

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

Marcus Vinícius Siqueira Dezem

**A INADEQUAÇÃO DA TEORIA DA "ÚLTIMA PALAVRA" E O EFEITO
BACKLASH COMO LEGÍTIMO FENÔMENO DIALÓGICO**

SÃO PAULO

2019

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

Marcus Vinícius Siqueira Dezem

**A INADEQUAÇÃO DA TEORIA DA "ÚLTIMA PALAVRA" E O EFEITO
BACKLASH COMO LEGÍTIMO FENÔMENO DIALÓGICO**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de ESPECIALISTA em direito constitucional, sob a orientação do Prof. Dr. Roberto Baptista Dias da Silva.

SÃO PAULO

2019

Banca Examinadora

Agradeço a realização do presente trabalho aos amigos e professores da COGEAE - PUC/SP por despertar minha curiosidade sobre o tema. Dedico e sempre dedicarei qualquer conquista aos meus pais, Marcos e Ana, pelo constante carinho e incentivo, à minha irmã, Vanessa, em quem me espelho em todas as realizações da minha vida, e ao meu amor, Pâmela, pelo companheirismo inigualável.

“When great and extraordinary powers are vested in any man, or body of men, which in their exercise, may operate to the oppression of the people, it is of high importance that powerful checks should be formed to prevent the abuse of it”

(Robert Yates, *The Power of the Judiciary*, New York Journal, April 10, 1788)

RESUMO

O presente trabalho insere-se no contexto do conflito entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo com relação ao exercício do controle de constitucionalidade de leis. Desde os primórdios da doutrina do *judicial review*, percebe-se foi confiado ao Poder Judiciário a primazia na interpretação das normas constitucionais, o que contribuiu para a observação do fenômeno da supremacia judicial e para o surgimento de teorias da "última palavra". Com o tempo, no entanto, notou-se o evidente déficit democrático inerente às atividades de controle judicial de leis, o que contribuiu para o surgimento de doutrinas que buscavam reafirmar o protagonismo do Poder Legislativo no que tange à interpretação e garantia de efetividade dos direitos constitucionais. É nesse ambiente conflituoso sobre qual dos poderes da república teria maior legitimidade para dar a palavra final sobre a interpretação da constituição que foi observado o "efeito *backlash*" que adiciona um novo componente ao debate. Trata-se, dessa forma, de investigar até que medida seria possível afirmar pela aplicabilidade da teoria da "última palavra" na realidade constitucional brasileira e qual seria o papel do efeito *backlash* nas interações entre os Poderes da República e o povo.

Palavras-chave: Controle de Constitucionalidade. Interpretação constitucional. Última Palavra. Backlash. Diálogos Institucionais. Legitimidade democrática.

ABSTRACT

The object of this dissertation forms part of the conflict between the Judiciary and the Legislative Power regarding the exercise of the judicial review. From the beginning of the judicial review doctrine, it is clear that the Judiciary has been entrusted with the primacy of interpreting constitutional norms, which has contributed to the observation of the phenomenon of judicial supremacy and the emergence of "last word" theories. Over time, however, the democratic deficit inherent in the judicial control activities of laws was noted, which contributed to the emergence of doctrines to reaffirm the protagonism of the Legislative Power regarding the interpretation and guarantee of the effectiveness of constitutional rights. It is in this conflicting environment over which of the republic's powers would have the most legitimacy to give the final word on the interpretation of the constitution that the "backlash effect" was observed, adding a new component to the debate. Thus, it is a matter of investigating to what extent it could be affirmed by the applicability of the theory of the "last word" in the Brazilian constitutional reality and what would be the role of the backlash effect in the interactions between the Powers of the Republic and the people.

Keywords: Judicial Review. Constitutional interpretation. Last word. Backlash. Institutional Dialogues. Democratic legitimacy.

SUMÁRIO

1. Introdução	9
2. Controle de constitucionalidade e teoria da "última palavra"	10
2.1. Origens, discordâncias e expansão do <i>judicial review</i>	10
2.2. A jurisdição constitucional e a tensão entre poderes	15
2.3. Modelo Brasileiro, teoria da "última palavra" e a Supremocracia	20
3. Efeito <i>Backlash</i>	24
3.1. Origem e conceito.....	24
3.2. Formas de manifestação do Efeito <i>Backlash</i>	28
3.3. <i>Backlash</i> e teorias constitucionais sobre <i>judicial review</i>	31
4. "Última palavra" e efeito <i>backlash</i> no constitucionalismo brasileiro	37
4.1. (In)aplicabilidade da teoria da última palavra: a construção conjunta para a efetivação e ampliação de direitos.....	37
4.2. A importância do dissenso: <i>backlash</i> como legítimo instrumento dialógico	42
4.3. Breve análise de casos célebres de <i>backlash</i> às decisões do STF	45
a) ADI 4.983 - o caso da "vaquejada	46
b) ADPF 153 - Lei de anistia	49
c) ADI n. 4.227 e ADPF 132 - a união homoafetiva	50
5. Conclusões	52
6. Bibliografia	54

1. INTRODUÇÃO

Os debates sobre quem teria a "última palavra" no que se refere à interpretação do sentido e alcance dos direitos e deveres expressos na Constituição Federal ganharam especial relevância nos últimos tempos. Apesar da própria Carta Magna estabelecer que os poderes legislativo, executivo e judiciário são independentes e harmônicos entre si, a relação entre eles anda estremecida.

Há, atualmente, uma verdadeira cultura de judicialização de questões eminentemente políticas, o que acaba por colocar o Poder Judiciário em uma situação de peculiar protagonismo, atuando como verdadeiro oráculo indicador do caminho que entende como adequado para a concretização do projeto de sociedade vislumbrado pela Constituição Federal.

Em certas ocasiões, o Poder Judiciário chega a reconhecer publicamente a morosidade e ineficiência do Poder Legislativo na promoção do debate público e aprovação leis garantidoras da efetividade das mais variadas pautas constitucionais. Em reação, o Poder Legislativo acusa o judiciário de invadir suas competências, violar a separação de poderes, o princípio democrático e praticar o famigerado ativismo judicial.

Na linha de fogo dessa verdadeira *batalha dos poderes*¹ encontra-se o **povo**, o principal destinatário das atividades estatais, que se pergunta: a quem cabe a "última palavra" sobre as questões constitucionais? Como exercer o **poder** conferido pela Constituição Federal e influenciar os Poderes da República em um ambiente de crescente judicialização da política?

Nesse contexto, foi observado o fenômeno do "efeito *Backlash*", caracterizado, em sentido amplo, como o conjunto de reações sociais contrárias a determinado ato decisório emanado pelo Poder Público, podendo gerar, por conseguinte, resultado prático adverso àquele que se pretendia produzir na sociedade.

Não há dúvidas que as decisões públicas, notadamente, as emanadas pelo Supremo Tribunal Federal, têm sido objeto de intenso escrutínio público nos últimos tempos, gerando

¹ A expressão foi tomada de empréstimo de VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Batalha dos Poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional**. 1ª ed. São Paulo : Companhia das Letras, 2018

verdadeiras convulsões sociais, propagadas em velocidade recorde em função do advento das redes sociais.

Por essa razão, a interação entre a voz do povo e as decisões públicas adquire importância ímpar. A experiência brasileira tem demonstrado, ao longo dos anos, que o chamado "efeito *backlash*" tem sido levado em consideração nas tomadas de decisões pelo Poder Público, justamente para se evitar que determinado resultado seja subvertido em outras instâncias de poder em razão de uma reação social generalizada.

Diante disso, o presente trabalho procurará entender, por meio de análise de bibliografia especializada e de decisões judiciais domésticas e internacionais, até que medida seria possível afirmar pela aplicabilidade da teoria da "última palavra" na realidade constitucional brasileira e qual seria o papel do efeito *backlash* nas interações entre os Poderes da República e o povo.

2. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E TEORIA DA "ÚLTIMA PALAVRA"

2.1. Origens, discordâncias e expansão do *judicial review*

O protagonismo das cortes judiciais não é uma exclusividade da realidade brasileira. A verdade é que se percebe uma crescente e contínua expansão global do Poder Judiciário. Conforme aponta estudo desenvolvido por TOM GINSBURG, docente emérito da Universidade de Chicago, a revisão constitucional, entendida como o poder atribuído às cortes para invalidar leis incompatíveis com a constituição, passou de uma mera peculiaridade do constitucionalismo norte americano para uma verdadeira regra na elaboração de constituições democráticas.

Se antes do advento da segunda guerra mundial observava-se que somente um pequeno número de constituições apresentavam regras que possibilitavam a revisão judicial

de leis, no limiar do século XXI pelo menos 158 dos 191 sistemas constitucionais continham previsões formais de controle de constitucionalidade.²

Resta, portanto, compreender *como*, *onde* e *quando* o sistema intitulado *judicial review* se iniciou e em que circunstâncias se tornou uma verdadeira tendência no constitucionalismo mundial.

Apesar de ser possível identificar diversos registros de formas pretéritas de controle de constitucionalidade, pode-se afirmar que a cultura do *judicial review* no constitucionalismo moderno foi iniciada após a decisão proferida pela Suprema Corte Americana no caso *Marbury v. Madison*.³

O pano de fundo da decisão é a indicação de William Marbury ao cargo de Juiz de Paz no estado de *Columbia*, realizado no pagar das luzes do mandato do então presidente John Adams, após alteração do *Judiciary Act* de 1798 que dobrou o número de juízes federais e criou outros cargos na magistratura americana (apelidados de "*Midnight Judges*").

Após isso, em 04.03.1801, Thomas Jefferson assumiu a presidência dos Estados Unidos e, dentre suas primeiras medidas no cargo, nomeou James Madison para o ofício de Secretário de Estado. Este, por sua vez, passou a analisar a situação das nomeações dos novos magistrados e decidiu por cancelar as nomeações ainda incompletas, dentre essas, a nomeação de William Marbury. Inconformado, Marbury ingressou com *writ of mandamus* contra o ato do Secretário de Estado.

O caso foi designado para ser julgado por John Marshall, à época *Chief Justice* dos Estados Unidos, notório jurista e político americano, que além de apreciar outros pontos, se ateu na análise da competência da Suprema Corte para revisar atos do legislativo.

² GINSBURG, Tom. **The global spread of constitutional review**. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel e CALDEIRA, Gregory A. *The Oxford handbook of law and politics*. Ney York: Oxford University Press, p. 81.

³ Registra-se que há teses atuais que rejeitam o uso retórico da decisão proferida no caso *Marbury v. Madison* como justificador do controle de constitucionalidade norte americano, questionando-se seu pioneirismo, originalidade e mesmo sua recepção e reconhecimento em seu próprio tempo. Sobre esse ponto, vide KRAMER, Larry D. **The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review**, New York: Oxford University Press, 2004

Antes de adentrar aos fundamentos utilizados por John Marshall, adverte RODRIGO BRANDÃO que "*um aspecto fundamental para a compreensão desta notável decisão é o debate travado entre antifederalistas e federalistas por ocasião da ratificação da Constituição dos Estados Unidos*"⁴. É nesse contexto que se percebe que desde a criação dos Estados Unidos havia grande divergência quanto à possibilidade ou não do Poder Judiciário se imiscuir em assuntos típicos da atividade legislativa.

O maior exemplo dessa discordância é a rusga ocorrida entre um antifederalista, que escrevia sob o pseudônimo de *Brutus*⁵ e um federalista, que escrevia sob o pseudônimo de *Publius*⁶.

Brutus, sustentava a tese de que não seria possível a revisão de leis pelo poder judiciário. Segundo o entendimento de *Brutus*, dois elementos conduziam a essa conclusão: **i)** o fato da constituição norte americana não estabelecer nenhum mecanismo expresso de controle de eventuais erros da Suprema Corte, fazendo com que suas decisões adquirissem força de norma constitucional, sendo, portanto, oponível aos demais poderes; e conseqüentemente **ii)** a natureza abstrata das normas constitucionais, somada à tendência humana de acumulação de poderes, o que geraria uma verdadeira supremacia judicial, em detrimento da relação de independência e harmonia entre os poderes.

Essas características, segundo *Brutus*, conduziriam a uma situação de enorme perigo, já que a Suprema Corte seria colocada acima dos demais poderes e não estaria submetida a nenhuma forma de controle. Em seu artigo, o antifederalista chega a questionar se "*o mundo já viu, em qualquer que seja o período, uma corte de justiça com poderes tão imensos, e ao mesmo tempo colocada em situação de tão pequena responsabilidade*".⁷

⁴ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. v. 1. p. 38

⁵ A identidade de *Brutus* foi posteriormente atribuída a Robert Yates, um político e juiz americano marcado por suas posições anti-federalistas.

