípico.¹⁵⁹

A manifestação desse estágio de *Backlash* consiste no antagonismo consciente a uma decisão judicial como tópico da campanha eleitoral e sua utilização para angariar votos, que dependendo da intensidade pode levar a um resultado não previsível, destoando do comportamento tradicional das urnas.

Assim, uma decisão judicial pode servir de instrumento no processo eleitoral – com utilização de retórica para a capitalização de votos – e propiciar resultados atípicos,

¹⁵⁷ FONTELES, S. *Direito e Backlash*. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2018, p. 61. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br> Acesso em: 2 dez 2023.

¹⁵⁸ VLADISAVLJEVIĆ, Nebojša. Popular protest in authoritarian regimes: evidence from communist and postcommunist states. *Southeast European and Black Sea Studies*, v. 14, n. 2, 139–157, 2014. Disponível em: [www. https://www.researchgate.net/publication](http://www.researchgate.net/publication). Acesso em: 3 dez 2023, p.142.

¹⁵⁹ FONTELES, S. *Direito e Backlash*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 82.

como a eleição de candidatos até então desconhecidos ou a perda repentina de mandatos de políticos tradicionalmente estabilizados na carreira política.

d) Reações legislativas

As reações legislativas a decisões judiciais constituem uma das principais expressões da reação *Backlash*. Esses movimentos realizados pelo legislador têm a aptidão de tentar desconstituir as decisões hostilizadas pela sociedade. Entretanto, não há uma relação fechada entre efeito *Backlash* e reações legislativas, podendo perfeitamente ocorrer *Backlash* sem uma reação legislativa, como também essa pode manifestar-se independentemente do *Backlash*.¹⁶⁰

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.105, de relato do Ministro Luiz Fux, julgada em 01/10/2015, o Ministro César Peluso, em seu voto, declarou que reação legislativa é “[...] a possibilidade de o Legislativo editar um ato normativo de conteúdo idêntico a um outro declarado inconstitucional pelo STF”. Já o Ministro Luiz Fux admitiu que “[...] essa práxis dialógica, além de não ser incomum na realidade interinstitucional brasileira, afigura-se perfeitamente legítima - e, por vezes, desejável, estimulando prodigioso ativismo congressional, desde que, é claro, observados os balizamentos constitucionais”.¹⁶¹

Como o Poder Legislativo, na sua função típica, não está vinculado às decisões da Corte, é perfeitamente possível a edição de uma nova legislação com renovação de debates baseados em uma nova realidade ou entendimento para uma circunstância já decidida, mesmo que reproduza o conteúdo de um ato normativo declarado inconstitucional no mesmo dia pelo STF. Caso o Poder Legislativo demonstre premissas fáticas e jurídicas para afastar a presunção de inconstitucionalidade, pode haver uma virada jurisprudencial, superando os fundamentos antes delimitados.¹⁶²

Se o fato ocorrer, é muito provável que a nova lei seja também declarada inconstitucional. Mas o resultado pode ser diferente. O STF pode e deve refletir sobre os argumentos adicionais fornecidos pelo Parlamento ou debatidos pela opinião pública para dar suporte ao novo ato normativo, e não ignorá-lo, tomando

¹⁶⁰ FONTELES, S. *Direito e Backlash*. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2018, p. 63. . Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br> Acesso em: 2 dez 2023.

¹⁶¹ Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.105. Distrito Federal. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Acórdãos: STF. DJe: 16.3.2016, p. 17 e ss.

¹⁶² RAMALHO, Alex Saito. *Backlash Cibernético: as reações políticas e sociais à jurisdição constitucional na sociedade virtual*. São Paulo: Dialética, 2022, s.l.

a nova medida legislativa como afronta à sua autoridade. Nesse íterim, além da possibilidade de alteração de posicionamento de alguns ministros, pode haver também a mudança na composição da Corte, com reflexos no resultado do julgamento.¹⁶³

A dinâmica se dá pelo fato de que as Cortes Constitucionais podem ponderar sobre o silogismo proveniente da evolução da sociedade, expressado por meio do Parlamento. As novas circunstâncias proporcionarão outra interpretação constitucional que sustente o ato legislativo. Evidentemente, a reação legislativa não significa um ataque à autonomia nem a autoridade judicial, mas funciona como um instrumento para revelar a compreensão da sociedade sobre determinada questão.¹⁶⁴

As reações legislativas se revelam um meio de comunicação entre os anseios da sociedade (por meio de seus representantes) e as cortes constitucionais, impedindo que determinados sentidos da interpretação constitucional sejam considerados eternos. Segundo Brandão, a superação legislativa seria uma forma de *accountability* e abertura ao processo de interpretação e aplicação da Constituição.¹⁶⁵

Há uma distinção pertinente quanto ao modo como as reações legislativas são efetuadas, o que repercute em uma futura superação judicial. Porém, independentemente do instrumento utilizado, trata-se de reversão legislativa.¹⁶⁶ Caso essa seja veiculada por ato normativo infraconstitucional, como leis ordinárias ou complementares, os diplomas já nascem com presunção *iuris tantum* de inconstitucionalidade. Então, cabe ao legislador o ônus argumentativo de evidenciar que a superação do precedente se faz necessária e que, conseqüentemente, a submissão a um controle judicial deve ser bastante rigorosa.

¹⁶³ NETO, C. P. S.; SARMENTO, D. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 425.

¹⁶⁴ RAMALHO, Alex Saito. *Backlash Cibernético: as reações políticas e sociais à jurisdição constitucional na sociedade virtual*. São Paulo: Dialética, 2022, s.l.

¹⁶⁵ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 307-308.

¹⁶⁶ A reação legislativa não pode ser confundida com reversão legislativa. Primeiro porque “reação” significa uma ação oposta a outra, uma resistência, enquanto “reversão” é o retorno ao estado original. Assim, reação legislativa é a resistência e a oposição ao que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal. Já a reversão jurisprudencial é o efetivo retorno ao *status quo* anterior, ou seja, quando a situação atual é revertida para que vigorava anteriormente. A primeira é gênero e a segunda, espécie. Ou seja, quando ocorre uma superação judicial, pode ocorrer especificamente uma reversão legislativa, assim como genericamente uma reação legislativa.

Essas leis, que objetivam superar um entendimento firmado pelas Cortes Constitucionais, são conhecidas como leis *in your face*.¹⁶⁷, ¹⁶⁸

Mas como já explicitado, a manifestação do efeito Backlash não ocorre sempre que a edição de uma lei desafiar um precedente judicial controverso; é preciso analisar a dimensão e a extensão dessa reação legislativa.

Fonteles ainda destaca o equívoco na concepção de que uma reação legislativa, realizada por meio de emenda constitucional, configura um *Backlash* sob a justificativa de que a maioria dos estados referendaram a modificação durante o processo legislativo. Ocorre que nenhuma alteração constitucional serve de prova cabal do fenômeno estudado. O autor entende que, em uma análise científica, nem a EC 96/2017¹⁸⁸, que autoriza a prática esportiva com animais em reação à jurisprudência do STF, que considerou que a vaquejada constitui crueldade com os animais, é prova inequívoca da manifestação *Backlash*, pois a reação seria fruto de lobby de um setor específico da economia. Afirma que a referida EC “só poderia ser considerada como sinalizadora de *Backlash* se acompanhada de outros sintomas característicos desse controverso fenômeno social”.¹⁶⁹

e) Indicações ideológicas para as Cortes Constitucionais

A desconfiguração do perfil das Cortes Constitucionais, a exemplo da indicação de autoridades com visão distinta da composição majoritária, constitui forma de expressão do *Backlash*. Nomeações para os cargos nos Tribunais, mesmo que de caráter político, fazem parte das regras do regime democrático. Mas, quando uma indicação tem

¹⁶⁷ Expressão popularizada pelo Ministro Luiz Fux no voto proferido na ADI 5105, de sua relatoria, ao mencionar “[...] a legislação que colida frontalmente com a jurisprudência da corte (leis *in your face*) nasce com presunção iuris tantum de inconstitucionalidade, de forma que caberá ao legislador ordinário o ônus de demonstrar, argumentativamente, que a correção do precedente faz-se necessário, ou ainda, comprovar, lançando mão de novos argumentos, que as premissas fáticas e axiológicas sobre as quais se fundou o posicionamento jurisprudencial não mais subsistem”. (ADI 5109, j.1.º.10.2015, DJE de 16.03.2016).

¹⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) n. 5.105. Distrito Federal. Relator: Ministro Luiz Fux. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Pesquisa de Jurisprudência. Acórdãos: STF, Data do Julgamento: 01/10/2015. DJE: 16.3.2016

¹⁶⁹ FONTELES, S. *Direito e Backlash*. Salvador: JusPodivm, 2019, p 86, 85.

a finalidade manifesta de provocar modificações na jurisprudência da Corte Constitucional, é possível dizer que se trata de manifestação *Backlash*.¹⁷⁰

O *overruling*, é um fenômeno natural nos processos judiciais e também pode ser influenciado por articulação de setores sociais que discordem do posicionamento vigente. Via de regra as votações em casos controversos normalmente resultam em placares apertados, com diferença de 1 ou 2 votos para a tese majoritária. Dessa forma, a indicação de um ou mais Ministros nas vagas, com visões alinhadas à corrente minoritária, e que anteriormente eram ocupadas por integrantes da posição majoritária, possibilita que na próxima apreciação da temática pela Corte o resultado seja diferente. Como analisa Fonteles, “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”¹⁷¹. O outro motivo é que as reações legislativas nem sempre solucionam a controvérsia de forma democrática, visto que a nova norma pode ser declarada inconstitucional.

Cabe aqui fazer o alerta de que essa espécie de manifestação *Backlash* é legítima em um regime democrático, apesar de colocar em linha de choque os poderes. Apenas se distingue de outras modalidades justamente por operar em contexto de absoluta normalidade. É fundamental não confundir esse estágio com os atos arbitrários e ilegais.¹⁷²

f) Insubordinação de autoridades e agentes do Poder Público

A insubordinação de autoridades ou de agentes do Poder Público, quanto a decisões da Suprema Corte, é uma situação não muito comum. Isso porque não constitui apenas a desobediência da autoridade, mas também reflete uma reação da sociedade quanto ao conteúdo do que foi decidido. Assim, é necessária uma conjugação de fatores para que sistematicamente seja possível caracterizar um *Backlash*. Consequentemente, não é possível classificar como uma exteriorização *Backlash*, quando o Senador Renan

¹⁷⁰ FONTELES, S. *Direito e Backlash*. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2018, p.55. . Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br> Acesso em: 2 dez 2023.

¹⁷¹ FONTELES, S. *Direito e Backlash*. Salvador: JusPodivm, 2019, p .88-89.

¹⁷² FONTELES, S. *Direito e Backlash*. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2018, p .67. . Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br> Acesso em: 2 dez 2023.

Calheiros se recusou a ser afastado do cargo de Presidente do Senado, mesmo com a determinação em decisão liminar e democrática do Ministro Marco Aurélio. Não houve, no caso, nenhuma manifestação da sociedade repudiando o conteúdo da decisão judicial, mas sim uma turbulência na separação e harmonia entre os poderes.¹⁷³

O risco da insubordinação de uma autoridade do Poder Público é provocar o desprestígio da Corte Constitucional. Em democracias consolidadas, com grande respeitabilidade às decisões do Poder Judiciário, a probabilidade desse estágio de *Backlash* é bastante reduzida.

Em democracias emergentes, insubordinações são bastante sensíveis à reação popular. Fonteles ilustra o fato de um Tribunal ainda sem respeitabilidade institucional, como a Corte Constitucional da Rússia. Esse, ao declarar a inconstitucionalidade de um decreto presidencial pela primeira vez, deparou-se com a forte hesitação do então presidente Boris Yeltsin quanto ao cumprimento da determinação. Mas houve aceitação da declaração de inconstitucionalidade e o prestígio da Corte Constitucional russa foi mantido. Consequências da não aceitação por parte do presidente sem que a Corte detivesse meios de coerção física seriam completamente imprevisíveis. “Por essas razões, a insubordinação de agentes, como exteriorização do *Backlash*, afigura-se tão perigosa”.¹⁷⁴

g) Atos de desobediência civil

Um dos principais requisitos para a ocorrência da desobediência civil é que sua prática seja realizada por um coletivo de cidadãos, como visto ao norte. Uma segunda análise a ser feita diz respeito a publicidade e sua necessidade, posto que sua ausência configura, na realidade, uma conspiração; é essencial que os atos de desobediência civil deixem claras as questões objeto da resistência. Por fim deve-se observar a presença ou não de atos de violência, sob pena de ter transmutado uma forma (desobediência civil) em outra (revolta armada), completamente distinta daquela. A desobediência civil visa tornar públicas injustiças, o que não se consegue por meio de atos violentos.¹⁷⁵

¹⁷³ RAMALHO, Alex Saito. *Backlash Cibernético: as reações políticas e sociais à jurisdição constitucional na sociedade virtual*. São Paulo: Dialética, 2022, s.l.