⁶ A identidade de *Publius* é atribuída a Alexander Hamilton que seria nomeado o primeiro Secretário do Tesouro dos Estados Unidos.

⁷ No original: "*the supreme court under this constitution would be exalted above all other power in the government, and subject to no control. The business of this paper will be to illustrate this, and to show the danger that will result from it. I question whether the world ever saw, in any period of it, a court of justice invested with such immense powers, and yet placed in a situation so little responsible*" YATES, Robert (BRUTUS) (1787). **Anti-Federalist Papers: LXXVIII, LXXVIX**, disponível em <http://resources.utulsa.edu/law/classes/rice/Constitutional/AntiFederalist/78.htm>

Em reposta a tão contundente resistência, Alexander Hamilton se viu obrigado a publicar, sob o pseudônimo de *Publius*, o clássico artigo que inaugurou as bases teóricas que marcariam o controle de constitucionalidade no sistema constitucional norte americano - *O Federalista n. 78*.

Para rebater os apontamentos de *Brutus*, Hamilton sustenta que nenhum ato legislativo contrário a Constituição deve ser considerado válido. Portanto, a declaração de invalidez seria uma simples expressão da supremacia da Constituição e não de uma exaltação do Judiciário.

Além disso, Hamilton considera o Judiciário o departamento estatal menos perigoso (*least dangerous branch*), uma vez que não possui a espada, nem a chave do cofre, fazendo uma alusão aos poderes atribuídos ao executivo, e que não tem a prerrogativa de criar normas obrigatórias, tal como o Poder Legislativo. Confira-se as palavras de *Publius*:

*"Quem analisa atentamente os diferentes ramos do poder percebe desde logo que, em um governo em que eles são separados uns dos outros, o judiciário, pela própria natureza de suas funções, será sempre o menos perigoso para os direitos políticos previstos na Constituição, pois será o de menor capacidade para ofendê-los ou violá-los. O executivo dispõe não apenas das honrarias, mas também da espada da comunidade. O legislativo, além de controlar os gastos do tesouro, prescreve as normas que devem reger os direitos e deveres de cada cidadão. O judiciário, porém, não tem a menor influência sobre a espada nem sobre o tesouro; não participa da força nem da riqueza da sociedade e não toma resoluções de qualquer natureza. Na verdade, pode-se dizer que não tem FORÇA nem VONTADE, limitando-se simplesmente a julgar, dependendo fundamentalmente do auxílio do ramo executivo para a eficácia de suas sentenças"*⁸

Essas bases teóricas foram integralmente adotadas no caso *Marbury v. Madison*⁹. Nesse sentido, aponta RODRIGO BRANDÃO que o raciocínio lógico adotado na decisão compreende que a nulidade da lei inconstitucional decorreria (i) da supremacia da constituição sobre as leis, já que a primeira é fruto da vontade constituinte do povo e a

⁸ HAMILTON, Alexander, JAY, John; MADISON, James. **O Federalista**. Campinas; Russel, 2003

⁹ *Marbury v. Madison*. 5 US (1 Cranch), 197, (1803)

segunda produto de deliberações de "meros" representantes do povo; (ii) do Estado de Direito, que estatui que as normas constitucionais devem prevalecer sobre manifestações ordinárias dos poderes; (iii) da "força normativa da constituição"¹⁰; (iv) da maior capacidade do Poder Judiciário para exercer a interpretação constitucional, em função de sua relativa imparcialidade política; e (v) sua vocação para tutelar os direitos das minorias entrincheirados na carta constitucional, em detrimento de leis aprovadas pelo sistema majoritário.¹¹

Apesar da decisão ser tida como primorosa, ressalta LUÍS ROBERTO BARROSO que "*é indiscutível que o voto de Marshall reflete, intensamente, as circunstâncias políticas de seu prolator*"¹². Isso porque, ao defender a competência do Poder Judiciário para rever atos inconstitucionais dos demais poderes, John Marshall estava delimitando a sua própria esfera de poder.

Nada impediu, no entanto, a disseminação do *judicial review* pelo mundo. Conforme bem explica TOM GINSBURG, a disseminação global da revisão constitucional tem fundamentos ideológicos e institucionais, e ocorreu, principalmente, em três ondas.¹³

A primeira onda ("*The Founding*") descreve justamente o período narrado acima, que compreende evidências da prática de *judicial review* de tempo mais remotos, remontando, portanto, os períodos coloniais e a fundação dos Estados Unidos até o voto proferido no caso *Marbury v. Madison*. Segundo GINSBURG três ideias contribuíram para que fosse fundada a doutrina da revisão judicial que seria futuramente conhecida: i) a noção de hierarquia entre normas: se um sistema jurídico é dividido entre normas de hierarquia superior e inferior, há uma necessidade intrínseca de garantir a eficácia de uma sobre a outra; ii) a ideia *Lockeana* de contrato social, que concede ao Estado a função de limitador dos direitos e deveres dos cidadãos; e iii) o advento da constituição escrita, que formalizou esses direitos e deveres.

A **segunda onda** se deu no segundo pós-guerra, com a redemocratização de países recém-saídos de regimes europeus fascistas. Foi nesse contexto que Hans Kelsen desenvolveu

¹⁰ A título ilustrativo, toma-se emprestado o princípio vislumbrado por Konrad Hesse que afirmava que toda norma Constitucional deve ser revestida de um mínimo de eficácia, sob pena de figurar "letra morta em papel" (HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: safE, 1991)

¹¹ BRANDÃO, Rodrigo. Op. Cit., p. 41

¹² BARROSO, L. R. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro - Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 9

¹³ GINSBURG, Tom. Op. Cit.

seu modelo de controle de constitucionalidade, primeiramente instituído na Constituição Austríaca de 1920, e que estabelecia que a interpretação constitucional deveria ser realizada por um órgão estranho às estruturas do Poder Judiciário: a corte constitucional.

Esse sistema foi posteriormente adotado pela Alemanha, Itália, Portugal e Espanha, que compartilhavam uma característica em comum à época: tratavam-se de países que tinham acabado de superar regimes totalitários. Dessa forma, as cortes constitucionais foram instituídas no âmbito de constituições notadamente garantistas.

A segunda onda também foi observada fora da Europa, nas chamadas "novas democracias". Nesse âmbito, é importante mencionar países que estavam em processo de independência de antigas colônias (p. ex. Índia e países africanos) e o caso específico do Japão, que foi extremamente influenciado pelo modelo constitucional norte americano.

Por fim, a **terceira onda** ocorreu após a queda do muro de Berlin nas duas últimas décadas do século XX, por ocasião da democratização de regimes militares em diversos países da América Latina e da transição de regimes comunistas dos países do leste europeu para economias de livre-mercado, além da incorporação de tratados internacionais, como a Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Superado esse escorço histórico, se verá adiante que, a despeito do *Chief Justice* John Marshall ter sido coerente em seus fundamentos e sua decisão ter reverberado planeta afora, influenciando direta e indiretamente diversas constituições, ainda não há consenso doutrinário acerca do melhor modelo de controle de constitucionalidade e quiçá qual seria o grau adequado de "interferência" do Poder Judiciário nos atos emanados pelos demais poderes.

2.2. A jurisdição constitucional e a tensão entre poderes

Naturalmente que as primeiras críticas à decisão do *Chief Justice* John Marshall caminharam no mesmo sentido das críticas realizadas por *Brutus* no âmbito dos artigos antifederalistas. Tais apontamentos consistiam basicamente em considerar o *judicial review* proposto como uma forma de "usurpação de poder". Entende-se que justamente pelo fato do

controle judicial de constitucionalidade se caracterizar como contra majoritário, é que se trata de uma interferência indevida de um poder no outro.

Essa tensão entre constitucionalismo e democracia criou algumas correntes de pensamento. Conforme destaca NIMER SULTANY¹⁴ é possível classificar as diversas doutrinas sobre o tema em i) *deniers* (negam a tensão entre poderes, gerado pelo controle de constitucionalidade) - Ronald Dworkin, Bruce Ackerman e Frederick Schauer; ii) *reconcilers* (aqueles que reconciliam a tensão) - John Hart Ely, Cass Sustein e Larry Kramer; iii) *endorsers* (reconhecem a tensão mas a endossam) - Frank Michelman, Louis Seidman e Laurence Tribe; ou iv) *dissolvers* (renunciam o *judicial review*, dando validade à legislação) - Jeremy Waldron, Richard Parker e Mark Tushnet.

Não se pretende aqui discorrer longa e profundamente sobre o pensamento de cada autor acima mencionado, bastando uma análise geral sobre os principais argumentos que levaram à adoção das posições mais extremas - *deniers* e *dissolvers*. As posições intermediárias, por sua vez, serão abordadas oportunamente nos capítulos seguintes.

Inicia-se com uma abordagem sobre o pensamento daquele que pode ser considerado um notável membro do grupo dos *deniers*, RONALD DWORKIN.

Para DWORKIN a obrigação de atendimento às normas jurídicas não pode ser resumida apenas pela coerção. Para o autor norte-americano o fenômeno jurídico está ligado ao conceito de integridade (*law as integrity*):

“Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática da comunidade”¹⁵.

Nesse sentido de direito como integridade apresentado por DWORKIN, a interpretação do direito é contínua, já que a norma jurídica “é tanto o produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto a sua fonte de inspiração”¹⁶.

¹⁴ SULTANY, N. 2012. **The State of Progressive Constitutional Theory: The Paradox of Constitutional Democracy and the Project of Political Justification**. Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review, 47(2):371-455

¹⁵ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999 p. 272

É dessa concepção que nasceu as representações da corte constitucional conhecidas como "juiz Hércules" e "Fórum de Princípios", já que caberia ao juiz a hercúlea tarefa de realizar a leitura moral da constituição, interpretar seus princípios e dirimir os *hard cases*. Nesse sentido, DWORKIN não se pergunta "se" a corte constitucional tem poderes para revisar atos emanados por outros poderes, mas "como" esses poderes devem ser exercidos.

Sobre o pensamento do autor, CONRADO HUBNER MENDES descreve de forma lapidar que:

*"Para ele, como vimos, democracia é "um esquema procedimental incompleto, que persegue o ideal de "igual consideração e respeito". A realização desse ideal precede o procedimento majoritário. Em outras palavras, o procedimento não tem valor algum se, ao ser posto em marcha, não estiverem presentes as exigências daquele ideal. A dimensão quantitativa e estatística da democracia só goza de legitimidade, portanto, se não produzir decisões que desrespeitem suas próprias condições de legitimidade. Uma comunidade moral precisa existir para que a pura agregação de interesses, pela regra da maioria, possa demandar obediência. O método de mensuração de legitimidade é, portanto, consequencialista e instrumental."*¹⁷

Para DWORKIN, portanto, o *judicial review* não gera tensão entre os poderes, já que a supremacia judicial se justificaria por si só, na medida em que é considerado elemento fundamental para a proteção dos direitos fundamentais e do conteúdo de justiça da democracia.

Do outro lado do espectro encontra-se o grupo dos *dissolvers* que não somente entendem que há um conflito entre poderes, mas que esse atrito é irreconciliável, acarretando na rejeição apriorística da ideia de controle de constitucionalidade.

Um notório representante dessa linha de pensamento é o jurista americano JEREMY WALDRON. Em sua célebre obra *The Core of the Case Against Judicial Review*, o jurista

¹⁶ Op. Cit., p. 273

¹⁷ MENDES, Conrado Hübner. **Direito Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. Sao Paulo: Saraiva, 2011. v. 1. p. 59

sustenta que a revisão judicial é uma forma inapropriada de se obter uma resposta sobre direitos em uma sociedade livre e democrática.

Em síntese, para WALDRON, o controle judicial de constitucionalidade não se justificaria em uma sociedade com i) instituições democráticas em razoável bom funcionamento, incluindo uma legislatura representativa eleita em bases de sufrágio universal; ii) instituições judiciais, também em razoável bom funcionamento, alicerçadas em bases não representativas para lidar com processos individuais, definir disputas e preservar o Estado de Direito; iii) compromisso por parte de muitos dos membros da sociedade e dos agentes públicos com a ideia de direitos individuais e de minorias; iv) desacordo persistente, substancial e de boa-fé entre membros da sociedade igualmente comprometidos com a ideia dos direitos.¹⁸

Uma vez presentes essas características, a sociedade em questão será capaz de resolver seus desacordos sobre o sentido e alcance dos direitos previstos na constituição federal por meio das próprias instituições legislativas.

O pensamento de WALDRON sobre a ilegitimidade da revisão constitucional é baseado fundamentalmente em dois conceitos: i) o resgate da dignidade da legislação; e ii) a interação entre o direito e os desacordos morais.