¹⁷⁴ FONTELES, S. *Direito e Backlash*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 96.

¹⁷⁵ BABOUR, V. L. *STF e a desobediência civil: um olhar sobre a atuação dos movimentos sociais na luta pela terra*. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público, 2009, p. 19.

Como bem observado por Vivian Babour, tanto o direito de resistência em seu gênero como a espécie desobediência civil não têm previsão na Carta Magna brasileira. Aliás, é um fato que não causa surpresa, haja vista a raridade da normatização de ambas.¹⁷⁶ Somente dois exemplos históricos foram identificados pela autora no Direito Comparado: a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 1949 e a Constituição portuguesa de 1982. E se trata de uma omissão eloquente, por ser improvável o Direito positivo legitimar revoluções, considerando o caráter triplo da desobediência: oposição a leis injustas, resistência à opressão e revolução.¹⁷⁷

Observa-se que, via de regra, a desobediência civil aflora contra atos legislativos e não contra decisões judiciais, embora a sociedade até possa desobedecer a determinações judiciais – hipótese tipificada como crime de desobediência (art.330 do Código Penal). As exceções são as decisões judiciais manifestamente contra *legem* por serem inexigíveis e, conseqüentemente, sem obrigatoriedade de cumprimento.

Mesmo assim, Fonteles defende a possibilidade de que decisões judiciais podem provocar desobediência civil se houver dificuldade de assimilação do conteúdo delas, por seu conteúdo ambíguo ou duvidoso. E, por estar fora do ordenamento jurídico, trata-se de manifestação de fato e não de manifestação jurídica.¹⁷⁸

h) Impeachment para a destituição de Ministros das Cortes

Uma manifestação extraordinária de *Backlash* que tende a ser lícita é o impedimento de um juiz; quando um magistrado pode ser retirado do cargo por meio de *impeachment*. Trata-se de medida demasiadamente drástica para ser usada quando da análise se uma decisão é certa ou errada. Para a reforma de decisões consideradas incorretas, existem meios jurídicos apropriados, como os recursos em geral e a reclamação constitucional. Samuel Fonteles defende que, na prática, é possível identificar casos em que a sociedade vê um comportamento inadequado a depender do conteúdo de mérito da decisão. Um caso de *recall* removeu o juiz Aaron Persky, do Tribunal da

¹⁷⁶ BABOUR, V. L. *STF e a desobediência civil: um olhar sobre a atuação dos movimentos sociais na luta pela terra*. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público, 2009, p. 19.

¹⁷⁷ BABOUR, V. L. *STF e a desobediência civil: um olhar sobre a atuação dos movimentos sociais na luta pela terra*. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público, 2009, p. 19.

¹⁷⁸ FONTELES, S. *Direito e Backlash*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 93.

Califórnia, pelo fato de o magistrado ter proferido uma sentença criminal demasiadamente branda.¹⁷⁹

O *Backlash* em caso de *impeachment* apenas ocorre quando há uma relação causal entre o pedido e a decisão questionada. Quando há tentativa de retirar um Ministro por divergências políticas ou em decorrência de má conduta, não é possível classificar como manifestação *Backlash*. Isso apenas ocorre quando os motivos forem lícitos e fundamentados em razões constitucionais adequadas e suficientes; não quando contiver ilicitude, que é “[...] banalizada de maneira populista, atentando contra a independência de um magistrado e, por conseguinte, do Estado de Direito”.¹⁸⁰

No contexto do Direito Constitucional brasileiro, é perceptível que o *impeachment* não pode ser considerado uma manifestação *Backlash*, já que, de acordo com o ordenamento jurídico, Ministros do STF só podem sofrer esse impedimento se cometerem alguma das hipóteses de crime de responsabilidade, previsto no artigo 39 da Lei do Impeachment. Mais comum do que o *impeachment* jurídico dos Ministros de STF é o modelo de *impeachment* moral, que constrange membros da Corte Constitucional e muitas vezes os impede do exercício de liberdades individuais.¹⁸¹

A expressão *impeachment* moral foi cunhada por Maristela Basso, para quem ele constitui um processo moral decorrente do julgamento do clamor da rua. Ela explica:

Alguns magistrados não podem nem andar na rua, de avião, tranquilos. Moralmente já sofreram (impedimento). Será que precisa também de um impeachment jurídico? Diante dos obstáculos burocráticos, há esse processo moral. Esse julgamento de rua é muito mais desgastante e constrangedor.¹⁸²

¹⁷⁹ FONTELES, S. *Direito e Backlash*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 89-90.

¹⁸⁰ RAMALHO, Alex Saito. *Backlash Cibernético: as reações políticas e sociais à jurisdição constitucional na sociedade virtual*. São Paulo: Dialética, 2022, s.l.

¹⁸¹ BALAN, M. *Como funcionaria o impeachment de um Ministro do STF*. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/justica/como-funcionaria-o-impeachment-de-um-Ministro-do-stf/>. Acesso em: 22 abr. 2023.

¹⁸² BALAN, M. *Como funcionaria o impeachment de um Ministro do STF*. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/justica/como-funcionaria-o-impeachment-de-um-Ministro-do-stf/>. Acesso em: 22 abr. 2023.

São raros os casos de *impeachment* de membros de Cortes Constitucionais ao redor do mundo. Em casos em que seja possível essa medida, provavelmente eles resultariam em renúncia, em vez da declaração de impedimento.

i) Ataques à instituição propriamente dita, como atos arbitrários de *court packing* e corte nos orçamentos dos Tribunais

Em determinadas ocasiões em vez de as críticas serem dirigidas ao conteúdo jurídico de uma decisão judicial, o objeto de ataque é o próprio Tribunal ou seus integrantes. Essa espécie de manifestação *Backlash* pode se dar por meio de alterações arbitrárias na composição da Corte, da suspensão de atividades ou até de cortes no orçamento. Assim como em outros casos, é necessário realizar uma análise sistemática e conjunta de diversos fatores para verificar se se trata, de fato, de *Backlash*.

Fonteles explica, por exemplo, que alterações forçadas na composição de uma Corte, por si só não pressupõem reação social, visto que regimes de exceção tendem a buscar a hipertrofia do Poder Executivo.¹⁸³

No Brasil, na vigência do Estado Novo (1937-1945), um decreto-lei atribuiu a Getúlio Vargas a prerrogativa de escolher por tempo indeterminado qual Ministro do STF presidiria a Corte. Em outro momento histórico, mas também em um estado Autoritário, o Regime Militar (1964-1985), no Ato Institucional n. 2, de 1965, ampliou o número de Ministros do Supremo Tribunal Federal de 11 (onze), para 16 (dezesesseis) membros. Em 1969, o Ato Institucional n. 5 aposentou compulsoriamente 3 (três) Ministros do STF, estabelecendo em seus dispositivos a impossibilidade de apreciação judicial.¹⁸⁴

Tais fatos, isoladamente, não representam tecnicamente uma reação social e sim espelham uma tentativa do Poder Executivo de subjugar o Poder Judiciário, embora o *modus operandi* para o *Backlash* seja o mesmo. Assim, visando à hipertrofia do Poder Executivo, busca-se: aumentar o número de Ministros, reduzir a idade de aposentadoria compulsória para deixar mais cargos vagos e controlar a presidência do Tribunal. Portanto, teoricamente, há possibilidade de o inconformismo com uma decisão judicial provocar mudanças na composição da Corte, sendo que os atos arbitrários de *court*

¹⁸³ FONTELES, S. *Direito e Backlash*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 89-90.

¹⁸⁴ RAMALHO, Alex Saito. *Backlash Cibernético: as reações políticas e sociais à jurisdição constitucional na sociedade virtual*. São Paulo: Dialética, 2022, s.l

packing só configuram uma reação *Backlash* quando, ainda que promovidos de maneira ilegítima, for possível vislumbrar um nexó etiológico entre o ataque sofrido e a decisão socialmente vergastada.

j) Atentados terroristas, revoltas armadas e guerra civil

A forma de manifestação *Backlash* mais grave e, portanto, último estágio são as revoltas armadas, os ataques terroristas e até uma guerra civil. Isso vai além do mero direito de resistência, caracterizando-se não pela simples desobediência, mas por uma reação ativa à ação estatal. É importante destacar que, apesar de classificada como uma forma de exteriorização *Backlash*, correntes teóricas, como o Constitucionalismo Democrático, não consideram essa reação extrema como uma modalidade daquele.¹⁸⁵

Destaca-se, por motivos reais, tendo como parâmetro o ocorrido em 08/01/2023 em Brasília, que a agressividade de uma sociedade não pode ser jamais ignorada, porque sempre haverá pessoas dispostas a radicalizar e a lutar com armas para defender a própria interpretação da Constituição. É que o direito de resistência desafia, por meio da força, os poderes constituídos pela ordem constitucional, inclusive é por isso que ele não é reconhecido no ordenamento jurídico. Não há um direito à resistência, mas é possível compreendê-lo como um direito natural ou uma situação de fato.¹⁸⁶

Ante a descrição das espécies de expressão *Backlash*, a impressão é de que esse fenômeno é sempre prejudicial, um efeito deletério, tanto para a defesa dos direitos fundamentais como para própria jurisdição constitucional. Suas consequências negativas não podem ser ignoradas, mas, simultaneamente, é preciso compreender suas outras facetas.

3.4. Backlash e Sociedade

Um aspecto prático importante a ser pontuado é a possibilidade de o *Backlash* influenciar mudanças sociais. Nesse sentido, o fenômeno teria a função de conter as alterações perpetradas por meio do Poder Judiciário ou de estimular transformações por meio do Poder Legislativo?

¹⁸⁵ FONTELES, S. *Direito e Backlash*. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2018, p. 46. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br> Acesso em: 2 dez 2023.

¹⁸⁶ FONTELES, S. *Direito e Backlash*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 101.

O *Backlash* baliza qual é a arena mais adequada para solucionar os desacordos morais, se o Judiciário ou o Legislativo? Essas indagações foram foco do estudo de Samuel Sales Fonteles, cuja análise levou à conclusão de que, quando os desacordos morais são solucionados por meio de mecanismos democráticos, participativos ou representativos, as divergências são assimiladas com maior facilidade ou com menor dificuldade pela comunidade social, ou seja, as mudanças sociais devem ser perpetradas na arena legislativa. Assim, defende que essas questões sensíveis devem ser prioritariamente solucionadas por meio de plebiscitos, de referendos ou de elaboração de leis pelo Poder Legislativo. Isso reduzirá a propensão a uma reação *Backlash*. Em suas palavras, “[...] a tolerância social é mais generosa diante de decisões adotadas democraticamente, vale dizer, advindas da lei ou de consultas populares”.¹⁸⁷

Mas essa visão não encontra ressonância no Constitucionalismo Democrático, que considera concepções nessa perspectiva uma visão romantizada da política democrática, para Post e Siegel, “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”¹⁸⁸.

Como foi visto, tanto o Legislativo como o Judiciário podem sofrer reações *Backlash*. Porém, como são os Tribunais que promovem alterações mais drásticas, a probabilidade de reação às decisões que eles emanam é maior. Eskridge concorda que o risco de *Backlash* é mais acentuado em medidas adotadas por Tribunais, mas também afirma que a questão seria mais sobre o que se decidiu e em que circunstâncias foi decidido, do que propriamente sobre qual a arena utilizada para a decisão. Em uma temática em relação à qual há forte dissenso na sociedade, um provável *Backlash* ocorrerá independentemente do fórum institucional.¹⁸⁹

Michael Klarman enumera três razões básicas para a catalisação de ressentimentos populares contra decisões de Tribunais em questões sensíveis: os tribunais

¹⁸⁷ RAMALHO, Alex Saito. *Backlash Cibernético: as reações políticas e sociais à jurisdição constitucional na sociedade virtual*. São Paulo: Dialética, 2022, s.l.

¹⁸⁸ POST; SIEGEL, 2007, apud RAMALHO, Alex Saito. *Backlash Cibernético: as reações políticas e sociais à jurisdição constitucional na sociedade virtual*. São Paulo: Dialética, 2022, s.l.

¹⁸⁹ ESKRIDGE JR, W. N. *Backlash politics: how constitutional litigation has advanced 2013*. Disponível em: https://igitialcommons.law.yale.edu/fss_papers/4796/. Acesso em: 23 abr. 2023, p.296.

revelam questões controversas até então despercebidas; as interferências ativistas do Judiciário em questões políticas desagradam à sociedade; as mudanças sociais que ocorreriam de forma natural, a tempo e ao modo em uma comunidade, podem ser precipitadas pelos Tribunais.¹⁹⁰ Com isso, algumas mudanças podem ser forçadas em sociedades que ainda não detêm amadurecimento necessário para a respectiva transformação. E como o Legislativo costuma realizar as alterações de maneira mais cautelosa e alinhada com vontades populares, a propensão a uma mudança via legislativa é consideravelmente menor.

No Brasil, o fato de não se verificar uma transformação social significativa, mesmo após uma década do julgamento que reconheceu a possibilidade de união entre pessoas do mesmo sexo, é explicado pelo efeito *Backlash*, “oriundo da precipitação de desacordos morais na arena judicial”. É a tese segundo a qual “Tribunais dificilmente operam transformações sociais”.¹⁹¹

Em suma, a arena judicial teria reduzida capacidade para promover transformações sociais, ao mesmo tempo tendo enorme potencial para estimular o revanchismo. Na visão de Fonteles, o *Backlash* influencia o impedimento de mudanças sociais, pois possui maior incidência em decisões judiciais que buscam solucionar desacordos morais, e menor aparições contra deliberação do Poder Legislativo, cuja aceitação do resultado pela sociedade tende a ser mais fácil. Além disso, a preferência pela arena legislativa pode se dar pela menor ocorrência de *Backlash* ou *Backlash* de menor intensidade, quando despertado e não porque o fenômeno pode justamente influenciar os representantes da vontade popular a agirem conforme os anseios da reação.

A premissa utilizada por Samuel Fonteles para a sistematização do estudo do *Backlash*, parte de uma valoração negativa do fenômeno, o que predetermina a conclusão, pois se é um evento que bloqueia as mudanças sociais perpetradas pelo Poder Judiciário em temas constitucionais sensíveis, consequentemente deve ser evitado. E isso porque, pela concepção elaborada, não sendo a arena judicial a mais adequada para as transformações sociais, as Cortes Constitucionais devem evitar a função

¹⁹⁰ POST; SIEGEL, 2007, apud RAMALHO, Alex Saito. *Backlash Cibernético: as reações políticas e sociais à jurisdição constitucional na sociedade virtual*. São Paulo: Dialética, 2022, s.l.

¹⁹¹ FONTELES, S. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 132.

contramajoritária e de interpretação dos sentidos constitucionais para a efetivação de direitos humanos.¹⁹²

Sem deliberadamente pretender, Fonteles se aproxima do marco teórico do minimalismo judicial quando defende que as transformações sociais devem ser realizadas no âmbito do Legislativo.

O fundamento de que as alterações promovidas pelo Judiciário não são efetivas devido às manifestações *Backlashes* termina por sugerir a necessidade de restrição do Poder Judiciário quanto aos julgamentos que versem sobre desacordos morais.

A influência do *Backlash* nas mudanças sociais não se limita ao retrocesso das transformações sociais realizadas pelo Poder Judiciário. Tal visão é restrita à valoração negativa do fenômeno. Adotando visão neutra, são perceptíveis outras formas de influências nas mudanças sociais, como a pressão sobre o Legislativo para que este elabore determinada legislação que corresponda à vontade popular. Um exemplo dessa outra maneira de ingerência de *Backlash* é a questão da possibilidade de prisão após o julgamento em segunda instância, já que, após o julgamento pelo STF, de que a regra é que as prisões de sentença condenatória sejam efetuadas após o trânsito em julgado, além das críticas públicas e das manifestações sociais contra a Corte Constitucional, também ocorreu *Backlash* contra o Poder Legislativo (a omissão também é uma forma de decisão), exigindo por meio de diferentes estágios do fenômeno que a legislação seja alterada conforme a vontade popular. Nessa situação, caso se concretize o anseio social, haverá uma transformação social originada do efeito *Backlash*.¹⁹³

3.5. Backlash e Constitucionalismo Democrático

Após verificadas as dez principais formas de manifestação do *Backlash*, cumpre neste momento buscar a quebra de um paradigma. Não há uniformidade na valoração desse fenômeno, sendo comum encontrar referências negativas e visões positivas a essa força contrária que se desenvolve a partir de determinado pronunciamento em jurisdição constitucional. Há um pressuposto, advindo da doutrina norte-americana, de que o

¹⁹² RAMALHO, Alex Saito. *Backlash Cibernético: as reações políticas e sociais à jurisdição constitucional na sociedade virtual*. São Paulo: Dialética, 2022, s.l

¹⁹³ RAMALHO, Alex Saito. *Backlash Cibernético: as reações políticas e sociais à jurisdição constitucional na sociedade virtual*. São Paulo: Dialética, 2022, s.l

Backlash é instrumento de retrocesso social.¹⁹⁴ A crítica a essa concepção foi o alicerce para o desenvolvimento da corrente doutrinária do Constitucionalismo Democrático, como visto.

A lógica por trás dessa valoração negativa está no fato de os Tribunais Constitucionais exercerem a denominada função contramajoritária além de proteger os direitos fundamentais previstos constitucionalmente. Em consequência, grupos contrariados, geralmente conservadores, reagem de forma intensa e tentam derrubar os julgados que protegem direitos fundamentais das minorias. Com isso, julgamentos das Cortes Constitucionais podem ser derrubados por leis novas, fruto das reações sociais.

A conclusão de que backlash possa se apresentar em si como um fenômeno revestido de carga semântica negativa, regressiva, antiminoritária, parte da premissa de que a divergência em relação à decisão da Corte Constitucional traduza sempre um resultado indesejável – ou pela circunstância de que as conclusões havidas na prestação jurisdicional são sempre corretas e não estariam a merecer censura; ou porque, ainda que não traduzam a melhor inteligência da *quaestio juris* submetida à apreciação, resistir contra a decisão judicial poderia determinar um perigoso abalo ao sistema político de fixação do sentido constitucional, ou mesmo ao caráter simbólico da Corte.¹⁹⁵

Portanto, a carga semântica negativa, antiminoritária e regressiva do fenômeno é fruto do pressuposto de que o dissenso ao julgamento de Tribunal Constitucional, sempre correto e positivo, resulta em consequências indesejáveis. E mesmo que o posicionamento do Tribunal não traduza a “melhor inteligência da *quaestio juris*” sob apreciação, resistências às decisões do Poder Judiciário podem acarretar um temerário problema ao sistema de interpretação democrática do sentido da Constituição ou até à Corte e ao que ela simboliza.¹⁹⁶

A corrente do minimalismo judicial defende a prudência no julgamento de casos sensíveis, para não haver retrocessos na efetivação de direitos fundamentais. Assim, como

¹⁹⁴ FONTELES, S. *Direito e Backlash*. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2018, p. 17.. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br> Acesso em: 2 dez 2023.

¹⁹⁵ VALLE, V. R. L. *Backlash à decisão do Supremo Tribunal Federal: pela naturalização do dissenso como possibilidade democrática*.2013, p.4. Disponível em: <https://www.academia.edu/>. Acesso em: 23 abr.2023.

¹⁹⁶ VALLE, V. R. L. *Backlash à decisão do Supremo Tribunal Federal: pela naturalização do dissenso como possibilidade democrática*.2013, p.4. Disponível em: <https://www.academia.edu/>. Acesso em: 23 abr.2023.

concepção negativa de *Backlash*, os Tribunais devem neutralizar a própria manifestação a partir de estratégias de construção das decisões, revestindo as Cortes de imunidade. Isso porque a resistência contra as deliberações de uma instituição, à qual a própria Carta Magna atribui a incumbência de definir com supremacia o conteúdo de preceitos constitucionais, é por si só reveladora da violação da própria Constituição.¹⁹⁷

Para analisar a perspectiva de inserção do *Backlash* na dinâmica da jurisdição constitucional, é preciso elucidar a dissociação entre o conceito do fenômeno e a valoração da decisão foco do *Backlash*. É que não há uma correlação visceral entre a correção/equívoco da decisão e a reação social resultante. A emergência do *Backlash* é produto da colisão entre o posicionamento de uma instituição sobre determinado tema controverso e entendimentos divergentes de alguns setores sociais. Ou seja, não envolve acerto nem desacerto da decisão, nem retrocesso nem progresso da reação; simplesmente indica a existência de um desacordo moral sobre um conteúdo sensível. Para Vanice Valle:

Está-se então no plano puro e simples da manifestação do dissenso a uma alteração brusca do *status quo* - sem que se possa afirmar aprioristicamente que essa divergência seja em si boa ou ruim; o que ela expressa é em princípio, o descontentamento com a solução. A reação à mudança brusca - e em síntese é disso que se cuida quando se alude a *Backlash* - só pode receber signo valorativo quando se tem uma avaliação sobre a bondade ou maldade do regi-me anterior (superado pela decisão) que funcione como elemento de orientação quanto à pertinência da mudança em si.¹⁹⁸

Uma questão que não pode ser ignorado a uma adequada compreensão do fenômeno é que o descontentamento com determinado posicionamento judicial e a reação subsequente podem ser expressos por grupos não atingidos diretamente pelo resultado da pronúncia judicial. O universo dos agentes do *Backlash* é de difícil delimitação, pois se trata de uma sociedade multicultural, plural, e a reação pode advir de qualquer grupo social direta ou indiretamente afetado ou mesmo que não seja afetado de alguma maneira.

¹⁹⁷ RAMALHO, Alex Saito. *Backlash Cibernético: as reações políticas e sociais à jurisdição constitucional na sociedade virtual*. São Paulo: Dialética, 2022, s.l

¹⁹⁸ VALLE, V. R. L. *Backlash à decisão do Supremo Tribunal Federal: pela naturalização do dissenso como possibilidade democrática*. 2013, p. 9. Disponível em: <https://www.academia.edu/>. Acesso em: 23 abr. 2023/2013.