Com relação ao primeiro ponto, o jurista entende ser necessário resgatar a dignidade da legislação¹⁹, já que, a grosso modo, a atividade legislativa, pautada pela regra majoritária, é geralmente mal vista pelos diversos segmentos da sociedade e pelos pensadores do direito. Portanto, o pensamento de WALDRON se foca, em um primeiro momento, em entender as razões pelas quais a atividade legislativa recebe tão severas críticas, para tentar colocar "*a lei no centro dos estudos da filosofia política*"²⁰.

As críticas debatidas e enfrentadas por WALDRON se referem principalmente à questão do tamanho das assembleias legislativas, que tendem a fomentar negociatas e

¹⁸ WALDRON, Jeremy. **The core of the case against judicial review**. *The Yale Law Journal*, 2006, n. 115, p. 1360

¹⁹ WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003

²⁰ FERREIRA, Emanuel de Melo. **A legitimidade democrática do controle de constitucionalidade à luz de Ronald Dworkin e Jeremy Waldron**. In: CONPEDI. (Org.). Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI. XXIed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012, v. XXI, p. 14427-14454.

produzir leis de baixa qualidade, bem como a constante ameaça que o sistema majoritário representa aos direitos das minorias, já que se traduz em mera contagem de cabeças.

A primeira crítica é endereçada pelo jurista com naturalidade: segundo WALDRON a lição de NICOLAU MAQUIAVEL é salutar no sentido de que o barulho e o conflito são naturais da atividade política. Quanto à segunda crítica, WALDRON entende que a coesão da sociedade é suficiente para eliminar o argumento da "ditadura da maioria". Entende-se, por coesão o fato de todos os indivíduos da sociedade, no momento de sua criação, terem unanimemente disposto de parte de sua liberdade em prol do interesse público, e também consentido em aceitar as deliberações públicas fruto da maioria. O que manteria a minoria ainda conectada a essa sociedade, nesse sentido, é a ideia de que a derrota política é menos pior do que a desagregação total do grupo. Segundo WALDRON essas características não necessariamente produzirão uma decisão correta, mas sim uma decisão legítima.

Por fim, com relação ao segundo ponto, afirma WALDRON que os desacordos na sociedade devem ser entendidos como algo essencial à construção do direito²¹. Segundo essa visão, o direito é construído justamente com base em desacordos entre indivíduos que exercerão o seu direito ao voto de forma imparcial e conforme suas próprias convicções.

Nesse sentido, o direito de participação dos cidadãos na construção do direito é tido pelo jurista como o "direito dos direitos". Em suma, o povo deve ser considerado apto a decidir sobre quais direitos tem, numa situação de desacordo, a partir do respeito ao próprio direito de participação, o que, por sua vez, desautoriza que uma corte constitucional assim o faça.

Diante disso, ficam demonstradas as posições antagônicas em que se colocam DWORKIN e WALDRON a respeito da legitimidade democrática do controle judicial de constitucionalidade. Tal demonstração é de suma importância para que se compreenda os fundamentos que legitimariam os poderes legislativo e/ou judiciário a pretender realizar a interpretação final dos direitos previstos na constituição, levando, por fim, à problemática da "teoria da última palavra".

²¹ WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999

2.3. Modelo Brasileiro, teoria da "última palavra" e a Supremocracia

As controvérsias sobre quem deveria ter a última palavra em desacordos sobre direitos constitucionais, como visto acima, não nascem somente a partir da tensão entre os poderes legislativo e judiciário, mas também pelo conflito entre dois ideais: democracia e constitucionalismo. Nas palavras de CONRADO HUBNER MENDES "*se o primeiro ideal se propõe a realizar algum tipo de governo do povo, o segundo busca assegurar que o poder tenha limites*"²².

Há que se perguntar, no entanto, qual modelo adotado no caso do Brasil e se, historicamente, algum dos ideais acima foi privilegiado em detrimento do outro. Em outras palavras, vale a indagação se o ordenamento jurídico brasileiro conferiu primazia ao princípio democrático ou ao constitucionalismo nos moldes vistos acima.

Conforme destaca LUÍS ROBERTO BARROSO o controle de constitucionalidade estava ausente no regime da Constituição imperial de 1824, somente sendo introduzido com o advento da República, na Constituição de 1891²³. A grande inspiração foi a *Supreme Court of the United States*, sendo conferido ao Poder Judiciário a prerrogativa de processar e julgar "*todas as causas propostas contra o Governo da União ou Fazenda Nacional, fundadas em disposição da Constituição*". Nasce assim o modelo de controle judicial na modalidade incidental e difusa.

No entanto, conforme bem destacam KATIA KOZICKI e EDUARDO BORGES ARAÚJO a influência norte-americana far-se-ia presente também no princípio da separação de poderes²⁴. Isso porque a Constituição de 1891 determinava em seu artigo 15 que os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário eram harmônicos e independentes entre si, o que levou a mais alta corte, em um primeiro momento, a adotar uma postura autocontida, contrária ao ativismo judicial.

²² MENDES, Conrado Hübner. Op. Cit., p. 1

²³ BARROSO, L. R. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro - Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 57

²⁴ ARAUJO, E. B.; KOZICKI, K. **Um contraponto fraco a um modelo forte: o Supremo Tribunal Federal, a última palavra e o diálogo**. Sequência (UFSC), v. 36, p. 107-131, 2015

Com o advento da Constituição de 1934, no entanto, foi introduzido um instrumento que demonstrava a direção do constitucionalismo brasileiro para o modelo de controle concentrado: a representação interventiva. Conforme dispunha o artigo 12, §2º, a lei que decretasse a intervenção federal por ofensa aos princípios constitucionais sensíveis tinha de ser submetida previamente à Corte Suprema, mediante provocação do Procurador-Geral da República, para que fosse declarada a sua inconstitucionalidade.

A tendência de concentração e abstratização do controle de constitucionalidade foi seguida na Emenda Constitucional nº 16, por meio da qual seria inserida na Constituição Federal de 1946 a representação de inconstitucionalidade, confiada exclusivamente ao Procurador-Geral da República. Por meio do instrumento, era possível instar decisões do Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade de lei ou ato normativo, federal ou estadual. Nesse momento seriam tutelados não somente os princípios sensíveis de observância obrigatória, mas também os direitos objetivos previstos na carta constitucional.

Por fim, a Constituição Federal de 1988 é promulgada para confirmar a tendência evolutiva acima exposta e depositar imensa confiança na cúpula do Poder Judiciário. Foi estabelecido em seu art. 102 que "*compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição*". Foi mantido o sistema híbrido de controle por via incidental e difuso, inspirado no modelo norte americano, e o controle por via principal e concentrado, inspirado pelos sistemas europeus. Adicionalmente, a carta constitucional instituiu novos instrumentos constitucionais de *judicial review*²⁵ e ampliou o rol de legitimados.

Mais à frente, no ano de 1993, a Emenda Constitucional nº 3 introduziu a ação declaratória de constitucionalidade, instrumento voltado a sanar eventual insegurança jurídica acerca da adequação de lei ou ato normativo federal com a constituição federal. Conforme a referida emenda, ainda, as decisões definitivas de mérito proferidas em ações declaratórias de constitucionalidade gozavam do chamado efeito *erga omnes* e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e Poder Executivo.²⁶

²⁵ Foram criados a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, mandado de injunção para tutelar a omissão do legislador, bem como a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

²⁶ "§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito

Por fim, pode-se considerar que a última etapa do processo de concentração do modelo brasileiro de *judicial review* foi a aprovação da Emenda Constitucional nº 45 que trouxe o instituto da Súmula Vinculante, cuja aprovação pelo Supremo seria condicionada à reiteração contínua de posicionamentos sobre matérias constitucionais. Uma vez aprovada, a súmula vinculária não só o Poder Judiciário, como também a Administração Pública direta e indireta, nos três níveis federativos.

É possível verificar, pelo histórico acima, que as constituições brasileiras foram paulatinamente trazendo o Poder Judiciário para a posição de protagonista interpretativo dos direitos previstos na Constituição. Esse modelo, no entanto, trouxe consequências. A introdução dos novos mecanismos de controle de constitucionalidade ocasionou uma ampliação do escopo material da revisão judicial, o que resultou no crescimento do ativismo exercido pelo STF "*sob o pretexto de ser a última trincheira do cidadão*"²⁷.

Com isso, nasceu na cultura constitucional brasileira a ideia de que o STF teria a "última palavra" no que tange à interpretação da constituição federal, levando ao que OSCAR VILHENA VIEIRA chama de "*supremocracia*". Conforme destaca o jurista brasileiro:

"Foi apenas com a Constituição de 1988 que o Supremo deslocou-se para o centro de nosso arranjo político. Esta posição institucional vem sendo paulatinamente ocupada de forma substantiva, em face a enorme tarefa de guardar tão extensa constituição. A ampliação dos instrumentos ofertados para a jurisdição constitucional tem levado o Supremo não apenas a exercer uma espécie de poder moderador, mas também de responsável por emitir a última palavra sobre inúmeras questões de natureza substantiva, ora validando e legitimando uma decisão dos órgãos representativos, outras vezes substituindo as escolhas majoritárias. Se esta é uma atribuição comum a outros tribunais constitucionais ao redor do mundo, a distinção do Supremo é de escala e de natureza. Escala pela quantidade de temas que, no Brasil, têm natureza constitucional e são reconhecidas pela doutrina como passíveis de judicialização; de natureza, pelo fato de não haver qualquer obstáculo para que o Supremo aprecie atos do poder constituinte reformador. Neste sentido, a Suprema Corte indiana talvez seja

vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)"

²⁷ ARAUJO, E. B.; KOZICKI, K. Op. Cit., p. 114

a única que partilhe o status supremocrático do Tribunal brasileiro, muito embora tenha deixado para trás uma posição mais ativista."²⁸

Duas são as razões que OSCAR VILHENA VIEIRA optou por destacar para justificar a construção institucional do conceito de *supremocracia*.

A primeira delas diz respeito ao caráter ambicioso da Constituição Federal de 1988 que extrapolou em suas disposições, regulando pormenorizadamente um amplo campo das relações sociais, econômicas e públicas. Essa característica não somente levou à constitucionalização do direito como um todo, mas também à criação de inúmeras tensões constitucionais desnecessárias. Conforme bem sintetiza VIEIRA "*a equação é simples: se tudo é matéria constitucional, o campo de liberdade dado ao corpo político é muito pequeno*"²⁹.

A segunda razão que levou à instituição da *supremocracia* é de natureza orgânica. A Constituição Federal de 1988 conferiu ao Supremo Tribunal Federal amplíssimos poderes de guardião da constituição. Nesse sentido relembra VIEIRA que foram instituídas ao STF competências que em outras democracias constitucionais são normalmente divididas entre três instituições distintas: os tribunais constitucionais - para exercer efetivamente o controle de constitucionalidade; os foros judiciais especializados - para julgar casos especiais, como por exemplo crimes de altas autoridades; e os tribunais de última instância - para revisar casos resolvidos por tribunais inferiores.

Diante disso, fica claro que a Constituição foi demasiadamente excessiva na distribuição de competências ao Supremo Tribunal Federal. Esse fato, somado a uma gananciosa carta de direitos - o que implica em maior possibilidade de judicialização - e à insuficiência de mecanismos efetivos de freios e contrapesos, pode representar uma ameaça ao princípio democrático. Afinal, inúmeras questões envolvendo direitos fundamentais estão sendo diariamente decididas por onze ministros não eleitos que, supostamente, detém a "última palavra".

²⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena Vieira. **Supremocracia**. Revista Direito GV, São Paulo, v.4, n.2, p. 441-464, jul.-dez./2008 p. 445

²⁹ Op. Cit., p. 447

Todo esse panorama, pode levar à questionamentos primitivos por parte daqueles que são os verdadeiros destinatários das normas constitucionais. Afinal, a quem pertence o poder em uma democracia constitucional? Estaria o povo inteiramente à mercê das decisões oriundas do sistema majoritário (Poder Legislativo) ou até mesmo da "boa vontade" de onze ministros que dirão o sentido e alcance de seus direitos?

Não há uma resposta fechada para esses questionamentos. No entanto, sabe-se que o artigo 1º, §1º da Constituição Federal ainda se encontra vigente e estabelece um poderoso mandamento segundo o qual "*todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente*".

Essa norma constitucional diz, nas entrelinhas, que o povo não somente pode, como deve exercer influência sobre os processos decisórios dos poderes da república, seja no ambiente do poder legislativo, exercendo pressões sobre sistema majoritário, seja no ambiente do poder judiciário, reagindo à processos e decisões que pretendam estabelecer a interpretação final sobre o sentido e extensão de direitos.

Essa influência indireta da opinião popular sobre decisões emanadas do poder público tem sido observada com cada vez mais frequência, dando origem ao fenômeno denominado "Efeito Backlash", que será abordado adiante.