O dissenso potencializado em uma coletividade multifacetada é suficiente para desencadear o *Backlash*.¹⁹⁹

O *Backlash*, pode ser veiculado diretamente pela sociedade, por meios do etapas de manifestações sociais, e por meio da representação do Poder Legislativo, o ativismo congressual e reações legislativas. Nos Estados Unidos, ele se manifesta mais por reações legislativas, pelas características do federalismo que confere maior autonomia aos Estados-membros. Já no Brasil, ele se manifesta mais pela organização coletiva e pela representação; a primeira é a mais recorrente. Essa diferença mostra a dificuldade do modelo brasileiro de adotar a premissa de diversos marcos teóricos, estruturados com base no sistema norte-americano.²⁰⁰

A valoração apriorística do fenômeno como fator negativo ou positivo se revela uma compreensão superficial, sendo precipitada qualquer concepção acerca da afetação do *Backlash* no funcionamento do jogo democrático. Em uma concepção neutra, a questão que se coloca é sobre a função do *Backlash* no complexo arcabouço que dá vida e atualidade ao sentido constitucional pela via da revisão judicial. O fenômeno tem o papel de alinhar a jurisprudência da Corte Constitucional à vontade popular, fomentando um diálogo para a construção da decisão judicial, ou tem como finalidade provocar o retrocesso de avanços conquistados por meio do Poder Judiciário, derrubando decisões dissidentes da vontade popular?²⁰¹

Percebe-se que uma resposta jurídica somente é possível a partir de uma análise vertical do caso concreto em que o *Backlash* se manifesta, considerando todas as circunstâncias variáveis, o sistema político, a organização judiciária, as peculiaridades da sociedade e a intensidade do desacordo moral. O fenômeno em questão exige equidistância entre concepções negativas e positivas do efeito para se poder dissecar suas origens, formas de manifestação, modo de desenvolvimento e consequências, para que

¹⁹⁹ Supremo Tribunal Federal: pela naturalização do dissenso como possibilidade democrática. 2013, p. 10. Disponível em: <https://www.academia.edu/>. Acesso em: 23 abr. 2023

²⁰⁰ VALLE, V. R. L. *Backlash à decisão do Supremo Tribunal Federal: pela naturalização do dissenso como possibilidade democrática*. 2013, p. 9. Disponível em: <https://www.academia.edu/>. Acesso em: 23 abr. 2023. ²¹⁷ VALLE, V. R. L. *Backlash à decisão do Supremo*

²⁰¹ RAMALHO, Alex Saito. *Backlash Cibernético: as reações políticas e sociais à jurisdição constitucional na sociedade virtual*. São Paulo: Dialética, 2022, s.l

então sejam verificadas as providências pertinentes para minimizar, solidificar ou potencializar os efeitos do *Backlash*.²⁰²

É preciso esvaziar os conteúdos valorativos da expressão e raciocinar sobre o *Backlash* como uma reação que expressa divergência intensa, um fenômeno natural na interpretação dos sentidos constitucionais em sociedades heterogêneas. Mas não pode ser ignorada a importância da influência, direta ou indireta, do *Backlash* no processo deliberativo e na jurisdição constitucional. Ele é um elemento a ser equacionado pelas Cortes Constitucionais na interpretação dos sentidos constitucionais.

A maior participação popular na interpretação constitucional é a premissa fundamental do Constitucionalismo Democrático. Não se trata de afastar definitivamente a interpretação constitucional das Cortes, mas de evitar uma visão juristocêntrica, já que a interpretação técnica deve extrair a sua legitimidade nos valores e ideais populares. Tal marco teórico defende, portanto, [...] a permanência do Poder Judiciário em um foro especial na interpretação constitucional, mas sem a prerrogativa da primeira, nem da última palavra, que é disputada por ele com os pronunciamentos legislativos, com as normas da administração pública e com as reivindicações dos movimentos sociais.²⁰³

“O conflito é uma consequência inevitável da reivindicação de direitos constitucionais e que a controvérsia gerada é benéfica na medida em que incentiva a participação política ativa e crítica sobre a hermenêutica da Constituição”. Grupos que se opõem, por exemplo, a decisões muito sensíveis reagem a qualquer tipo de flexibilização, seja por meio de nova legislação ou decisões judiciais. Portanto, deixar algo fora os tribunais não é uma garantia de apaziguamento ou suspensão do conflito. Pelo contrário: “quando um tribunal se recusa a aplicar um direito constitucional em reverência a possíveis ofendidos, parece afirmar indiretamente que o valor constitucional relevante não é importante o suficiente para merecer proteção judicial”.²⁰⁴

²⁰² TEDESCO, F. *O Backlash e a legitimação democrática do Judiciário: análise exemplificada pela prisão em segunda instância*. Dialética: São Paulo, 2022.

²⁰³ KRONKA, Bruno Ávila F. *O efeito backlash como estímulo à accountability do sistema de justiça brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020, p. 45. Disponível em: <https://archivum.grupomarista.org.br/> Acesso em: 20 out 2023

²⁰⁴ KRONKA, Bruno Ávila F. *O efeito backlash como estímulo à accountability do sistema de justiça brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020, p. 45. Disponível em: <https://archivum.grupomarista.org.br/> Acesso em: 20 out 2023

A interpretação técnica ou legal da Constituição preza pela formação de uma identidade nacional (ou "*nomos*", expressão cunhada por Robert Cover)²⁰⁵ na interpretação jurídica de valores constitucionais abertos, tais como equidade, liberdade, dignidade, família, fé, etc., o que gera as controvérsias em razão da heterogenia da sociedade, que implica na existência de uma grande diversidade de visões de mundo. É esse vácuo entre os entendimentos dos operadores do direito e do povo sobre a melhor interpretação da constituição em questões controvertidas – normalmente morais e políticas, não meramente jurídicas – é que impõe a utilização desse modelo de equilíbrio proposto pelo Constitucionalismo Democrático.

Diferente dos defensores no minimalismo judicial como interpretação constitucional correta, em resposta ao originalismo, e como defesa ao legado do Tribunal Warren, Post e Siegel entendem que há necessidade de “uma perspectiva constitucional substantiva” que, em vez de afastar os conflitos, estimule as partes interessadas a elaborar o significado constitucional – “as Cortes por meio de razões jurídicas e o governo representativo e os cidadãos expressando o seu descontentamento pelo *Backlash*.”²⁰⁶

Os limites dessa militância constitucional dos cidadãos que reivindicam o seu papel de intérpretes por meio das reações políticas são as próprias barreiras democráticas. O direito de resistência ou a desobediência civil que pretendam superar o precedente hostilizado devem manifestar-se de forma compatível com o Estado Democrático de Direito. Essa diferenciação permite que ministros do Supremo Tribunal Federal compartilhem a análise do *Backlash* sob o marco teórico do Constitucionalismo Democrático. Entretanto, o Poder Judiciário não se presta a pacificador de anseios políticos da sociedade. A ideia de que uma resolução final dos conflitos é eventualmente possível coloca em risco o projeto democrático [...]. O conflito de interesses, se mantido na esfera democrática, é positivo para reaquecer a relação entre a soberania popular e a letra fria da Carta Política.²⁰⁷

²⁰⁵ COVER, 2007, apud KRONKA, Bruno Ávila F. *O efeito backlash como estímulo à accountability do sistema de justiça brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020, p. 45. Disponível em: <https://archivum.grupomarista.org.br/> Acesso em: 20 out 2023.

²⁰⁶ KRONKA, Bruno Ávila F. *O efeito backlash como estímulo à accountability do sistema de justiça brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020, p. 46. Disponível em: <https://archivum.grupomarista.org.br/> Acesso em: 20 out 2023

²⁰⁷ KRONKA, Bruno Ávila F. *O efeito backlash como estímulo à accountability do sistema de justiça brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020, p. 47. Disponível em: <https://archivum.grupomarista.org.br/> Acesso em: 20 out 2023

Fonteles define: o *Backlash* origina-se de uma tensão que se estabelece quando a atuação do Judiciário, preferencial intérprete da Constituição, contraria interesses de forças políticas da sociedade, majoritárias ou não. Revela-se aí um estado de aparente conflituosidade entre a legitimidade do autogoverno (democracia) e a integridade do Estado de Direito (constitucionalismo). Isso pode justificar não haver tradicionalmente reações *Backlash* no constitucionalismo brasileiro, uma vez que a redemocratização apenas ocorreu recentemente (em 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”.²⁰⁸

Do ponto de vista de Siegel e Post, o Constitucionalismo Democrático deixa implícito “o paradoxo de que a autoridade constitucional depende a receptividade democrática e da legitimidade da lei”. Esse Constitucionalismo, como um novo tipo de abordagem, visa superar a predominância do modelo original de interpretação, quando associa, a esse modelo, preocupações com a mobilização popular e as inerentes diferenças culturais; com a participação da sociedade civil e seus compromissos progressistas expressos em lei. Isso, porém, sem “desautorizar novas formas de autoridade constitucional”. Essa abordagem inovadora determina um momento novo nos debates, ao associar argumentos jurídicos e políticos às formas de contraposição eficaz a uma interpretação conservadora. “O Constitucionalismo Democrático permite compreender como a Constituição pode continuar a inspirar lealdade e compromisso, apesar de um

²⁰⁸ FONTELES, S. *Direito e Backlash*. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2018, p. 41. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br> Acesso em: 2 dez 2023

persistente desacordo. Algum grau de conflito pode ser uma consequência inevitável de reivindicar direitos constitucionais.”²⁰⁹

Sendo assim, a participação popular na interpretação de questões jurídicas constitucionais não é somente legítima, como também pode colaborar para com o “próprio fortalecimento do princípio democrático”. Democracia não faz oposição ao Constitucionalismo; logo, não há por que as Cortes busquem tomar decisões que, estrategicamente, visem evitar conflitos em relação a seu entendimento. Há uma “insuficiente democratização das instituições, nelas incluído o Poder Judiciário” pode impedir a coparticipação popular efetiva na construção daquilo que é e que significa ser constitucional. No Brasil, “o titular do poder (o povo)” espera passivamente a autocontenção das Cortes ou a atuação independente dos demais poderes para conter o ativismo por meio do qual o Judiciário extrapola a sua esfera de competência em questões moral e politicamente controversas.”²¹⁰

3.6. Identificação de *Backlashes* no Brasil na Visão de Kronka

Procurando desfazer a visão geralmente negativa, atribuída aos efeitos de *Backlashes* a decisões judiciais, Kronka explorou outro viés, indicado na proposta do Constitucionalismo Democrático, advogada pelos já referidos Robert Post e Reva Siegel. Como já adiantado, a formulação defendida por esses professores constitui o marco teórico em que se apoia a hipótese deste estudo, tendo em vista sua capacidade de identificar contribuições positivas do fenômeno para reequilibrar a balança entre o papel da Corte e as manifestações democráticas da sociedade, na busca pelo significado constitucional.²¹¹

A análise de casos representativos de *Backlash* no Brasil baseia-se no método desenvolvido por Samuel Fonteles, em seu “catálogo de exteriorizações” (sintomas), as quais podem sinalizar a ocorrência desse fenômeno. Nesse sentido, para se identificarem

²⁰⁹ ZAGURSKI, Adriana Timoteo dos Santos. Backlash: uma reflexão sobre deliberação judicial em casos polêmicos. *Revista da AGU*, v.16, n. 3, p. 87-108, 2017, p. 94. Disponível em: <https://www.researchgate.net/> Acesso em: 2 dez 2023.

²¹⁰ KRONKA, Bruno Ávila F. *O efeito backlash como estímulo à accountability do sistema de justiça brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020, p. 47. Disponível em: <https://archivum.grupomarista.org.br/> Acesso em: 20 out 2023

²¹¹ KRONKA, Bruno Ávila F. *O efeito backlash como estímulo à accountability do sistema de justiça brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020, p. 73. Disponível em: <https://archivum.grupomarista.org.br/> Acesso em: 20 out 2023.

contribuições de efeitos *Backlash*, avaliar as consequências em três possíveis reações nesse sentido, ocorridas no sistema de justiça brasileiro.²¹²

Os precedentes exemplificados foram escolhidos com base na observação da repercussão social de matérias de ordem constitucional decididas pelo STF, conforme os critérios: i) decisões em sede de jurisdição constitucional sobre matérias que representem desacordos políticos ou morais da sociedade; ii) decisões que não geraram pacificação social, mas sim, aumento do debate público acerca da temática entre juristas, cientistas sociais, reações de organizações da sociedade civil, pautas de candidatos em campanhas eleitorais e autoridades dos Poderes, com repercussão reiterada na mídia; iii) matéria tratada nas decisões ter sido apontada pela doutrina como desencadeadora de efeito *Backlash* (atual ou futuro) ou temática similar objeto de reações *Backlashes* em outros países.

Com base nesses critérios, foram selecionados julgados do STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade: Lei de Anistia (ADPF 153), União Homoafetiva (ADI n. 4277 e ADPF 132) e Vaquejada (ADI 4983). Tais julgados servem também para desmitificar a ideia de que o *Backlash* é instrumentalizado por blocos conservadores do *status quo* dentro da sociedade.

A análise busca examinar as reações sociopolíticas negativas ou positivas aos indicadores do efeito *Backlash*. Depois, faz-se a conexão entre os indicadores de efeito *Backlash* apontados e os efeitos normativos gerados que demonstram se houve ou não melhoria na responsividade da Corte; ainda se, em consequência, houve um incremento no coeficiente democrático com a dialogicidade imposta pelo fenômeno. Considera-se, nesse sentido, que os efeitos podem transcender a esfera do Judiciário, afetando mais de um poder, como consequência da decisão judicial, ou podem não causar qualquer ampliação no Judiciário ou nas condutas de seus membros.

3.6.1. Lei de Anistia - ADPF 153

No julgamento da ADPF 153, que tinha como objetivo questionar a anistia concedida a agente públicos civis e militares, por crimes cometidos durante a ditadura

²¹² KRONKA, Bruno Ávila F. *O efeito backlash como estímulo à accountability do sistema de justiça brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020, p. 73. Disponível em: <https://archivum.grupomarista.org.br/> Acesso em: 20 out 2023.

militar brasileira (1964-1985), o STF considerou recepcionada a Lei de Anistia, Lei n. 6.683/79, gerando reações de setores organizados da sociedade. Frise-se que tal decisão ocorreu após muitos anos de luta pela anistia de perseguidos políticos e de luta por justiça no Brasil. Trata-se de decisão estratégica tomada pelo STF, preocupado com as consequências negativas que poderiam advir da invalidação de uma lei aprovada consensualmente e de acordo com o direito positivo então vigente, não obstante seu caráter injusto, em um país recentemente redemocratizado.

Essa decisão do STF parece ter sido guiada pelo mesmo espírito dos Tribunais brasileiros, para os quais “essa lei beneficiava tanto os opositores como os agentes da ditadura” – isso, no contexto das respostas às inúmeras ações de familiares de vítimas e do Ministério Público Federal, com a finalidade de abrir arquivos estatais considerados “segredos de Estado”, de identificar os responsáveis pelo desaparecimento de pessoas durante a ditadura, de indenizar as vítimas e perseguir penalmente agentes estatais por crimes imprescritíveis.²¹³

“Prevaleceu uma conciliatória da justiça de transição, preterindo a punição e a memória em favor de direitos indenizatórios, na expectativa da pacificação social. Contudo, em vez de se pôr um ponto final no assunto, o que se viu foram inúmeras reações após a decisão do STF”: críticas públicas (jornalistas e figuras públicas), manifestações sociais (estados, universidades e OAB), reações legislativas (criação da Comissão Nacional da Verdade e proposta de projetos de Lei), desobediência civil (escrachos populares) e insubordinação de agentes (teses institucionais do MPF e ADPF).²¹⁴

Observando os resultados e aplicando a formulação proposta por Fonteles para apuração do grau, ou intensidade da reação *Backlash*, tem-se que: $I = \sum X/n$, onde **X** é o valor atribuído como resposta a cada pergunta e assume os valores de 0 (zero), 0,5 (meio), ou 1,0 (um), pontos a depender da intensidade do indicador; e **n** é o número de variáveis avaliadas no processo.²¹⁵

²¹³ KRONKA, Bruno Ávila F. *O efeito backlash como estímulo à accountability do sistema de justiça brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020, p. 78. Disponível em: <https://archivum.grupomarista.org.br/> Acesso em: 20 out 2023.

²¹⁴ KRONKA, Bruno Ávila F. *O efeito backlash como estímulo à accountability do sistema de justiça brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020, p. 77. Disponível em: <https://archivum.grupomarista.org.br/> Acesso em: 20 out 2023.

²¹⁵ FONTELES, S. *Direito e Backlash*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 82.

$$I = 4 / 10 = 0,4$$

Utilizando a escala de intensidade²¹⁶, por meio da qual é quantificada a magnitude do efeito *Backlash*, observa-se que a reação ao julgamento da ADPF 153 teve uma força mediana ($0,35 < I < 0,6$) no seio da sociedade, demonstrando que parte da comunidade estava atenta ao julgamento e procurou se mobilizar após o desfecho negativo do julgamento.

A escolha da ADPF 153 para ser analisada no presente estudo teve como razão o entendimento, muito comum mesmo no meio acadêmico, de atrelar o efeito *Backlash* a movimentos conservadores que buscam manter o *status quo*. Mas essa reação ao julgamento foi instrumentalizada pela ala progressista da sociedade, desmitificando o entendimento anterior. Aliás, essa concepção advém dos primórdios dos estudos do referido fenômeno em terras norte-americanas, cujos casos avaliados tinha a parte conservadora da sociedade como insurgente.

Contribuição do Backlash à ADPF 153 para a ampliação do coeficiente democrático na sociedade

As reações sociais e institucionais ao julgamento da ADPF 153 pelo STF revelaram um clamor popular pelo respeito à história nacional de conquistas democráticas. Um dos avanços obtidos foi a ampliação do direito fundamental ao acesso à informação do interesse particular do cidadão ou da coletividade, perante os órgãos públicos (art. 5º, XXXIII, CF/88).

A participação popular plural e a ruptura com a cultura do sigilo nortearam a criação de duas legislações em novembro de 2011: a Lei n.12.527/11, a Lei de Acesso à Informação, que dispôs sobre os procedimentos para acesso a informações públicas; a Lei n. 12.528/11, que instituiu a Comissão Nacional da Verdade (CNV), com o objetivo de examinar e esclarecer as graves violações de direitos humanos praticadas no período fixado no art. 8º dos Atos e Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), efetivar o direito à memória e à verdade histórica e promover a reconciliação nacional. Ambas têm um caráter óbvio de reação ao julgamento da ADPF 153, que tinha como finalidade

²¹⁶ FONTELES, S. *Direito e Backlash*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 83

questionar a anistia concedida a agentes públicos civis e militares por crimes cometidos no período da ditadura militar no país.²¹⁷

Dessa análise, em relação ao objetivo buscado, foi possível depreender as seguintes contribuições do *Backlash* à ampliação do coeficiente democrático, conforme Kronka:

1. as críticas de jornalistas e figuras públicas trazem uma contribuição à transparência e publicidade à decisão; 2. a criação da Comissão Nacional da Verdade (CNV) pelo Executivo Federal e dos Comitês e fóruns instaurados para restauração da verdade são iniciativas da administração federal indireta (universidades) - e da OAB, com forte participação da sociedade civil, enquadrando-se nas dimensões de transparência, de participação, de responsividade e de responsabilidade da sociedade; 3. os “escrachos” populares revelam uma clara faceta de resistência social, em que os cidadãos conclamam uma resposta das autoridades e a responsabilização criminal dos envolvidos em atos ilegais anistiados; 4. a decisão da Corte IDH no caso Gomes Lund e outros vs. Brasil (Guerrilha do Araguaia) opõe-se à decisão do STF, impondo uma condenação ao Brasil, que passa a ser obrigado a investigar e levar à Justiça criminal os responsáveis pelo desaparecimento de 62 militantes políticos na região do Araguaia; 5. por fim, a Lei n.12.527/11, Lei de Acesso à Informação e a Lei n. 12.528/11, que instituiu a Comissão Nacional da Verdade (CNV), inserem-se na dimensão de transparência, de participação popular na governança do Judiciário e do Executivo principalmente, além de criarem novos mecanismos de reclamação e punição pelo descumprimento das obrigações éticas e legais.²¹⁸

3.6.2. União Homoafetiva no Brasil - ADI N. 4277 e ADPF N.132

A decisão do STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4277 e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 132 “reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, com todos os direitos e deveres que emanam da união estável entre homem e mulher, consagrados no art. 226, 3º, da CF/88 e no art.

²¹⁷ KRONKA, Bruno Ávila F. *O efeito backlash como estímulo à accountability do sistema de justiça brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020, p. 78. Disponível em: <https://archivum.grupomarista.org.br/> Acesso em: 20 out 2023

²¹⁸ KRONKA, Bruno Ávila F. *O efeito backlash como estímulo à accountability do sistema de justiça brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020, p. 79. Disponível em: <https://archivum.grupomarista.org.br/> Acesso em: 20 out 2023.

1.723 do Código Civil”. Visando superar “o vácuo legislativo” sobre essas uniões, a Corte maior justificou que “deveriam prevalecer o direito à livre busca da felicidade e à liberdade sexual, bem como os princípios da dignidade, da isonomia, da autonomia da vontade das pessoas naturais, da intimidade e da privacidade, todos tutelados constitucionalmente (ADPF 132 e ADI 4277)”.²¹⁹

Por meio da Resolução n. 175, de 14 de maio de 2013, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) estabeleceu a proibição aos cartórios brasileiros de se recusarem a realizar a habilitação, a celebração de casamento civil ou a conversão de união estável em casamento entre as pessoas do mesmo sexo, sob pena de comunicação ao juiz corregedor para providências cabíveis pelo descumprimento. [...] o Poder Judiciário tem-se firmado como o mais importante ator na garantia dos direitos civis a homossexuais. Entre os anos de 1989 e 2012, foi constatado no STF e STJ, que de um total de 38 casos analisados, 25 tiveram resultado favorável aos pedidos de casais homoafetivos (envolvendo união estável, pensão, benefícios previdenciários), sendo sete (07) desfavoráveis e seis (06) favoráveis em parte.²²⁰

Foi grande a contrariedade da maior parte da sociedade quanto a essa decisão, e o STF ainda reconheceu a demora legislativa em relação ao assunto e julgou a homofobia e a transfobia como componentes do crime de racismo,²²¹ gerando mais reações à ampliação dos direitos das comunidades LGBTQIA+. Houve estímulo a movimentos nos dois sentidos, contrários e favoráveis, porém foi muito mais pelo conteúdo das decisões políticas do que pelo agente decisório (Poder Judiciário, com decisões do STF em sede de controle concentrado). Assim, o efeito *Backlash* teria ocorrido independentemente de a decisão ter vindo do Legislativo ou do Executivo.²²²

²¹⁹ KRONKA, Bruno Ávila F. *O efeito backlash como estímulo à accountability do sistema de justiça brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020, p. 79. Disponível em: <https://archivum.grupomarista.org.br/> Acesso em: 20 out 2023.

²²⁰ COACCI, 2014, apud KRONKA, Bruno Ávila F. *O efeito backlash como estímulo à accountability do sistema de justiça brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020, p. 79. Disponível em: <https://archivum.grupomarista.org.br/> Acesso em: 20 out 2023.

²²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26. Relator: Ministro Celso de Mello. Requerente (s): Partido Popular Socialista (PPS). Data do julgamento: 13/06/2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053> Acesso em: 23 abr. 2023.

²²² KRONKA, Bruno Ávila F. *O efeito backlash como estímulo à accountability do sistema de justiça brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020, p. 80. Disponível em: <https://archivum.grupomarista.org.br/> Acesso em: 20 out 2023.

As reações identificadas por Kronka foram: críticas públicas (moções de repúdio de entidade jurídico-religiosa), manifestações sociais (protestos de comunidades evangélicas nas ruas e em redes sociais, ADI 4966, criação de Frente Parlamentar Evangélica e pesquisas de opinião), influência na plataforma eleitoral (candidato a presidente da República tinha como plataforma principal para a educação a mudança no conteúdo e método adotou a plataforma “sem doutrinação sexual”), reações legislativas (Projeto de Decreto Legislativo 224, tramitação do PL n. 6583/2013 Estatuto da Família), indicações estratégicas para a Corte (o presidente indicou Ministros para o STF com perfil conservador de direita) e insubordinação de agentes (reação dos deputados federais e senador ao programa “Brasil sem Homofobia”).²²³

Utilizando-se a mesma fórmula de Samuel Fonteles²²⁴ ($I = \sum X/n$), chega-se ao valor da intensidade da reação ($I = 0,6$), indicando que o *Backlash*, nesse caso, foi bem intenso, percorrendo quase todos os itens escala de intensidade de uma reação lícita; ficou nos limites de um *Backlash* de alto impacto.

Esse *Backlash* teve “uma típica formulação conservadora”, na qual o fundamento jurídico da decisão foi afastado do debate, e atacou-se a vertente moral, ideológica. O resultado é que a decisão do STF não pacificou a questão e gerou grandes reações de parcela majoritária da sociedade.