3. EFEITO *BACKLASH*

3.1. Origem e conceito

Caso fosse necessário escolher uma só palavra para representar a origem do efeito backlash, uma opção adequada seria a palavra *discórdia*. Em seu sentido etimológico significa "*dois corações separados ou divergentes*" (prefixo *dis*, indica separação, divergência, ou divisão em duas partes, e a palavra *cor* significa coração, ou a sede da alma)³⁰.

³⁰ Disponível em: <https://www.dicionarioetimologico.com.br/discordar/>

Conforme bem observa Luís Roberto Barroso vivemos "*em um mundo fragmentado e heterogêneo, com dificuldade de compartilhar valores unificadores*"³¹. A discórdia, portanto, é a tônica das sociedades modernas. Discorda-se sobre a pena de morte, porte de armas, o casamento entre homossexuais, descriminalização do porte de drogas, os direitos do corpo da mulher, ideologias político-econômicas entre outros inúmeros temas de natureza moral.

Por um lado, é certo que a depender da relevância e amadurecimento da discórdia, em determinado momento o Poder Público deverá ser instado a resolvê-lo. Nesse sentido, a depender da modelagem do Estado em questão, a controvérsia será dirimida pelo sistema majoritário, ocasião em que será editada uma lei geral e abstrata que regulará a matéria. Em outros casos, no entanto, a corte constitucional será provocada a definir a interpretação e estabelecer o parâmetro de constitucionalidade dos direitos que circundam a controvérsia.

Ocorre que se a resposta dada pelo Poder Público for de certa forma insatisfatória, a reação do povo a tais decisões poderá ser extremamente hostil, inflamada e até provocar uma convulsão social. Essa reação adversa, por sua vez, poderá exercer influência sobre a postura de outros órgãos e instâncias do próprio poder público, influenciando suas decisões futuras e ocorrendo o fenômeno que os juristas norte-americanos chamaram de *efeito backlash*.

A origem do *efeito backlash* parece ter relação com o conjunto de reações que sucederam decisões proferidas no âmbito da Corte de Warren (1953-1969)³², momento em que foi notada a possível relação de causa e efeito entre decisões "garantistas" da Suprema Corte Americana e a superveniência de legislação mais notadamente "conservadora".

Tal relação foi percebida por RONALD DWORKIN. Em sua obra sobre aborto, eutanásia e liberdades individuais, o jurista relatou que muitos analistas associam a belicosidade envolta ao tema do abortamento com a forma com que o desacordo moral foi pretensamente solucionado: pelo poder judiciário e não pelo sistema majoritário.³³

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

³² KLEINLEIN, Thomas; PETKOVA Bilyana. **Federalism, Rights, and Backlash in Europe and the United States.** *International Journal of Constitutional Law (I.CON)*, Oxford University Press, v. 15, n. 4, pp. 1066-1079, 2017

³³ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida. Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais.** São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016, p. 6

Além de DWORKIN, o jurista CASS SUSTEIN também buscou definir o fenômeno, afirmando que ele ocorre em casos em que há "*reprovação pública intensa e sustentada de uma decisão judicial, acompanhada de medidas agressivas para resistir a essa decisão e remover sua força legal*"³⁴. Acrescenta, assim, que "*se as Cortes decidirem de certa maneira e determinados casos, a indignação pública pode afetar significativamente as políticas nacionais e minar a própria causa que a decisão está tentando promover*".³⁵

É importante destacar que, apesar do *backlash* geralmente ser associado à insurgência popular generalizada contra decisões judiciais, é certo ele também pode ocorrer em face de atos do Poder Legislativo ou do Poder Executivo.

Sobre isso, SAMUEL SALES FONTELES relembra famoso caso americano em que o Parlamento de Vermont (EUA) sofreu intenso *efeito backlash* quando do reconhecimento da união civil entre pessoas do mesmo sexo³⁶. No entanto, adverte que "*haveria uma menor propensão para o surgimento do efeito backlash diante de "decisões" do Legislativo e Executivo, diferentemente do que ocorreria perante decisões judiciais*".

É possível, ainda, que o efeito *backlash* seja percebido no plano internacional. Nessa hipótese, uma das possibilidades é que cortes domésticas se rebelem contra decisões emanadas por Cortes ou organismos internacionais. Para ilustrar, FONTELES menciona casos em que Estados Nacionais se opuseram às decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, como o caso Fontevecchia (2011) em que a Corte Constitucional argentina repeliu o comando da Corte para tornar sem efeito a condenação civil (e suas consequências) imposta pelo regime militar a Jorge Fontevecchia e Héctor D'Amico.³⁷

As considerações sobre a origem do efeito *backlash* e suas múltiplas facetas poderia levar ao entendimento de que o fenômeno seria algo indesejável. No entanto, adverte FONTELES que houve uma clara evolução acerca do significado do *efeito backlash*, que não poderia mais ser visto de forma "*pejorativa e designadora de algo intrinsecamente hostil a*

³⁴ SUSTEIN, Cass R. **Backlash's Travels**. University of Chicago Public Law & Legal Theory. Working Paper nº 157, 2007, pp. 01

³⁵ SUSTEIN, Op. Cit.

³⁶ FONTELES. Samuel Sales. **Direito e Backlash**. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 33

³⁷ O caso tem como fundo a violação do direito à liberdade de expressão dos senhores Jorge Fontevecchia e Héctor D'Amico, que eram, respectivamente, diretor e editor da revista Notícias na Argentina

direitos fundamentais. Com esse tipo de pré-compreensão ofusca-se a análise científica de um fenômeno tão multifacetado"³⁸.

Tal advertência é de suma importância já que, conforme será visto adiante, o efeito *backlash* não necessariamente traz retrocessos. Pelo contrário, é possível que reações populares adversas tenham como foco decisões públicas autoritárias ou restritivas de direitos, o que poderá criar aspirações garantistas por parte de outras esferas de poder.

Essa é a constatação de KLEINLEIN e PETKOVA, que entendem que o efeito *backlash* pode significar uma esperança para aqueles que se opõem às recentes lideranças de extrema direita nos Estados Unidos e Europa³⁹.

Conforme relembra FONTELES, a história norte americana é recheada de exemplos de formas de *backlash* "progressista", mencionando casos como i) *Bowers v. Hardwick* (1986), quando a Suprema Corte Norte-Americana deixou de pronunciar a inconstitucionalidade de uma lei que criminalizava a "sodomia", conceito no qual se incluía relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo, causando uma avalanche de protestos por parte da comunidade LGBT; ii) *Dred Scott v. Sandford* (1857), em que a Suprema Corte Norte-Americana negou a um escravo legitimidade ativa para postular a própria liberdade, negando-lhe cidadania, causando tamanha rejeição pública que geralmente é referenciada como uma das decisões mais abjetas da história do constitucionalismo americano.

Diante de todo o exposto, o efeito *backlash* se refere basicamente à insurgência contra decisões públicas, sendo mais comum nos casos de decisões proferidas pelo Poder Judiciário no exercício do *judicial review*. Fica claro ainda, que a insurgência tem como objetivo a alteração ou manutenção do *status quo* não se referindo, necessariamente a uma manifestação de conservadorismo. Resta agora entender de que formas o efeito *backlash* pode ser exteriorizado.

³⁸ Op. Cit., p. 24

³⁹ "Especially in such (quasi-)federal structures as the U.S. and the EU, backlash (and counter-backlash) is a productive way for working out different constitutional interpretations within a common frame of reference. Often theorized as resistance to progressive reforms only, issue-specific backlash now also gives hope to progressives who oppose the Trump administration in the U.S. or categorically reject radical rightwing parties in Europe" (KLEINLEIN, Thomas; PETKOVA Bilyana. **Federalism, Rights, and Backlash in Europe and the United States**. International Journal of Constitutional Law (I.CON), Oxford University Press, v. 15, n. 4, pp. 1066-1079, 2017, p. 12-3)

3.2. Formas de manifestação do Efeito *Backlash*

As formas de exteriorização do *backlash* foram sistematizadas de forma interessante por FONTELES que mapeou dez possibilidades: i) críticas públicas ou publicadas; ii) manifestações sociais; iii) eleições atípicas; iv) reações legislativas; v) indicações estrategicamente ideológicas para o Tribunal; vi) impeachment; vii) atos de desobediência civil; viii) insubordinação de agentes; ix) ataques institucionais; e x) reações armadas.⁴⁰

A primeira forma de exteriorização do *backlash* e mais óbvia é a realização de críticas públicas ou publicadas sobre determinada decisão judicial. Essas críticas muitas vezes podem ser inócuas, mas algumas vezes podem servir como uma faísca para uma hostilização mais severa. Por essa razão, não é incomum se deparar atualmente com tribunais e ministros justificando suas decisões por meio de entrevistas concedidas à mídia ou através das redes sociais. As críticas públicas ou publicadas, portanto, podem desempenhar função relevante na medida em que os tribunais procuram cada vez mais resguardar a reputação e respeitabilidade do Poder Judiciário.

De forma semelhante às críticas públicas, manifestações sociais organizadas também podem exercer grande influência nas decisões públicas, dando maior voz àqueles que se insurgem, assim como maior visibilidade à causa da insurgência. No Brasil é possível identificar inúmeros casos de manifestações públicas relevantes que surtiram algum tipo de influência em processos decisórios do poder público, como por exemplo, as manifestações de 2013 que desencadearam uma série de respostas do poder legislativo e executivo.⁴¹

A terceira forma de *backlash* não emana necessariamente do povo, mas é observada com enorme frequência. Trata-se da apropriação do objeto da indignação contra determinada decisão pública por candidato a cargo eletivo para fins exclusivamente eleitoreiros. Nessa modalidade, o *backlash* assume um caráter praticamente partidário. Exemplificando essa modalidade FONTELES cita o caso em Mitt Romney, governador do Estado de Massachusetts

⁴⁰ FONTELES. Samuel Sales. Op. Cit.

⁴¹ Confira-se a lista de medidas aprovadas ou rejeitadas pelo Congresso após as manifestações em <http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/06/lista-o-que-o-congresso-aprovou-ou-rejeitou-apos-os-protestos-nas-ruas.html>

(USA), que se apropriou da antipatia social gerada pela decisão tomada no caso *Goodridge v. Department of Public Health* (2003) em que a Suprema Corte Americana reconheceu o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Na realidade brasileira, mais fortemente nas eleições de 2018, também foi possível observar inúmero candidatos que se aproveitaram da não aceitação de decisões públicas em temas polêmicos (p. ex. desarmamento, união estável entre pessoas do mesmo sexo) por determinados segmentos da sociedade para a formação de uma plataforma eleitoral.

Outra forma de *backlash* pode ter origem no processo legislativo, nas ocasiões em que é permitido ao poder legislativo editar normas já antes declaradas inconstitucionais pelo poder judiciário. Trata-se do fenômeno denominado pela doutrina como "reação legislativa" e será abordado de forma mais detalhada adiante.

A quinta forma de *backlash*, conforme sugere FONTELES, diz respeito a "*uma interação não amigável entre dois eixos: o judicial e o social, com o intermédio de um governante*". Trata-se da possibilidade de governantes realizarem indicações tendenciosas para a corte constitucional. Para ilustrar essa modalidade, relembra o autor a postura de Richard Nixon em reação à *Corte de Warren*, quando assumiu o compromisso de indicar juízes considerados como adeptos ao construcionismo estrito. No Brasil também houve recentes manifestações nesse sentido, quando o presidente recém-eleito Jair Bolsonaro declarou à mídia que pretendia nomear para ministro do STF alguém "*terrivelmente evangélico*" na tentativa de dar toques de conservadorismo de cunho religioso à corte.⁴²

Há, ainda, a possibilidade de declaração de *impeachment* de um juiz com uma forma de reação adversa às suas decisões. Apesar de drástica, há registros de tentativas de adoção da medida tanto no constitucionalismo americano quanto no brasileiro. Um grande exemplo ocorrido em território americano, foi o pedido de *impeachment* do presidente da Suprema Corte à época, *Justice Earl Warren*, formulado por instituição denominada *John Birch Society* em reação à decisão proferida no célebre caso *Brown vs Board of Education*.⁴³

⁴² <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/10/bolsonaro-diz-que-vai-indicar-ministro-terrivelmente-evangelico-para-o-stf.ghtml>

⁴³ Confira-se a história desse movimento em <https://www.politico.com/story/2017/12/09/john-birch-society-founded-dec-9-1958-281369>

No Brasil, de 2015 até agora, mais de vinte pedidos de *impeachment* de ministros do Supremo foram protocolados no Senado Federal, sendo o recordista o Ministro Gilmar Mendes. Nenhum desses pedidos, no entanto, foi aceito pelo Senado Federal. Recentemente foi protocolado um pedido de *impeachment* do atual presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Dias Toffoli, em reação à decisão que determinou a suspensão de investigações criminais que usem dados detalhados de órgãos de controle, como COAF, Receita Federal e Banco Central, sem prévia autorização judicial.

A próxima modalidade de exteriorização do *backlash* catalogada por FONTELES representa certo risco ao Estado de Direito. Trata-se da prática de atos de desobediência civil. Em suma, se refere às hipóteses em que simplesmente decide-se por não cumprir uma decisão judicial, porque entende-se que esta seria ilegal. Conforme relembra FONTELES, o jurista RONALD DWORKIN já teve a oportunidade de se debruçar sobre o tema e concluiu que em certos contextos seria possível que um cidadão se opusesse a determinada decisão judicial, já que "*não se pode pressupor que a constituição é sempre o que a Suprema Corte afirma que ela é*"⁴⁴, quando se trata de um dispositivo ambíguo e duvidoso.

Nessa mesma linha, segue a oitava forma de exteriorização do *backlash*, só que perpetrada por agentes públicos. Trata-se da negativa de cumprimento de decisões judiciais pelas autoridades públicas, enfraquecendo, dessa forma, a autoridade do Poder Judiciário. Por mais que pareça improvável, um caso de insubordinação explícita de agente público contra decisão judicial ocorreu recentemente no Brasil, quando o então presidente do Senado Federal Renan Calheiros, se negou a afastar-se do cargo, em desobediência à decisão proferida pelo Ministro Marco Aurélio no âmbito da medida cautelar em ADPF nº 402.

A penúltima forma de *backlash* a decisões judiciais também é agressiva e se refere à prática de ataques institucionais, como alterações arbitrárias na composição dos Tribunais, a aprovação de cortes orçamentários, abertura de processos administrativos disciplinares contra juízes e aplicação de sanção de aposentadorias compulsória a juízes. Trata-se, portanto, da prática de atos de perseguição de um poder contra outro como forma de reação a uma decisão pública indesejada.

⁴⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 323 e 326

Por fim, a última forma de *backlash* se traduz na completa ruptura daquele que se insurge com as regras estabelecidas pelo *status quo*, levando à prática de atos de revolução ou reações armadas. Conforme destaca FONTELES é possível verificar a correlação entre decisões judiciais e a deflagração de conflitos armados, guerras civis, como por exemplo no caso *Dread Scott v. Sandford* (1857) e sua relação com o início da Guerra de Secessão.

Uma vez conceituado o efeito *backlash* e verificadas as possibilidades de sua exteriorização, resta analisar o fenômeno em cotejo com as teorias sobre *judicial review*. Conforme se verá adiante, alguns constitucionalistas proeminentes demonstram visões diferentes acerca do papel do *backlash* nas relações entre poderes.

3.3. *Backlash* e teorias constitucionais sobre *judicial review*

Há basicamente dois posicionamentos extremos quando se fala em legitimidade democrática do controle de constitucionalidade.

Conforme visto acima, pode se dizer que um grande representante de uma das pontas é RONALD DWORKIN e sua teoria calcada nos conceitos de *Juiz Hércules* e no Poder Judiciário entendido como fórum de princípios. Trata-se, portanto, de um posicionamento que deposita total confiança na jurisdição constitucional.

Na outra ponta, há o posicionamento de JEREMY WALDRON que rejeita o *judicial review* como uma forma apropriada de se obter uma resposta sobre direitos em uma sociedade livre e democrática, confiando tal função ao poder legislativo.

Esses posicionamentos antagônicos, no entanto, convivem com algumas doutrinas moderadas que podem ser úteis para compreender a evolução e apreensão do fenômeno do *backlash* na teoria constitucional. Trata-se do i) minimalismo judicial (Cass Sustein); ii) constitucionalismo popular; e do iii) constitucionalismo democrático (Post & Siegel).

A primeira corrente é geralmente atribuída ao constitucionalista CASS SUSTEIN, da Universidade de *Harvard*. Conforme bem descrevem OLIVEIRA e MOURA, o minimalismo judicial é caracterizado como uma forma de autocontenção judicial na resolução de casos

controversos, reduzindo os encargos da decisão judicial e tornando erros judiciais menos frequentes e prejudiciais à sociedade.⁴⁵

Para o autor, as principais vantagens de se adotar uma postura minimalista seriam de deixar que questões filosóficas, políticas e/ou morais controvertidas sejam resolvidas pelas instâncias democraticamente eleitas, evitando, dessa forma, a chamada *dificuldade contramajoritária*⁴⁶, bem como de adicionar uma dose de "bom senso" quando a Corte for instada a se manifestar sobre casos dotados de alta complexidade e com impacto social desconhecido.

Nesse sentido o minimalismo judicial é sintetizado por OLIVEIRA e MOURA em quatro principais características: i) os aspectos procedimental e substancial; ii) os "acordos técnicos incompletos"; iii) a estreiteza e superficialidade; e iv) a promoção da democracia deliberativa.

Os aspectos procedimentais correspondem ao conjunto de recomendações formais do pensamento minimalista aos juristas. Nesse sentido, é recomendado que juízes evitem utilizar argumentos profundos e controversos, assim como fundamentos com alto nível de abstração. Um tribunal minimalista deve estar comprometido com suas próprias limitações e atento à promoção da participação democrática. Por outro lado, o aspecto substancial prega que o conteúdo de uma decisão judicial deve buscar, sempre que possível, a promoção das condições necessárias ao bom funcionamento de uma democracia constitucional, tais como igualdade política, participação, deliberação racional e responsabilidade política (*accountability*).

No pensamento de CASS SUSTEIN, o minimalismo judicial deve ser pensado a partir do conceito de "acordo teórico incompleto". Segundo esse conceito, as pessoas quando vivem em sociedade acabariam por concordar com princípios gerais sem, no entanto, concordar sobre as implicações específicas que resultam da aplicação prática desses princípios em casos concretos. Consequentemente, haveria uma concordância tácita com relação aos resultados

⁴⁵ OLIVEIRA, C. L.; MOURA, Suellen. **O minimalismo judicial de Cass Sunstein e a Resolução do Senado Federal no controle de constitucionalidade: ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional, v. 8, p. 238-263, 2016

⁴⁶ Famoso termo cunhado por Alexander Bickel para designar a natural desconfiança do legislador e das maiorias frente ao *judicial review* (BICKEL, Alexander. **The Last Dangerous Branch: the Supreme Court at the bar of politics**. Bobbs-Merrill, 1962)

concretos, dada a homogeneidade da aceitação dos aspectos gerais daquele determinado princípio. Segundo o autor, esse conceito traz coesão e senso de respeito mútuo à sociedade.

Adicionalmente, as decisões minimalistas, segundo SUSTEIN, devem ser estreitas ("*narrowness*") e superficiais ("*shallowness*"). Dessa forma, evita-se teorizações excessivamente amplas para a resolução de casos morais ou politicamente controversos. A estreiteza se refere à postura de se decidir com base em fundamentos não mais amplos do que o necessário para apoiar o resultado. A superficialidade, por sua vez, se refere à preferência que deve ser dada às decisões que não se imiscuem em questões de princípios básicos, prezando pela fundamentação superficial, justamente para conferir a liberdade para as pessoas discordarem, discutirem e eventualmente, convergirem com relação ao problema.

Por fim, o minimalismo judicial deve promover as condições de funcionamento da democracia deliberativa. Isso significa que as decisões judiciais, ao adotar uma postura autocontida, deve buscar garantir que os órgãos democraticamente responsáveis funcionem. Nesse sentido, promove-se a utilização da via majoritária para a resolução de casos de alta complexidade moral e política, restando ao poder judiciário promover os ideais constitucionais sem o risco de intervenção judicial excessiva em domínios políticos.

Sobre a relação da teoria do minimalismo judicial com o *backlash*, destaca SALES FONTELES que a posição de CASS SUSTEIN é relativamente inconclusiva. Não há um juízo de valor definitivo sobre o fenômeno. No entanto, após reconhecer as fragilidades do sistema constitucional norte americano, o autor destaca que "*o pensamento de Sustain considera o backlash, de um modo geral, como algo a ser calculado e evitado*".⁴⁷

A segunda corrente denomina-se constitucionalismo popular, difundido, principalmente, pelo constitucionalista americano LARRY KRAMER.⁴⁸ Em síntese, a tese afirma que a população estaria diretamente relacionada às atividades de interpretação das normas constitucionais e teria, inclusive, a responsabilidade de garantir a sua efetividade.

⁴⁷ FONTELES SALES, Op. Cit., p. 52

⁴⁸ KRAMER, Larry. **Popular Constitutionalism**, Circa 2004. California Law Review, Berkeley, v. 92. p. 959, jul. 2004

Segundo KRAMER, o constitucionalismo popular sempre foi a intenção dos fundadores da nação norte americana. Conforme análise da obra do autor por VIEIRA, EMERIQUE E BARREIRA:

*"Segundo ele, os fundadores dos Estados Unidos estavam profundamente comprometidos a criar um sistema constitucional cujo protagonista seria o povo, que concederia ao governo direção e energia. A invocação do "povo", desta forma, não era meramente retórica, mas expressava os sentimentos e objetivos dos líderes americanos. Conforme suas próprias palavras: "Constitucionalismo americano designou aos cidadãos comuns a função central e crucial na implementação constitucional". Assim, a "palavra final" em matéria constitucional residiria no povo."*⁴⁹

Dessa forma, a interpretação constitucional realizada pelo Judiciário não estaria acima daquela realizada por outros Poderes, sendo que todas estas formas de interpretação, inclusive a judicial, estariam subordinadas à expressão definitiva do povo. Rejeita-se, portanto, a ideia de supremacia judicial, e não a simples possibilidade de *judicial review*.

Nesse marco teórico, o *backlash* também é visto como algo a ser evitado, principalmente porque não se consideraria legítimo que o Poder Judiciário tenha a "última palavra" e invalide definitivamente uma lei que em última instância traduz a vontade consensual do povo.

Por fim, a terceira corrente que se destaca é o constitucionalismo democrático, recentemente defendido por ROBERT POST e REVA SIEGEL⁵⁰. Segundo os autores a confiança de movimentos progressistas atingiu o seu pico durante *Corte de Warren* e, após isso, entrou em declínio, devido ao crescente *backlash* político e cultural de caráter conservador derivado dessas decisões. Esse fato, inclusive, teria sido determinante para o surgimento das correntes acima mencionadas (minimalismo judicial e constitucionalismo

⁴⁹ VIEIRA, José Ribas; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant; BARREIRA, Jônatas Henriques. **Constitucionalismo popular: modelos e críticas**. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 5, n. 3, p. 277-302, set./ dez. 2018

⁵⁰ POST, Robert; SIEGEL, Reva. (2007). **Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash**. Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review. 42.

popular), que compartilhavam a visão de que um judiciário demasiadamente assertivo poderia "prejudicar mais do que ajudar" as causas progressistas.⁵¹

Nesse sentido, POST e SIEGEL entendem que "*o pêndulo oscilou demais entre a confiança excessiva nas cortes e o excessivo desespero*", o que os motivou a propor um modelo denominado "*constitucionalismo democrático*", que se propõe a analisar os entendimentos e as práticas que levaram ao estabelecimento dos direitos constitucionais no contexto das controvérsias culturais. Em outras palavras, o constitucionalismo popular entende que os desacordos interpretativos são uma condição para o desenvolvimento do direito constitucional.

A premissa do constitucionalismo democrático, conforme definem POST e SIEGEL, é que a autoridade da Constituição depende da sua legitimidade democrática, ou seja, da sua capacidade de inspirar o povo a reconhecê-la como "sua Constituição". Essa tese, por sua vez, seria suportada pelas tradições de engajamento popular que autorizariam os cidadãos a fazer reivindicações sobre o sentido da Constituição, especialmente para se opor a medidas governamentais que acreditam serem violadoras da lei maior. Essas reivindicações, por sua vez, ocasionariam uma reação por parte dos governantes, gerando, assim, um debate público-privado que sedimentaria os entendimentos sobre a interpretação dos direitos compreendidos na Constituição.

Segundo POST e SIEGEL, a doutrina constitucional tende a confundir a Constituição com as decisões judiciais a ela relacionadas, o que pode levar ao raciocínio equivocado de que qualquer oposição às cortes constitucionais signifiquem uma ameaça à própria Constituição. Segundo os autores "*criticar uma decisão judicial porque entende-se que seja inconstitucional significa buscar uma identificação normativa com a própria Constituição*."⁵²

Dessa forma, a doutrina do constitucionalismo democrático procura oferecer uma nova perspectiva sobre o potencial construtivo do *backlash*. Se por um lado, o fenômeno pode ser entendido como questionador da presunção de que os cidadãos devem aquiescer passivamente com decisões judiciais contrárias à Constituição, por outro, para se obter uma Constituição

⁵¹ "*Stunned by the ferocity of the conservative counterattack, progressives have concluded that the best tactic is to take no action that might provoke populist resentments*" POST, Robert; SIEGEL, Reva. Op. Cit., p. 2

⁵² POST, Robert; SIEGEL, Reva. Op. Cit., p. 3

democrática e responsiva, o efeito *backlash* ajudaria a questionar a autoridade autônoma da lei maior.