Contribuição do *Backlash* à ADI n. 4277 e à ADPF n.132

O efeito *Backlash* à decisão do STF sobre a constitucionalidade da união homoafetiva no Brasil demonstrou a acessibilidade do povo “a ferramentas já existentes de fiscalização vertical (eleitoral e social) e horizontal do Judiciário”. Por exemplo:

A decisão de junho de 2018 do plenário do CNJ, órgão pertencente à estrutura do Poder Judiciário, que proibiu que os cartórios lavrem escrituras públicas de uniões poliafetivas (PP n. 0001459-08.2016.2.00.0000) atende a uma demanda de não expansão do conceito de família além das tradicionalmente aceitas, monogâmicas e heteroaletivas, da sociedade brasileira que reagiu politicamente à decisão do STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4277

²²³ MELLO et al., 2012, apud KRONKA, Bruno Ávila F. *O efeito backlash como estímulo à accountability do sistema de justiça brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020, p. 82. Disponível em: <https://archivum.grupomarista.org.br/> Acesso em: 20 out 2023.

²²⁴ FONTELES, S. *Direito e Backlash*. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2018, p.81 Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br> Acesso em: 2 dez 2023.

[...] e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 132/RJ[...]. Trata-se de revisão externa à atividade jurisdicional [...], cuja competência no Brasil é constitucionalmente atribuída ao CNJ (103B, §4º, da Constituição Federal).²²⁵

As milhares de pessoas protestando em redes sociais e nas ruas contra o movimento LGBTQIA+, contra o Poder Judiciário e contra o governo federal, devido ao tratamento igualitário dispensado a casais homossexuais, bem como acadêmicos instigando Oficiais de Registro à desobediência civil à Resolução do CNJ dentre outras, representam uma reação social de cobrança de “prestação de contas das autoridades” sobre a temática. Mas a falta de apoio de grande parte dos veículos oficiais de comunicação ao teor conservador dos protestos enfraqueceu os efeitos do movimento *Backlash*, mesmo assim, os resultados das urnas refletiram o desejo da maioria conservadora, eminentemente religiosa, ao elegerem novos mandatários em 2018 com a retórica da “família tradicional brasileira.”²²⁶

Sobre os indicadores individuais do *Backlash*, Kronka chegou identificar as seguintes contribuições do fenômeno:

1.o PDC n. 106/2013, que pretende invalidar a Resolução CNJ n. 175/2013, discute os limites do poder regulamentar do CNJ, o que leva aos representantes do povo e à própria sociedade o debate sobre a interpretação do sentido constitucional, ampliando a participação popular e permitindo uma revisão externa dos atos do STF; 2. a discussão do programa “Brasil Sem Homofobia” (ainda que sob o falso pseudônimo de “Kit Gay”) e do conteúdo e método de ensino das escolas brasileiras (ainda que sob o lema “sem doutrinação e sexualização precoce”, de cunho moralista e inacreditavelmente redutor da complexidade do tema) durante os debates eleitorais ampliaram o debate público sobre o tema, tudo em decorrência clara de um *Backlash* à decisão do STF ora estudada; 3. a decisão do CNJ no PP n. 000145908.2016.2.00.0000, que proibiu que os cartórios lavrem escrituras públicas de uniões poliafetivas, pode ser vista como revisão externa à atividade jurisdicional, ainda que não revogue especificamente a decisão do STF, limita uma tendência da Corte

²²⁵ KRONKA, Bruno Ávila F. *O efeito backlash como estímulo à accountability do sistema de justiça brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020, p. 82. Disponível em: <https://archivum.grupomarista.org.br/> Acesso em: 20 out 2023.

²²⁶ KRONKA, Bruno Ávila F. *O efeito backlash como estímulo à accountability do sistema de justiça brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020, p. 83. Disponível em: <https://archivum.grupomarista.org.br/> Acesso em: 20 out 2023.

de permitir novas significações constitucionais mais amplas (ou mais eudemonistas) ao termo “família”.²²⁷

Por último, a mera ocorrência de *Backlash* não foi suficiente para modificar a referida decisão. A propósito, recorde-se o Provimento n. 73/2018, do CNJ, que ampliou os direitos dos transgêneros mesmo ante os efeitos do *Backlash* contra a união legal homoafetiva.

3.6.3. A Vaquejada - ADI 4.983

Um dos casos que também gerou reações legislativas imediatas por parte da sociedade foi o da vaquejada. Em 2013, o Estado do Ceará editou a Lei n. 15.299, regulamentando a atividade da "vaquejada" no estado, fixando critérios para a competição e obrigando os organizadores à adoção de medidas de segurança para os vaqueiros, para os animais e para os espectadores. O STF, provocado por uma ADI proposta pelo Procurador-Geral da República, decidiu pela inconstitucionalidade da lei estadual que regulamentou essa atividade, “por violação ao art. 225, §1º, VII, da CF/88, por meio da ADI 4983”. Treze dias depois, o Congresso Nacional editou a Lei n. 13.364/2016, elevando o rodeio, a vaquejada e as “respectivas expressões artístico-culturais, à condição de manifestações da cultura nacional e de patrimônio cultural imaterial”.²²⁸

Certo de que o STF iria manter a proibição, o Congresso Nacional decidiu alterar a própria Constituição, adentrando na discussão travada na declaração de inconstitucionalidade relativa à crueldade que estaria presente na atividade da vaquejada (trata-se da Emenda Constitucional n. 96/2017, decorrente da Proposta de Emenda à Constituição n. 50/2016, proposta no Senado Federal, que gerou a PEC 304/2017). Na referida PEC foi inserida a previsão expressa de que são permitidas práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, acrescendo o §7º ao art. 225 da CF/88. O Fórum Nacional de Proteção e Defesa Animal ajuizou Ação Direta de

²²⁷ KRONKA, Bruno Ávila F. *O efeito backlash como estímulo à accountability do sistema de justiça brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020, p. 84. Disponível em: <https://archivum.grupomarista.org.br/> Acesso em: 20 out 2023.

²²⁸ KRONKA, Bruno Ávila F. *O efeito backlash como estímulo à accountability do sistema de justiça brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020, p. 84. Disponível em: <https://archivum.grupomarista.org.br/> Acesso em: 20 out 2023.

Inconstitucionalidade (ADI 5728), no Supremo Tribunal Federal (STF), para questionar a Emenda Constitucional (EC) 96/2017.²²⁹

Um novo *round* da questão foi o sancionamento da Lei n. 13.873/19, reconhecendo o rodeio, a vaquejada e outras modalidades equestres tradicionais, como “expressões esportivoculturais pertencentes ao patrimônio cultural brasileiro de natureza imaterial, sendo atividades intrinsecamente ligadas à vida, à identidade, à ação e à memória de grupos formadores da sociedade brasileira”. Houve manifestações da população nordestina em Salvador, em Brasília e em outras cidades a favor da Vaquejada “como prática esportiva-cultural, além das reações legislativas”.²³⁰

Ainda que as reações legislativas tivessem sido o único meio de exteriorização típica do fenômeno, isso não significaria a ausência de efeito *Backlash*, mas apenas que não são perceptíveis outros indicadores em âmbito nacional contrários à decisão judicial. Trata-se, sem dúvidas, de uma manifestação fraca do fenômeno *Backlash*.²³¹

Para Fonteles, rigorosamente, não há uma comprovação cabal de *Backlash*, pois não se teve conhecimento de que a decisão do STF tenha despertado hostilizações sociais muito significativas; houve apenas “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.”²³²

Independentemente, Kronka investigou os efeitos dos movimentos contra a decisão da ADI 4.983, à luz dos critérios do *Backlash* e identificou suas contribuições à ampliação do coeficiente democrático no sistema de justiça brasileiro: o “diálogo interinstitucional entre Judiciário e Legislativo”, em níveis estadual e nacional, teve repercussão regionalizada, haja vista essa manifestação cultural ser mais comum na região Nordeste. Assim, a pressão social não só foi restrita a poucas manifestações em

²²⁹ KRONKA, Bruno Ávila F. *O efeito backlash como estímulo à accountability do sistema de justiça brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020, p. 84. Disponível em: <https://archivum.grupomarista.org.br/> Acesso em: 20 out 2023.

²³⁰ CHUEIRI, V. K. D.; MACEDO, J. A. C. D. Teorias constitucionais progressistas, Backlash e vaquejada *Revista. Sequência*, 2018, p. 138. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/>. Acesso em: 25 abr. 2023.

²³¹ KRONKA, Bruno Ávila F. *O efeito backlash como estímulo à accountability do sistema de justiça brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020, p. 85. Disponível em: <https://archivum.grupomarista.org.br/> Acesso em: 20 out 2023

²³² FONTELES, S. *Direito e Backlash*. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2018, p. 65. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br> Acesso em: 2 dez 2023.

poucas cidades do país, como também se ateve apenas “à bancada parlamentar que possui base eleitoral entre os habitantes de áreas afetadas pela proibição da prática”. A inserção do rodeio na legislação por lobby político terminou por “aumentar a adesão dos congressistas dos demais estados da federação para aprovação da matéria”.²³³

Sob a perspectiva do Constitucionalismo Democrático o caso da Vaquejada, em que a decisão do STF foi desafiada por reações legislativas e manifestações populares é um rico exemplo de como parte da comunidade interessada em determinado tema político com repercussão constitucional pode, de forma direta e por seus representantes, galgar construir o seu *nomos*, que “como lembram Siegel e Post, estará sempre aberto e em disputa para novas interpretações, afirmações e revisões, nesse processo inconcluso de construção de identidades individuais e coletivas (nacionais ou regionais).²³⁴

²³³ KRONKA, Bruno Ávila F. *O efeito backlash como estímulo à accountability do sistema de justiça brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020, p. 86. Disponível em: <https://archivum.grupomarista.org.br/> Acesso em: 20 out 2023.

²³⁴ CHUEIRI, V. K. D.; MACEDO, J. A. C. D. Teorias constitucionais progressistas, Backlash e vaquejada. *Revista Sequência*, 2018, p. 146. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/s>. Acesso em: 25 abr. 2023.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A política é um fenômeno social que se revela com a atividade do exercício do poder ou a procura pelo acesso ao poder, com o objetivo de decidir sobre a solução de problemas que afetam os indivíduos em sociedade e estabelecendo um modelo ou projeto de organização econômica e governamental. Nesse contexto, o Direito pode ser considerado um produto da política, do exercício do poder com o objetivo de organizar a vida em sociedade.

Amparado na teoria de separação dos Poderes, Legislativo e Executivo exercem funções essencialmente políticas de criar o direito e de conduzir o Estado na esfera interna e externa, respectivamente. Já o Poder Judiciário, em sua tarefa típica de interpretar e de aplicar o direito, possui certo espaço para proferir decisões políticas, uma vez que a interpretação não é uma atividade estritamente técnica. Dessa forma, são inevitáveis as influências da origem e socialização, das preferências políticas e ideológicas dos juízes; é intrínseco a todo ato de interpretação certo grau de criatividade ou de discricionariedade, não havendo como negar a isenção política na atividade de interpretar e de aplicar o direito, pois a criação do direito, em sua base, é uma atividade política.

O protagonismo judicial tem gerado muitas discussões sobre a legitimidade da jurisdição constitucional, enquanto a atuação do Judiciário, em seu viés contramajoritário, buscando fazer valer as promessas contidas na Carta Magna, pode causar distorções na jurisdição, especialmente em âmbito constitucional. Isso faz com que aflorem fenômenos antes não vislumbrados, como o ativismo judicial, *Backlash* e outros.

Com isso, há um Poder Judiciário que não pode mais se restringir a representar a “boca da lei” de outrora. Modernamente, o Ministro Luís Roberto Barroso tem explicado que as cortes constitucionais têm [...] três grandes papéis ou funções”: o contramajoritário, um dos temas mais analisados discutidos na teoria constitucional; o representativo, particularmente relevante no Brasil, mas ignorado pela doutrina em geral; “vanguarda iluminista”²³⁵, pelo que delas podem emergir, inclusive com discussões que reforcem ou caminhem em direção à democracia no sentido restrito.

²³⁵ BARROSO, L. R. A vida, o direito e algumas ideias para o Brasil. São Paulo: Migalhas, 2016.

Contudo, há que se exercer o poder com parcimônia, pois como adverte a Professora Ingeborg Maus²³⁶: “quando a justiça ascende ela própria a condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social”. Ou ainda, o empoderamento judicial “compromete o equilíbrio arquitetado por um sistema de freios e contrapesos, expõe arranjos pouco republicanos e relações possivelmente promíscuas entre governo (Legislativo e Executivo) e Judiciário, para defesa de certos bens.” Ele enfraquece potencialmente a sociedade, ameaça o governo republicano e esvazia o poder constituinte.

Sabe-se que o papel de uma Constituição, hodiernamente, é proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que para isso contrarie, de forma circunstancial, a vontade de quem possui mais votos. A importância da Constituição e, por conseguinte, do Poder Judiciário, como seu interprete maior – embora não o único – não pode suprimir o jogo político, a noção de governo da maioria, nem o papel do Legislativo. Direito não se confunde com política, na acepção de admitir escolhas livres, tendenciosas ou polarizadas. Por isso, uma decisão judicial jamais poderá ser política no sentido de livre escolha, de discricionariedade plena.

Pois bem, com a constitucionalização de direitos, as Constituições políticas e jurídicas, as normas principiológicas, a tipologia aberta do texto, entre outras características dessa etapa do constitucionalismo, ampliou-se o espaço de interpretação e criação da norma constitucional. E é nesse contexto que surge o fenômeno jurídico denominado efeito *Backlash*, cuja descrição, foco deste trabalho, demonstra por si só sua importância para a manutenção do aspecto democrático da sociedade e do Estado.

O *Backlash* serve como norteador dos caminhos a serem trilhados pela Corte Constitucional em soluções para *hard cases*. E mais, para o Constitucionalismo Democrático, o *Backlash* se harmoniza perfeitamente com a democracia, que valoriza o indivíduo e defende sua participação nos assuntos que lhe são afetos, mesmo que a participação seja indireta. Como dissenso, é um dos elementos formadores de uma democracia, visto que os regimes democráticos asseguram, entre outras garantias individuais, a liberdade de expressão. O *Backlash*, como forma de exteriorização do

²³⁶ MAUS, I. Judiciário como superego da sociedade. *Novos Estudos - CEBRAP*, n. 58, Nov. 2000, p. 183-202. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7666563/mod_resource/content/1/MAUS_Ingeborg_O_Judiciario_o_como_Superego.pdf. Acesso em 23 abr. 2023

dissenso, tem como essência “discordar de uma ordem/decisão específica, e não de todo o sistema”.²³⁷

Das exteriorizações dos efeitos *Backlash*, identificados nos precedentes descritos, Kronka avaliou que as manifestações sociais, espontâneas ou instigadas por movimentos sociais, relativamente ao conteúdo dos referidos precedentes, foram por vezes favoráveis e outras contrárias a jurisdição constitucional. Inclusive, as manifestações sociais e a reações legislativas foram as duas únicas formas de reação encontradas nos três exemplos; as críticas públicas foram percebidas em dois dos precedentes.

Ainda no contexto desses resultados, vale citar a ADI 4983, da Vaquejada, cujas reações foram percebidas diferentemente por Kronka e por Fonteles. Respectivamente, as manifestações foram uma demonstração “fraca” do fenômeno *Backlash*, já que pautadas apenas em reações legislativas; “rigorosamente” não se comprova *Backlash* de forma cabal, pela ausência de hostilizações graves à decisão do STF.

De tudo o que foi visto deste estudo, depreende-se a noção, ora mais clara, ora menos, de que o *Baklash*, mesmo se originando indubitavelmente do dissenso, pode assumir contornos diferentes em países distintos e até em um mesmo país, uma vez que a questão cultural é inerente ao ambiente no qual o dissenso ocorre. Se, em vista disso, ele pode ter um efeito maior ou menor, isso é questão da intensidade de seus efeitos, não propriamente do que ele representa em si: uma mudança. Um exemplo é o caso da vaquejada que, mesmo sendo algo de caráter regional, as manifestações, poucas ou não, localizadas ou não, lograram seu intento. Particularmente, é o que mais caracteriza a finalidade desse fenômeno. E é óbvio que se o interesse abrange mais pessoas, as manifestações são maiores.

²³⁷ TEDESCO, F. *O Backlash e a legitimação democrática do Judiciário: análise exemplificada pela prisão em segunda instância*. Dialética: São Paulo, 2022 (e-book), s.l.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, C. M. A juristocracia no Brasil e o futuro da Constituição. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 14, n.2, e34100, mai/ago. 2019. ISSN 1981-3694. DOI: <http://dx.doi.org/10.5902/1981369434100>. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/34100>. Acesso em 23 abr. 2023.

BABOUR, V. L. **STF e a desobediência civil**: um olhar sobre a atuação dos movimentos sociais na luta pela terra. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público, 2009.

BACKLASH. **Dicionário online de Cambridge**. Disponível em: <<http://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/backlash>>. Acesso em: 23 abr.2023.

BALAN, M. **Como funcionaria o impeachment de um Ministro do STF**. <https://www.gazetadopovo.com.br/justica/como-funcionaria-o-impeachment-de-um-ministro-do-stf/>. Acesso em: 23 abr. 2022.

BARROSO, L. R. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Forense, 2018.

BARROSO, L. R. **A vida, o direito e algumas ideias para o Brasil**. São Paulo: Migalhas, 2016.

BARROSO, L. R. **Sem data vênua: um olhar sobre o Brasil e o Mundo**. Rio de Janeiro: História Real, 2020.

BARROSO, Luís R. *Uma aula sobre os limites legítimos da ação do Supremo*. 2015. Disponível em: [https:// fundacaoofhc.org.br/debates](https://fundacaoofhc.org.br/debates) Acesso em: 1 dez 2023, p. 4.

BICKEL, A.M. **The least dangerous branch**. New Haven: Yale University Press, 1986.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política (1909)*. 11 ed. Trad. Carmen C Varriale et al. Brasília: Editora UnB, 1998, p.361.

BOERI, H. A. A. *Desobediência civil: um estudo da resistência como ato ao direito de cidadania*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001, p. 31. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream>. Acesso em: 3 dez 2023.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BRASIL, Lei n. **6.683, de 28 de Agosto de 1979**. Concede anistia e dá outras providências. Brasília: Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos, 1979. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6683.htm. Acesso em: 22 de abr. 2023.

BRASIL, Lei n. **12.527, de 18 de Novembro de 2011**. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Brasília: Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos, 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 23 abr. 2023.

BRASIL, Lei n. **12.528, de 18 de Novembro de 2011**. Cria a Comissão Nacional da Verdade no âmbito da Casa Civil da Presidência da República. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos, 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12528.htm. Acesso em: 22 abr. 2023.

BRASIL, **Lei n. 13.364, de 29 de Novembro de 2016**. Reconhece o rodeio, a vaquejada e o laço, bem como as respectivas expressões artísticas e esportivas, como manifestações culturais nacionais; eleva essas atividades à condição de bens de natureza imaterial integrantes do patrimônio cultural brasileiro; e dispõe sobre as modalidades esportivas equestres tradicionais e sobre a proteção ao bem-estar animal. (Redação dada pela Lei nº 13.873, de 2019) . Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos, 2016. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113364.htm. Acesso em: 22 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 29**. Distrito Federal. Pesquisa de Jurisprudência. Acórdãos: STF, 16/02/2012, Voto do Relator, Min. Luiz Fux, p.14.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4.227**. Requerente: Procuradoria Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. Diário da Justiça Eletrônico, 14 out. 2011b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 23 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4.983/CE**. Informativo n. 842. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgado em 06 out. 2016b. Disponível em: redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=12798874. Acesso em: 23 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) n. 5.105**. Distrito Federal. Relator: Ministro Luiz Fux. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Pesquisa de Jurisprudência. Acórdãos: STF, Data do Julgamento: 01/10/2015. DJe: 16.3.2016. Voto do Ministro César Pelluso.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26**. Relator: ministro Celso de Mello. Requerente (s): Partido Popular Socialista (PPS). Data do julgamento: 13/06/2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053> Acesso em: 23 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 132**. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Ministro Relator: Ayres Britto. Diário da Justiça Eletrônico, 14 out. 2011c. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 23 abr. 2023

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 153**. Ministro Relator: Eros Graus. Data do Julgamento: 29 abr. 2010d. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe – 145/2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>. Acesso em: 23 abr. 2023.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **O caminho da prosperidade**: proposta de plano de governo. Eleições 2018. Propostas de Governo dos candidatos ao cargo de Presidente da República. Sigla PSL. Coligação: Brasil acima de tudo, Deus acima de todos. Candidato: Jair Bolsonaro. Disponível em: https://divulgacandcontas.tse.jus.br/candidaturas/oficialil/2018/BR/BR/2022802018/280000614517/proposta_1534284632231.pdf. Acesso em 23 abr. 2023.

BRITO, M. C. S. **Juristocracia e *backlash* como expressões da insuficiência do arranjo institucional do constitucionalismo liberal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

BUNCHAFT, M. E. Minimalismo judicial, constitucionalismo democrático: uma reflexão sobre direitos de minorias sexuais na jurisprudência da Suprema Corte Norte Americana. **Revista Novos Estudos Jurídicos-eletrônica**, v.19, nº1, jan-abr 2014.

Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5545/2951>>. Acesso em: 23 abr. 2023.

CAMARGO, M. L; VIEIRA, J. R; SILVA, D. B. **A vaquejada e o incipiente diálogo institucional**: o difícil diálogo em meio a um constitucionalismo de conflito instaurado pela crise política. **Jota**, 23 jun. 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/artigos/a-vaquejada-e-o-incipiente-dialogo-institucional-23062017>. Acesso em: 23 abr. 2023.

CARDOSO, S. C. *Hannah Arendt: desobediência civil e liberdade*. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Universidade Federal de Pelotas, Pelotas, 2017, p. 11. Disponível em: www.guaiaca.ufpel.edu.br Acesso em: 4 dez 2023

CARDOSO, R. M. As teorias do constitucionalismo popular e do diálogo na perspectiva da jurisdição constitucional brasileira. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, jul-set. 2014.

CARON, D.; SHIRLOW, E. Unpacking the complexities of backlash and identifying its unintended consequences. **EJIL: Talk!**, 25 Aug. 2016. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/unpacking-the-complexities-of-backlash-and-identifying-its-unintended-consequences/>>. Acesso em 23 abr. 2023.

CHEMERINSKY, E. In defense of judicial review: The perils of popular constitutionalism. **University of Illinois Law Review**, n. 3, p. 673-690, 2004. Disponível em: <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2144&context=faculty_scholarship>. Acesso em: 23 abr. 2023.

CHUEIRI, V. K. D.; MACEDO, J. A. C. D. Teorias constitucionais progressistas, backlash e vaquejada 2018, p. 128. **Revista Sequência**. Disponível em: <<https://doi.org/10.5007/2177-7055.2018v39n80p123>>. Acesso em 25 abr. 2022.

COACCI, T. **Do homossexualismo à homoafetividade: discursos judiciais sobre a homossexualidade no STJ e no STF de 1989 a 2012**. 251 p. Dissertação (Mestrado em Ciência Política). Programa de pós-graduação em Ciência Política. UFMG, Belo Horizonte, 2014. Disponível em: https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=1338672. Acesso em: 23 abr. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução n. 175, de 14 de maio de 2013**. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas do mesmo sexo. Diário da Justiça, 15 de maio 2013. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/imagens/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf. Acesso em: 22 abr. 2023.

COVER, R. M. Foreword: Nomos and Narrative. **Harvard Law Review**, vol. 97, issue, Nov. 1983, p. 4-68, p. 32. Disponível em: https://www.depauw.edu/humanimalia/issue%2017/pdfs/The%20Supreme%20Court%201982%20Term%20--%20Foreword_%20Nomos%20and%20Narrative.pdf, Acesso em: 23 abr. 2022.

DIMILOUIS, D. **O caso dos denunciantes invejosos**: introdução prática às relações entre direito, moral e justiça. 10. ed. ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DWORKIN, R. **A raposa e o porco espinho: justiça e valor**. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, R. **O direito da liberdade**. A leitura moral da constituição Norte-Americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ESKRIDGE JR, W. N. **Backlash politics**: how constitutional litigation has advanced 2013. Disponível em: <https://igitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4796/>. Acesso em: 23 abr. 2023.

FALCÃO, J; OLIVEIRA, F. L. D. O STF e a agenda pública nacional: de outro desconhecido a supremo protagonista? **Lua Nova**, São Paulo, n. 88, 429-469, 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452013000100013&lng=en&nrm=i>. Acesso em: 23 abr. 2023.