Uma boa síntese do pensamento de POST e SIEGEL e, conseqüentemente, do constitucionalismo democrático é apresentada por FONTELES SALES:

"Quando juízes ignoram o sentimento social para atuar unicamente pelo Direito, tem-se um Estado de Direito que ameaça o regime democrático. Noutra ponta, quando magistrados julgam guiados pela opinião pública, ganha-se no coeficiente democrático, mas perde-se em segurança jurídica e resta enfraquecido o Estado de Direito. Essa é a dicotomia que se apresenta como conflito. Enquanto o autogoverno realça a autonomia, o Estado de Direito enfatiza a heteronomia. Ora, o backlash nasce exatamente dessa conflituosidade, na medida em que se manifesta quando o povo disputa a interpretação constitucional a ser adotada pelos juízes e Tribunais. Portanto, origina-se da confluência da democracia com o constitucionalismo"⁵³

Portanto, o *backlash* é caracterizado como uma tentativa do povo de se fazer ouvir no processo de formação do significado constitucional. Cumpre registrar, no entanto, que não se confunde com direito de resistência, já que aqueles que desejarem influenciar no conteúdo do direito constitucional deverão buscar o equilíbrio entre duas condutas: exercer influência sobre as cortes para fazer valer os seus próprios valores constitucionais, e, ao mesmo tempo, preservar a autoridade dos cortes para interpretar a Constituição em nome do Estado de Direito.⁵⁴

Em conclusão, o constitucionalismo democrático encara o *backlash* de forma diferente das outras correntes mencionadas, não sendo necessariamente um fenômeno a ser evitado. O *backlash* é tratado como um agente arejador, que não somente traz pluralidade, mas empresta legitimidade democrática às atividades de interpretação da constituição.

Diante do exposto, realizado o necessário cotejo entre os contornos do efeito *backlash* e suas nuances com o debate constitucional sobre o *judicial review*, passa-se à análise crítica e cotejo com a realidade do constitucionalismo brasileiro.

⁵³ FONTELES SALES. Op. Cit., p. 55

⁵⁴ POST, Robert; SIEGEL, Reva. Op. Cit., p. 14

4. "ÚLTIMA PALAVRA" E EFEITO *BACKLASH* NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

4.1. (In)aplicabilidade da teoria da última palavra: a construção conjunta para a efetivação e ampliação de direitos

Uma vez delineadas as teorias constitucionais que versam sobre a legitimidade democrática do controle de constitucionalidade, bem como das discussões acerca do conflito entre poder judiciário e poder legislativo, resta tecer comentários sobre a aplicabilidade a teoria da "última palavra" na realidade brasileira.

Primeiramente, parte-se do texto constitucional. Conforme já mencionado acima o art. 102, §2º da Constituição Federal estabelece que *"as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal."*

Nota-se, portanto, que a Constituição propositalmente optou por não estabelecer efeitos vinculantes ao Poder Legislativo. Nada impede, portanto, que no dia seguinte à publicação de uma decisão do Supremo Tribunal Federal pela inconstitucionalidade de determinada lei, o Poder Legislativo inicie novo processo para buscar a edição de nova norma semelhante ou de idêntico teor àquela reputada como inconstitucional. Nesse sentido, confira-se as palavras de DANIEL SARMENTO:

"As decisões do STF em matéria constitucional são insuscetíveis de invalidação pelas instâncias políticas. Isso, porém, não impede que seja editada uma nova lei, com conteúdo similar àquela que foi declarada inconstitucional. Essa posição pode ser derivada do próprio texto constitucional, que não estendeu ao Poder Legislativo os efeitos vinculantes das decisões proferidas pelo STF no controle de constitucionalidade (art. 102, § 2º, e art. 103-A, da Constituição). 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-los, tomando a nova medida legislativa como afronta à sua autoridade. Nesse ínterim, além da possibilidade de alteração de posicionamento de alguns ministros, pode haver também a mudança na composição da Corte, com reflexões no resultado do julgamento.”⁵⁵

Tal disposição é extremamente importante, pois evita a chamada "*fossilização da constituição*" que fatalmente ocorreria caso o poder legislativo não pudesse editar diplomas contendo previsões já declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. Afinal, a interpretação de certos direitos não é eternamente estática, mas mutável, na medida em que a própria sociedade também evolui em termos políticos e culturais. Veja-se que o próprio Supremo Tribunal Federal reconhece a fossilização é um fenômeno indesejado e não admitido pelo ordenamento constitucional brasileiro:

"Já se demonstrou alhures, com abundância de argumentos, que, como fruto de exegese de textos similares ou análogos, a proibição de reprodução de norma idêntica à que foi declarada inconstitucional não pode inspirar-se nalgum princípio processual geral que iniba renovação do comportamento subjacente a ato concreto anulado ou tido por ilegal, o que, sob a autoridade da res iudicata, conviria apenas a processos de índole subjetiva. Ademais, o postulado da segurança jurídica acabaria, contra uma correta interpretação constitucional sistemático-teleológica, sacrificando, em relação às leis futuras, a própria justiça da decisão. Por outro lado, tal concepção comprometeria a relação de equilíbrio entre o tribunal constitucional e o legislador, reduzindo este a papel subalterno perante o poder incontrolável daquele, com evidente prejuízo do espaço democrático-representativo da legitimidade política do órgão legislativo. E, como razão de não menor tomo, a proibição erigiria mais um fator de resistência conducente ao inconcebível fenômeno da fossilização da Constituição"⁵⁶

⁵⁵ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 402-405

⁵⁶ Rcl 2617 AgR, Rel. Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 23/02/2005. No mesmo sentido: ADI nº 907, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, RTJ 150/726, e ADI nº 864, Rel. Min. MOREIRA ALVES, RTJ 151/416

É inequívoco, portanto, que a Constituição Federal confere a possibilidade de genuína discordância entre os Poderes Judiciário e Legislativo quanto à constitucionalidade de determinada matéria, podendo se dizer, ao menos sob a perspectiva formal, que não há "última palavra". Afinal, a depender do empenho e força de vontade dos poderes envolvidos em defender seus próprios valores em relação à determinada questão constitucional controversa, é formalmente possível que se constitua um verdadeiro "*loop*" infinito entre a edição de lei pelo Poder legislativo e declaração de inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário, nova edição de lei pelo Poder Legislativo e nova declaração de inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário, e assim por diante.

Por outro lado, seria possível afirmar que, ainda que o Poder Legislativo possa editar leis com o mesmo teor, caberia ao Supremo Tribunal Federal realizar nova análise de constitucionalidade com relação exclusivamente a esses novos diplomas, confirmando-se, dessa forma, a possibilidade de proferir uma relativa "última palavra", ainda que não inédita, sobre aquela determinada questão.

Nesse sentido, é salutar questionar se não seria mais produtivo deixar de concentrar energias no debate sobre quem teria a palavra final e simplesmente assumir a relatividade do conceito de "última palavra", buscando, por conseguinte, entender a complexa rede de interações e interpretações que torna nossa Constituição viva e em constante mutação.

O jurista CONRADO HUBNER MENDES tece considerações fundamentais a esse respeito ao constatar que ao imaginar que não há "última palavra", a separação de poderes seria um circuito infinito de promessas e vetos, sem um destino de chegada. Tudo seria provisório, "em processo" de se transformar em algo diferente. Dessa atitude poderiam advir duas implicações normativas: i) poder-se-ia afirmar que, se não houver uma última palavra, o povo sempre será capaz de responder e manter a democracia viva; ou ii) poder-se-ia constatar que esse modelo seria demasiadamente diluído, sendo desconsiderado o fato de que, embora seja verdade que as decisões presentes sempre estarão sujeitas a futuras revisões pelo mesmo ou por outro ramo (independentemente de a constituição estabelecer revisão judicial), cada decisão tem um custo político duradouro e consome certos fatos que se tornam irreversíveis.⁵⁷

⁵⁷ MENDES, Conrado Hübner. **Is it all about the last word?**. *Legisprudence* (Oxford. Print), v. 3, p. 69-110, 2009. p. 40-42

Em conclusão, MENDES arremata que o desafio da teoria constitucional é manter as vantagens comparativas de ambas as instituições, enquanto tenta minimizar suas deficiências inerentes. E, ao invés buscar uma única e abstrata resposta sobre quem deveria prevalecer, poderiam ser concentrados esforços para explorar as qualidades potenciais da interação dinâmica provocada pela separação de poderes.

De acordo com o jurista, há uma "última palavra", num certo sentido limitado, e ao mesmo não há "última palavra", em outro. Tal relativização capta bem a circularidade necessária para a designação desse conceito⁵⁸. Essa reflexão leva ao entendimento de que, em matéria de separação de poderes, o que realmente importa é a interação deliberativa. E essa promoção da interação deve ser fomentada pelas próprias cortes.⁵⁹

Sobre esse ponto concorda-se com a conclusão de MENDES, já que as teorias que admitem a existência de uma "última palavra" imperiosa e definitiva, partem de perspectivas limitadas, e deixam, assim, de contribuir para a pluralização da atividade interpretativa da constituição. O que realmente deve ser o foco das atenções, é o grau de permeabilidade das cortes com relação às atividades interpretativas externas, tais como de outros poderes, agências especializadas, entidades da sociedade civil e do próprio povo. Quanto mais impermeável é a corte, menos legítima é a sua palavra com relação às cláusulas abertas da Constituição. Uma corte com portas fechadas, portanto, viola o Estado Democrático de Direito e a própria Constituição.

Sobre esse tema, há muito que PETER HÄBERLE propõe a formação da chamada "sociedade aberta dos intérpretes da constituição", defendendo a necessidade de ampliação dos instrumentos de informação dos juízes constitucionais, especialmente no que se refere às audiências públicas e às "intervenções de eventuais interessados", assegurando-se novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da Constituição⁶⁰.

⁵⁸ MENDES. Op. Cit., 42

⁵⁹ MENDES, Conrado Hübner. **Neither dialogue nor last word**. *Legisprudence* (Oxford. Print), v. 5, p. 1-40, 2011.

⁶⁰ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição**, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997

Na experiência brasileira há tentativas de fomentar a deliberação e promover a "democratização" dos debates travados em arena constitucional. Um exemplo claro é o regime da Lei 9.868/99 que disciplina o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Conforme dispõem os artigos 9º, §1º e 20, §1º "*em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.*"

Trata-se de instrumento que claramente busca pluralizar o debate acerca de questões constitucionais que envolvem opiniões técnicas. Adicionalmente, visando ampliar ainda mais a deliberação, há a previsão de admissão de *amicus curiae* - órgão ou entidades - nas ações de controle concentrado de constitucionalidade (art. 7º, §2º da Lei 9.868/99), uma vez satisfeitos os requisitos que comprovem o seu legítimo interesse no feito.

Infelizmente, no caso das audiências públicas, ao longo de dez anos, constatou-se que a falta de sistematização e organização acarretou na desorientação para a justificação epistêmica das decisões. Ademais, "*não há na prática critérios para a convocação de audiências públicas e para a definição de quem está habilitado para delas participar, há baixos níveis de interação e confronto entre os participantes, presença reduzida de ministros, baixa incorporação das audiências nas decisões dos ministros e usos das falas dos participantes nos votos como indícios de confirmações de crenças ou hipóteses preexistentes, o que tende a revelar uso míope ou estratégico*"⁶¹.

Quanto ao *amicus curiae*, sabe-se que a sua taxa de admissão é relativamente alta (cerca de 70% em ação diretas de inconstitucionalidade e 50% em arguições de

⁶¹ LEAL, FERNANDO; HERDY, RACHEL; MASSADAS, JÚLIA. **Uma década de audiências públicas no Supremo Tribunal Federal (2007-2017)**. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 331-372, Abril de 2018. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S235956392018000100331&lng=en&nrm=iso.

descumprimento de preceito fundamental), no entanto, não se sabe ao certo qual é a efetiva influência desses interventores nas ações de controle concentrado de constitucionalidade.⁶²

Diante de todo o exposto, conclui-se que seria possível sustentar tanto a existência quanto inexistência de palavra final, a depender dos critérios utilizados. Essa característica enfraquece a própria teoria da "última palavra", que se mostra inadequada e improdutiva na realidade brasileira, já que o próprio modelo de Estado Democrático de Direito adotado impõe a participação efetiva do povo e de todos os poderes da república na interpretação da Constituição. Além disso, fica claro que é preciso maior empenho das instituições na garantia da efetividade dos instrumentos de participação nas atividades interpretativas da constituição.