FALUDI, S. **Backlash**: the undeclared war against. American women. n. 230 - 31. New York: Crown, 1991.

FELIPE, Bruno F. da Costa. *O juiz como legislador ocasional e o juiz héracles: entre a criação e a descoberta dos direitos nos casos difíceis*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/>. Acesso em: 20 nov 2023

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

FUX, L. **Constitucionais e Democracia**: O Supremo Tribunal sob a Constituição de 1988. In: TOFFOLI, J.A.D. (org.) 30 anos da Constituição brasileira: democracia, direitos fundamentais e instituições. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

GIMENEZ, F. P. A. H. Quo Vadis, Inter-American Court? Activism, backlash and Latin American Constitutionalism. **Int'l J. Const. L. Blog**, 11/apr/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: 23 abr. 2023.

GREFF, A. C.; GARABINI, V. M. B. Desobediência civil e objeção de consciência: distinções. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, n. 36, v. esp., p. 169-181, 2017, p. 173. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br>. Acesso em: 4 dez 2023.

HÄBERLE, P. **Hermenêutica constitucional**. Sociedade aberta de intérpretes da constituição: contribuição para interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997.

JAMARILLO, L. G. ¿Como pensar hoy la tension entre constitucionalismo y democracia? Una perspectiva desde el constitucionalismo democrático. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, v. 60, n.2, pp. 67-95, mai/ago. 2015.

JURUENA, C. G.; FRAGA, J. M. Backlash democrático e o julgamento da execução provisória da pena após condenação em segunda instância no Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Brasileira*, v. 32, n. 2, p.145-162, 2022, p.152. Disponível em: <https://www.indexlaw.org>. Acesso em: 2 dez 2023.

KLEINLEIN, T.; PETKOVA, B. Federalism, rights, and backlash in Europe and United States. **International Journal of Constitutional Law**. Oxford University Press, v. 15, n°4, p. 1.066-1.079, 2017.

KOZICKI, K. Backlash: as “reações contrárias” à decisão do STF na ADPF n. 153. In: SOUSA JUNIOR, J.G.D. *et al.* **O Direito achado na rua**: Introdução crítica à justiça de transição na América Latina. Brasília: UNB, v. 7, 2015.

KRAMER, L. Popular Constitutionalism. *California Law Review*, Berkeley, v.92, p. 959, jul. 2004. Apud VIEIRA, J. R.; EMERIQUE, L. M. B. ;BARREIRA, J. H. Constitucionalismo popular: modelos e críticas. **Revista de Investigações Constitucionais**. Curitiba, v.5, n.3, p.277-302, Dec. 2018. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2359-56392018000300277&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 23 abr. 2023.

KRONKA, B. A. F. **O efeito *backlash* como estímulo à *accountability* do sistema de justiça brasileiro**. Belo Horizonte: Dialética, 2020.

LEAL, M. C. H; MORAES, M. V. “Diálogo” entre poderes no Brasil? Da inconstitucionalidade da regulação da vaquejada à vaquejada como patrimônio cultural imaterial brasileiro: uma análise crítica. **Rev. Investig. Const.** Curitiba, v.5, n. 1, p. 63-81, abr. 2018. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=ssi_arttex&pid=S2359-56392018000100063&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 23 abr. 2022.

LENZA, P. **Direito Constitucional Esquematizado**. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LEON, F. M.; POST, R.; SIEGEL, R. Constitucionalismo Democrático. Por una reconciliación entre constitución y Pueblo. Ver. **Derecho (Valdivia)**, Valdivia, v. 26, n. 1, 2. 237-241, jul. 2013. Disponível em: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sciarttext&pid=S0718-09502013000100014&lng=es&nrm=isso>. Acesso em 23 abr. 2022.

LIMA, G. M. **Efeito *backlash* da jurisdição constitucional: reações políticas à atuação judicial** [online]. 2015. Disponível em: https://www.academia.edu/35675035/Efeito_Backlash_da_Jurisdi%C3%A7%C3%A3o_Constitucional>. Acesso em: 23 abr.2023.

LONGMAN **Dictionary of Contemporary English**. 4. ed. Edinburg: Pearson Longman, 2003.

MADSEN, M. R.; CEBULAK, P.; WIEBUSCH, M. Backlash against International Courts: Explaining the Forms and Patterns of Resistance to International Courts Forthcoming . **International Journal of Law in Context**, v. 14, n,2, 2018. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/>Acesso em: 6 dez 2023

MARINHO, R. F.; MARTINS, J. P. Os poderes Judiciário e Legislativo no caso da vaquejada: “efeito backlash”. **ATHENAS**, ano VII, v. I, 2018, ISSN 2316-1833. Disponível em: http://www.fdcl.com.br/revista/site/download/fdcl_athenas_ano7_voll_2018_artigo01.pdf. Acesso em: 22 abr 2022.

MARMELSTEIN, G. **Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional**: reações políticas ao ativismo judicial. Texto base da palestra proferida durante o Terceiro Seminário Ítalo-Brasileiro. Bolonha-Itália, 2016. Disponível em: <https://direitosfundamentais.net/2015/05/05/efeito-backlash-da-jurisdicao-constitucional-reacoes-politicas-a-atuacao-judicial/>. Acesso em: 22 abr 2022.

MAUS, I. Judiciário como superego da sociedade. **Novos Estudos - CEBRAP**, n. 58, Nov. 2000, p. 183-202. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7666563/mod_resource/content/1/MAUS_Ingeborg_O_Judiciario_como_Superego.pdf. Acesso em 23 abr. 2023

MELLO, L; BRITO, W; MAROJA, D. Políticas públicas para a população LGBT no Brasil: notas sobre alcances e possibilidades. **Cad. Pagu**, Campinas, n. 39, p. 403-429, dez. 2012. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/cadpagu/article/view/8645062>. Acesso em: 22 abr. 2022.

MORO, S. F. **Jurisdição Constitucional como Democracia**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2002.

MORSE, J. C; KEOHANE, R. O. Contested multilateralism. **Review of International Organizations**, v. 9, 385-412, 2014.

MOUFFE, C. **O regresso do político**. Trad. Ana Célia Simões. Lisboa: Gradiva, 1996.

NETO, C. P. S.; SARMENTO, D. **Direito Constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, Produção da versão eletrônica, 2012.

NINO, C.S. **La consitución de la democracia deliberativa**. Trad, Roberto P. Saba. Barcelona: Gedisa, 2003.

NOVELINO, M. **Manual de Direito Constitucional**. 8 ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

NUNES JÚNIOR, F.M.A. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. Livro digital (E-pub) São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PEDRON, F. Q; OMMATI, J. E. M. **Teoria do Direito Contemporânea**: uma análise das teorias jurídicas de Robert Alexy, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas, Klaus Günther e Robert Brandom. 2. ed. Conhecimento Editora: Belo Horizonte, 2020.

PERGORARO, L. N. **O Backlash diante do ativismo judicial**. São Paulo: Editora Pessotto, 2021.

PORTO, T. Devemos obedecer a leis injustas? o direito à desobediência civil em John Rawls. *Peri*, v. 7, n .1, p. 314-331, 2015, p. 319. Disponível em: <https:ojs.sites.ufsc.br>. Acesso em: 3 dez 2023.

POST, R.; SIEGEL, R. Constitucionalismo democrático. In:_____. Constitucionalismo democrático: Por una reconciliación entre Constitución y pueblo. Trad. Leonardo Garcia Jaramillo. Buenos Aires: Siglo XXI, 2013, p.49.

POST, R.; SIEGEL, R. **Roe Range**: Democratic constitucionalismo and backlash. *Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review*, v. 42, 373-433, 2007.

POZEN, D. E. Judicial elections as popular constitucionalismo. *Columbia Law Review*, New York, v. 110, n. 9, p. 2047-2134, dec. 2010.

RAMALHO, A. S. **Backlash Cibernético**: as reações políticas e sociais à jurisdição constitucional na sociedade virtual. São Paulo: Dialética, 2022.

RAWLS, J. *A theory of justice*. Cambridge/ Massachusetts: Havard University Press, 999. p. 319.

SANDHOLTZ, W.; BEI, Y.; CALDWELL, K. **Backlash and International human rights courts**. Paper prepared for the CONTRACTING HUMAN RIGHTS WORKSHOP at the University of California, Santa Barbara, 26-28 January 2017.

SILVA, O. S. G. **Judicialização da Política e backlash legislativo no Brasil**: uma análise do reconhecimento judicial da união homoafetiva (2011-2018). Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Universidade Federal de Pelotas (UFPEL), Pelotas, 2018. Disponível em: <https://wp.ufpel.edu.br/ppgcienciapolitica/files/2018/12/Otávio-Santiago.pdf>. Acesso em 22 abr. 2022.

SUNSTEIN, C. **The partial Constitution**. Cambridge: Harvard, 1993. Apud CHUEIRI; MACEDO, 2018.

SUNSTEIN, C. **Constitutional Personae**: heroes, soldiers, minimalists, and mutes. Oxford: Oxford University Press, 2015.

SUNSTEIN, Cass. Of Snakes and butterflies: a reply. **The Chicago Public Law and Legal Theory**. Working paper n. 35. University of Chicago, August 2006. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=924421>, Acesso em: 22 abr 2022.

SUNSTEIN, C. **Legal Reasoning and political conflict**. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2018, p. 11.

SUNSTEIN, C. If people would be outgraded by their rulings, should judges care. **60 Stanford Law Review** 155 2007. University of Chicago Law School Chicago: Unbound. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/law_and_economics/248/>. Acesso em: 23 abr. 2023.

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

SULTANY, N. The state of progressive constitutional theory: the paradoxo f constitucional democracy and the Project of political justification. **Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review**, Cambridge, v. 47, 2012. Disponível em: <<https://harvardcrcl.org/wp-content/uploads/2009/06/Sultany.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2023.

TEDESCO, F. **O Backlash e a legitimação democrática do Judiciário**: análise exemplificada pela prisão em segunda instância. Dialética: São Paulo, 2022.

THOREAU, H. D. **A desobediência civil (1849)**. Resenha. Victor Carvalho de Filippis; Carolina Voto Batista. *Revista Culturas Jurídicas*, v. 4, n. 8, p.414-423, 2017.. Disponível em: www.culturasjuridicas.com.br. Acesso em: 3 dez 2023, p.415.

TUSHNET, M. V. Popular constitutionalismo as political law. *Chicago-Kent Law Review*, Chicago, v. 81, p. 999-1000, 2006.

TUSHNET, M. V. Taking the constitution away from the Courts. Kindle Edition. Princeton: Princeton University Press, 1999, posição 2338.

VALLE, V. R. L. **Backlash à decisão do Supremo Tribunal Federal: pela naturalização do dissenso como possibilidade democrática** [online].2013, p.4. Disponível em: <https://www.academia.edu/5159210/Backlash_%C3%A0_decis%C3%A3o_do_Supremo_Tribunal_Federal_pela_naturaliza%C3%A7%C3%A3o_do_dissenso_como-possibilidade_democr%C3%A1tica> Acesso em: 23 abr.2023.

VIEIRA, J. R.; EMERIQUE, L.M.B.; BARREIRA, J. H. Constitucionalismo popular: modelos e críticas. **Revista de Investigações. Constitucionais**. Curitiba, v. 5, n.3, p. 277-302, Dec. 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2359-56392018000300277&lng=em&nrm=isso>. Acesso em: 22 abr. 2022.

VINCI, L. V. D.; VINCI JÚNIOR, W. J. *A função contramajoritária dos direitos fundamentais*. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-abr-27>. Acesso em: 1 dez 2023.

VLADISAVLJEVIĆ, Nebojša. Popular protest in authoritarian regimes: evidence from communist and postcommunist states. *Southeast European and Black Sea Studies*, v. 14, n. 2, 139–157, 2014. Disponível em: [www. https://www.researchgate.net/publication](http://www.researchgate.net/publication). Acesso em: 3 dez 2023

WIENER, A. **A theory of contestation**. Heidelberg: Springer, 2014.

ZAGURSKI, A. T. dos S. Backlash: uma reflexão sobre deliberação judicial em casos polêmicos. *Revista da AGU*, v.16, n. 3, p. 87-108, 2017, p. 94. Disponível em: <https://www.researchgate.net/> Acesso em: 2 dez 2023.