4.2. A importância do dissenso: *backlash* como legítimo instrumento dialógico

Conforme visto acima, o melhor caminho para conferir legitimidade democrática às atividades de interpretação da constituição pelos poderes da república é superar a noção de "última palavra" e buscar a interação deliberativa, não somente em território interinstitucional, mas também com entidades representativas do entendimento popular, afinal "*todo o poder emana do povo*" (art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal).

À primeira vista, a proposta pode causar certa insegurança, já que o aumento do número de atores fatalmente potencializará o nível de dissenso sobre determinada questão constitucional que já é suficientemente controversa, o que seria indesejável já que os processos interpretativos se tornariam demasiadamente complexos e improdutivos.

Ocorre que o dissenso não pode ser encarado como entrave, mas como característica natural da vida em uma sociedade democrática. Conforme precisamente colocado por VANICE REGINA LÍRIO DO VALLE "*a divergência expressa no ambiente democrático veicula um ponto de vista que não foi considerado, ou mesmo que considerado, não se teve*

⁶² LAURENTIIS, Thais Catib de. **A caracterização do amicus curiae à luz do Supremo Tribunal Federal**. Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP. São Paulo, 2007, p. 11-12. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/106_Thais%20Catib%20De%20Laurentiis.pdf

*em devida conta; este é um elemento que necessariamente enriquece a discussão sobre o efetivo acerto da decisão havida em judicial review".*⁶³

Consequentemente, o efeito *backlash*, cujo conceito engloba as mais diversas formas de manifestação do dissenso, também cumpre função importante na legitimação democrática do *judicial review*. O desacordo, que inicialmente pode ter uma aparência de mera insubordinação às regras formais do "jogo democrático", pode ser encarado como uma ferramenta de busca da sociedade pela realização das escolhas ditadas pela democracia material. Afinal, as estruturas e instituições do poder público são meros veículos formais para a realização da dimensão material da democracia.

Sobre o tema, ADRIANA ANCONA DE FARIA e ROBERTO DIAS expressam entendimento valioso, pelo qual "*sem liberdade de crítica, de divergência, de discordância e de dissenso, não serão feitas as "revoluções silenciosas", não serão atingidos novos consensos e não ocorrerá alternância pacífica do poder. Mas liberdade não basta. É imprescindível que todos possam agir e se expressar para formar, a partir do dissenso, um consenso renovado"*.⁶⁴

Com isso, retoma-se à tese do constitucionalismo democrático proposto por POST e SIEGEL, que encara o efeito *backlash* como um legítimo instrumento dialógico entre as decisões emanadas do sistema de controle judicial de constitucionalidade e a interpretação constitucional livre realizada pela sociedade. Nesse sentido, a agenda conflituosa entre o autogoverno (democracia) e o Estado de Direito (constitucionalismo) seriam amenizados pela doutrina do constitucionalismo democrático, já que o efeito *backlash* imporá uma relação dialética entre tribunal e povo.

Nas palavras de POST e SIEGEL o efeito *backlash* "*expressa o desejo de um povo livre de influenciar o conteúdo da sua Constituição, mas também ameaça a independência da*

⁶³ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Backlash à decisão do Supremo Tribunal Federal: pela naturalização do dissenso como possibilidade democrática**. 2013. 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>

⁶⁴ FARIA, Adriana Ancona ; DIAS, Roberto . **O direito, a política e a vanguarda do STF: riscos democráticos**. In: Oscar Vilhena Vieira; Rubens Glezer. (Org.). *A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*. 1 ed. Rio de Janeiro: FGV, 2017, v. 1, p. 283

lei. O backlash é onde a integridade do estado de direito se choca com a necessidade de nossa ordem constitucional de legitimidade democrática"⁶⁵.

Nesse sentido, é possível realizar uma crítica ao minimalismo judicial de CASS SUSTEIN, já que tal doutrina desestimula o dissenso saudável e celebra uma falsa harmonia entre poderes. O receio a reações conservadoras contra decisões judiciais progressistas tomou proporções muito exageradas, levando constitucionalistas a defender a inércia.

Esse não parece o melhor caminho para a realização da democracia material. Conforme afirmam POST e SIEGEL a melhor maneira de erradicar conflitos é por meio do enfrentamento. Por essa razão, segundo o constitucionalismo democrático, não somente as cortes são incentivadas a enfrentarem os problemas sociais, mas também os cidadãos, promovendo, assim, uma relação dialógica apta a forjar o significado constitucional. Confira-se trecho lapidar:

*"Nós propomos um modelo para compreender os esforços oficiais para cumprir a Constituição sob condições de controvérsias públicas. Batizamos esse modelo de constitucionalismo democrático. O Constitucionalismo democrático afirma o papel do governo representativo e cidadãos engajados no cumprimento da Constituição, ao mesmo tempo em que afirma o papel das Cortes na utilização de razões jurídicas para interpretar a Constituição"*⁶⁶

Diante disso, é possível afirmar que as bases do constitucionalismo democrático têm potencial de oferecer uma via mais interessante e comprometida em resolver os déficits democráticos inerentes à visão de *judicial review* defendida por DWORKIN, assim como evitar a perpetuação do *status quo* conforme sugerido pela doutrina do minimalismo judicial, mantendo ativa a participação da sociedade na interpretação do sentido da Constituição.

Não se trata de defender que as cortes constitucionais devem se curvar à anseios populares. Afinal, não se nega em nenhum momento que o controle de constitucionalidade é, por essência, contramajoritário e que sua função precípua é proteger as minorias das tiranias das vontades da maioria. No entanto, parece adequado que a metodologia decisória das cortes

⁶⁵ POST e SIEGEL. Op. Cit. p. 4

⁶⁶ POST e SIEGEL. Op. Cit.,

considere, em sua *ratio decidendi*, as interpretações oriundas de interações democráticas, seja com os demais poderes, por mecanismos de diálogo interinstitucional, seja por meio da participação de seguimentos da sociedade (audiências públicas, *amicus curiae*) ou da própria opinião pública.

Dessa forma, não se propõe que as cortes necessariamente acatem as manifestações e interpretações de terceiros sobre os direitos expressos na constituição. Mas que promova uma decisão que contenha explicitamente as razões pelas quais tais interpretações foram acatadas ou rechaçadas. Nesse sentido, não é adequado que o Poder Judiciário, ao decidir, tenha como único insumo sua solitária interpretação constitucional sobre determinado direito, devendo adicionar novos "ingredientes", consubstanciados nas razões pelas quais a interpretação dos demais poderes e da sociedade (quando aferível) se mostra ou não compatível com a constituição.

No entanto, para que seja possível a efetivação dessas interações dialéticas, será necessário um aperfeiçoamento do sistema deliberativo dos poderes. Compartilha desse entendimento o constitucionalista CLÈMERSON MERLIN CLÈVE, segundo o qual a demanda para que os parlamentares observem os direitos fundamentais na formulação de seus projetos legislativos, também pode ser formulada para que os juízes respondam os conflitos que lhes são apresentados de maneira dialógica.⁶⁷

Dessa forma, é imperioso considerar, em termos mais amplos, a necessidade de continuidade e do incentivo ao diálogo entre os mais variados segmentos do poder público e do povo, fomentando-se, assim a manutenção e ampliação dos espaços públicos de deliberação.

4.3. Breve análise de casos célebres de *backlash* às decisões do STF

Com o objetivo de fornecer uma perspectiva mais prática, foram selecionados três casos célebres em que foi possível identificar a presença do efeito *backlash* em relação às

⁶⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. **Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade**. Revista de Investigações Constitucionais, v. 2, p. 183-206, 2015

decisões do STF. Analisar-se-á tais casos em conjunto com os marcos teóricos acima expostos.

Tratam-se das ações de controle concentrado de constitucionalidade que discutiram i) a "vaquejada" (ADI 4.983); ii) a lei de anistia (ADPF 153); e iii) a união homoafetiva (ADI n. 4.227 e ADPF 132).

a) ADI 4.983 - o caso da "vaquejada"

A ADI 4.983 foi proposta pelo Procurador-Geral da República (PGR) contra a Lei nº 15.299, de 8 de janeiro de 2013, do Estado do Ceará, que regulamentava a "vaquejada" como prática desportiva e cultural. Trata-se de prática em que uma dupla de vaqueiros, montados em cavalos distintos, busca derrubar um touro, puxando-o pelo rabo dentro de uma área demarcada. Desta forma, buscou a PGR a declaração de inconstitucionalidade da lei por exposição dos animais a maus-tratos e crueldade, enquanto o Governador do Estado defendeu a constitucionalidade da norma, por versar sobre patrimônio cultural do povo nordestino.

O caso teve uma votação acirrada (6 a 5, a favor da inconstitucionalidade da lei). Em apertada síntese, entendeu o STF que a despeito de se tratar de entretenimento muito comum no Estado do Ceará, tal prática submete o animal bovino à crueldade, o que não se mostra compatível com os preceitos da Constituição Federal de 1988. Os votos contrários, por sua vez, defenderam que a vaquejada constitui manifestação da cultura sertaneja, sendo certo que regulamentação pretendia justamente adequar a prática aos ditames constitucionais, reduzindo ao máximo o componente relativo à crueldade animal.

Para além de tratar sobre o conflito relevante entre direitos fundamentais (preservação do meio ambiente, fauna e flora, vedação à crueldade contra animais, proteção das manifestações culturais), o caso também se mostra exemplar para se refletir sobre o efeito *backlash* e a democracia constitucional brasileira.

Isso porque treze dias depois da decisão do STF na ADI 4.983, o Senador Otto Alencar (PSD/BA) apresentou uma Proposta de Emenda à Constituição (PEC n. 50/2016)

para incluir o § 7º ao artigo 225 da CF, no sentido de permitir a realização das manifestações culturais registradas como patrimônio cultural brasileiro que não atentem contra o bem-estar animal.⁶⁸ Em suma, pretendia-se estabelecer que não se considerariam cruéis as manifestações culturais definidas na Constituição e registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, desde que regulamentadas em lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos.

A PEC foi aprovada em todas as fases do procedimento formal de alteração da Constituição e foi promulgada pela mesa das duas Casas legislativas em 6 de junho de 2017 como a Emenda à Constituição nº 96, de 06 de junho de 2017. Em contra-ataque, foram propostas duas novas ações direta de inconstitucionalidade contra a própria emenda recém promulgada: i) ADI 5728 - em 13 de junho de 2017; e ii) ADI 5772 - em 6 de setembro de 2017.

Há outro fator interessante que compõe esse cenário. Ao discorrer sobre o tema, VERA KARAM DE CHUEIRI aponta que houve uma rápida e significativa mobilização por parte da população nordestina ligada à prática da vaquejada, assemelhando-se quase a uma campanha pública, com adesivos colocados em carros e caminhões. De acordo com CHUEIRI "*tanto a reação popular quanto a legislativa, ambas imediatas ao fato, desafiaram várias interpretações a respeito do tema, expondo as múltiplas vozes que dão sentido à Constituição, seus princípios, suas diretrizes e seus possíveis arranjos*".⁶⁹

Como se vê, trata-se de caso que materializa diversos conceitos teóricos acima expostos. Observa-se, inicialmente, a prática de *judicial review* tipicamente *dworkiniana*: o STF atuando como verdadeiro fórum de princípios; e seus componentes, representando a figura do Juiz Hércules, a quem coube se debruçar sobre o *hard case*, realizar ponderações e chegar à conclusão que entende ser melhor amoldada aos princípios morais da Constituição. Por outro lado, foi possível observar manifestações legítimas de *backlash* a essa decisão, inicialmente exteriorizadas sob a forma de movimentos espontâneos da sociedade e, em um

⁶⁸ <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/127262> Acesso em: 20/09/2019

⁶⁹ CHUEIRI, Vera Karam de; MACEDO, José Artur de Castillo. **Teorias constitucionais progressistas, backlash e vaquejada**. Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, v. 39, n. 80, p. 123-150, jan. 2019. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2018v39n80p123>>. Acesso em: 20 set. 2019.

segundo momento, oficializadas pelo congresso nacional mediante processo majoritário de alteração da constituição (aprovação da PEC).

Cumprir observar que em ambas as ADIs propostas contra a Emenda à Constituição nº 96, de 06 de junho de 2017, a Advocacia-Geral da União (AGU) se manifestou pela sua improcedência, ou seja, pela constitucionalidade e prevalência da solução adotada pelo Poder Legislativo. Em sua manifestação na ADI 5772, a AGU faz observações de suma importância:

"O constituinte de maneira expressa inseriu como cláusula pétrea os "direitos e garantias individuais" e a utilização dessa terminologia não deve ser desprezada. Tendo em vista que as cláusulas pétreas são limitações intertemporais impostas ao constituinte derivado reformador, vinculando várias gerações, a melhor hermenêutica decorrente de sua leitura impõe a adoção de uma interpretação restritiva, sob pena de fossilização do Direito como um todo. (...) A inserção normativa realizada pela Emenda Constitucional nº 96/17 é fruto de uma ponderação proporcional entre a norma objeto da restrição (manifestação cultural utilizando animais) e outro princípio constitucional (vedação de submissão dos animais a crueldade), preservando-se o núcleo essencial do princípio restringido. Essa manifestação do constituinte derivado reformador, portanto, não viola a Constituição Federal, pelo contrário, uma vez que permite que a estabilidade necessária das cláusulas pétreas encontrem conformação com o desenvolvimento e evolução natural do Direito Constitucional, trazendo a solução do confronto de normas/regras, para fins de restrição de uma delas, sempre sob égide do caso concreto."

Ambas as ações estão pendentes de julgamento, mas os andamentos acima descritos já são suficientes para comprovar a influência que o efeito *backlash* pode produzir nos mais diversos círculos de interpretação constitucional. Percebe-se, dessa forma, que o processo de apuração sobre o sentido das normas constitucionais colocadas em análise restou mais arejado, mitigando-se, consideravelmente, a ideia de "última palavra" e de ilegitimidade da jurisdição constitucional.

b) ADPF 153 - Lei de anistia

A ADPF 153 foi proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil objetivando a declaração de não recepção pela Constituição Federal e 1988 da Lei nº 6.683/1979 que prevê a concessão de anistia a todos que, em determinado período, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.

Em 29 de abril de 2010, foi concluído o julgamento da ADPF, que foi considerada improcedente pelo STF, sob o fundamentos de que i) existiria um “acordo” entre diversos segmentos da sociedade brasileira à época da promulgação da Lei de Anistia, impondo uma espécie de “pré-compromisso” desta em relação às gerações futuras; ii) existiria um peculiar entendimento do que poderia ser considerado crime conexo em relação aos crimes políticos praticados na época; iii) o STF estaria impossibilitado de proceder à revisão dessa lei, já que essa lei teria sido incorporada pela Emenda Constitucional nº 26/1985, que convocou a Assembleia Nacional Constituinte.

A insatisfação pública com relação a essa decisão foi enorme. Diversos segmentos da sociedade ficaram indignados com o entendimento manifestado pelo STF, o que, por sua vez desencadeou reações contundentes.

O *backlash* à essa decisão foi bem sintetizado por KATYA KOZICKI, e pode ser resumida no i) início da instauração da Comissão Nacional da Verdade por meio do Projeto de Lei nº 7.376/2010; ii) escracho público de responsáveis pela prática de abusos e violências durante o regime militar (p. ex. FIESP); iii) alteração de nomes de ruas e/ou prédios (p. ex. Elevado Costa e Silva foi alterado para Elevado João Goulart por lei de iniciativa do Prefeito à época Fernando Haddad) iv) iniciativas legislativas visando à revisão da Lei de Anistia (PL nº 7.357/2014; PLS nº 237/2013, PL nº 573/2011; PL nº 7.430/2010); v) propositura, pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, da ADPF nº 320/2014; vi) propositura, pelo

Ministério Público Federal, de ações penais visando à responsabilização dos agentes da ditadura militar.⁷⁰

Verifica-se que após o julgamento da ADPF 153, setores da população, administração pública e até Ministério Público procuraram dar uma resposta, indicando, cada um com suas limitações, sua própria interpretação sobre os direitos constitucionais que estavam em questão.

Por essa razão que esse caso é digno de registro, na medida em que também se presta a comprovar o grande potencial e força do *backlash* no exercício de influência sobre a interpretação constitucional a ser realizada pelos Poderes da República, sendo certo que seus frutos podem ser percebidos nos diversos segmentos da sociedade.

c) ADI n. 4.227 e ADPF 132 - a união homoafetiva

A ADPF 178/ADI n. 4.227 foi proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro e sustentou descumprimento da Constituição que resulta: i) da interpretação que se tem conferido aos incisos II e V do art. 19 e aos incisos I a X do art. 33, todos do Decreto-Lei 220/1975 (Estatuto dos Servidores Civis do Estado do Rio de Janeiro), na medida em que tal interpretação implica efetiva redução de direitos a pessoas de preferência ou concreta orientação homossexual; ii) de decisões judiciais proferidas no Estado do Rio de Janeiro e em outras unidades federativas do País, negando às uniões homoafetivas estáveis o rol de direitos pacificamente reconhecidos àqueles cuja preferência sexual se define como “heterossexual”.

O julgamento das ações ocorreu no dia 14 de outubro de 2011, ocasião em que foi proferida decisão reconhecendo 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 CRFB e no art. 1.723 do Código Civil.

⁷⁰ KOZICKI, Katya. **Backlash: as “reações contrárias” à decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF no 153.** In: SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de et al. (Org.). O Direito Achado na Rua: introdução crítica à justiça de transição na América Latina. Brasília: UnB, 2015. v. 7. p. 192-194. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/anistia/anexos/15-12-15-direito-achado-na-rua-vol-7_web-versao-10mb> 1.pdf.

Conforme relata MARIANA BARSAGLIA PIMENTEL ao analisar as repercussões sobre o julgamento, houve um intenso *backlash* na esfera política que militou contra a decisão do STF e defendeu o Estatuto da Família (PL 6583/13) que propõe regras jurídicas para definir quais grupos podem ser considerados como entidade familiar perante a lei.⁷¹

É possível notar, nesse caso, que a decisão judicial fomentou reações conservadoras na sociedade, a exemplo do verificado no caso *Brown v. Board o Education*, julgado pela Suprema Corte Americana. Ainda assim, é possível ressaltar que tais reações adversas fazem parte do "jogo" do constitucionalismo democrático, na medida em que também se prestaram a fomentar a discussão pública acerca dos direitos dos casais homoafetivos.

Isso tanto é verdade que essa discussão pública, no final das contas, foi benéfica e contribuiu para que direitos dos casais homossexuais fossem ampliados através da Resolução do Conselho Nacional de Justiça nº 175, de 14 de maio de 2013, que 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.

Portanto, concorda-se plenamente com conclusão de PIMENTEL ao asseverar que "*o dissenso faz parte dos valores da sociedade e nunca deixará de existir. Desse modo, o receio de uma contraforça às decisões judiciais que interpretam a Constituição não pode sobrepor-se ao dever do Poder Judiciário de garantir direitos de minorias, a fortiori porque as instâncias deliberativas do Poder Legislativo não são capazes de fazê-lo*".⁷²

A análise desse caso leva à conclusão, portanto, que ainda que o *backlash* seja contrário aos resultados progressistas que se pretendia produzir, é possível que ocorram respostas institucionais positivas. Nesse sentido, fica claro que é preferível se que tenha conhecimento sobre a existência de eventuais resistências, já que o dissenso desempenha papel fundamental para se definir a forma como direitos deverão ser reconhecidos no âmbito do Estado Democrático de Direito.

⁷¹ PIMENTEL, Mariana Barsaglia. **Backlash às decisões do Supremo Tribunal Federal sobre união homoafetiva**. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 54, n. 214, p. 189 202, abr./ jun. 2017. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p189.pdf

⁷² PIMENTEL. Op. Cit., p. 199

5. CONCLUSÕES

A preocupação com os extensos poderes dados ao Poder Judiciário pelos modelos tradicionais de *judicial review* não é recente e remonta os primórdios do constitucionalismo americano. Para se ter uma ideia, em 1788, o antifederalista Robert Yates já denunciava que quando grandes poderes são investidos em qualquer homem ou departamentos formados por homens, e, diante desse cenário, se percebe a tentativa de opressão do povo, é de fundamental importância que se formem poderosos freios e contrapesos para prevenir o seu abuso.

Robert Yates, nessa passagem, questionava os exorbitantes poderes que estavam sendo dados à Suprema Corte Americana na formação dos Estados Unidos da América. Mais tarde, essas indagações se transformariam em doutrinas constitucionais questionadoras da possibilidade de o Poder Judiciário invalidar, a portas fechadas, atos emanados por representantes eleitos do povo.

Ao olhar para a história constitucional brasileira e as recentes posturas do Supremo Tribunal Federal, percebe-se que essa elucubração ainda permanece atual. Com o histórico incentivo à teoria da "última palavra", convive-se hoje com o legítimo receio da falta de legitimidade democrática que permeia as decisões emanadas pelas cortes constitucionais, bem como da instauração de uma Supremocracia, o que poderia, em algum momento, se mostrar prejudicial à própria concretização dos preceitos fundamentais da constituição, dada a falta de legitimidade democrática e de mecanismos de *accountability*.

Em meio a esse clima de tensão, observa-se o interessante fenômeno do *backlash*, que traz sensação de que o povo ainda seria capaz de influenciar a interpretação constitucional e obter resultados tendentes à concretização da democracia material. O dissenso, que antes era encarado como traição ao Estado de Direito, agora pode ser visto como uma esperança contra eventual tirania daqueles que se entendem soberanos em relação à "última palavra".

A doutrina constitucional mais recente, que chegou a desincentivar os juízes a assumir o protagonismo em questões morais complexas por receio da contundência das reações adversas, pode agora atenuar seu discurso, já que a experiência constitucional demonstrou que fenômeno do *backlash* não necessariamente significa algo negativo.

Na verdade, à luz do constitucionalismo democrático o *backlash* pode ser entendido como importante elemento de participação social nas decisões emanadas do *judicial review*, conferindo maior legitimidade às atividades interpretativas desempenhadas pelo Poder Judiciário.

Nesse sentido, a experiência brasileira contém casos relevantes de influência direta do escrutínio público de decisões judiciais na postura tanto do Supremo Tribunal Federal quando de outras esferas de poder. Conforme observado nos casos da "vaquejada", "lei de anistia" e "união homoafetiva", e seus respectivos efeitos *backlash*, a voz do povo é passível de ser ouvida e, inclusive, de exercer influência efetiva na concretização dos valores constitucionais.

No caso da "vaquejada" essa influência se mostrou inequívoca, já que o efeito *backlash* à decisão do Supremo Tribunal Federal foi capaz de produzir uma emenda à constituição, sedimentando-se, através do poder constituinte derivado reformador, a interpretação constitucional no que refere à conformação entre o dever de proteção dos animais e a promoção da expressão cultural.

Por outro lado, no caso da "lei de anistia", foi possível perceber que o potencial de amplitude das consequências do *efeito backlash*, já que foram registradas respostas mais variadas por parte de outros órgãos e atores políticos, como Ministério Público, poderes legislativos regionais e locais, Conselho Nacional de Justiça, entre outros.

Por fim, no caso da "união homoafetiva" foi possível notar que o efeito *backlash*, ainda que seja eventualmente contrário à tentativa do Poder Judiciário de promover a ampliação de direitos, constitui ferramenta importante para conferir legitimidade democrática e representar o saudável dissenso com relação àqueles direitos. Uma vez conhecida a interpretação popular sobre determinado desacordo moral, pode-se traçar a melhor estratégia para a sua conformação.

Dessa forma, conclui-se que as discussões acerca do real detentor da "última palavra" são inadequadas à luz do próprio conceito de Estado Democrático de Direito. Tanto a democracia quanto o constitucionalismo, em conjunto com a sociedade, devem ser entendidos como protagonistas de uma complexa trama que busca, através do natural dissenso, acomodar competências, interesses e influências em busca do real sentido da constituição.

6. BIBLIOGRAFIA

ARAÚJO, E. B.; KOZICKI, K. Um contraponto fraco a um modelo forte: o Supremo Tribunal Federal, a última palavra e o diálogo. *Sequência (UFSC)*, v. 36, p. 107-131, 2015.

BARBOSA, Antonio Ezequiel Inácio; LIMA, Martonio Mont'alverne Barreto. "Influência das teorias dos diálogos institucionais e da última palavra provisória no pensamento constitucional brasileiro contemporâneo. *Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba*, vol. 5, n. 1, p. 109-128, jan/abr. 2018.

BARROSO, L. R. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro - Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 3^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BENVINDO, Juliano Zaiden. A 'Última Palavra', o Poder e a História: O Supremo Tribunal Federal e o Discurso de Supremacia no Constitucionalismo Brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, v. 201, p. 71-95, 2014

BRANDÃO, Rodrigo. Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. v. 1. 456p .

BRITTO, C. A.; COELHO, I. M.; BARROSO, L. R.; ROCHA, L. R. L.; VARELLA, M. D. A (des)harmonia entre os poderes e o diálogo (in)tenso entre democracia e república. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, p. 501-518, 2015.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. *Revista de Investigações Constitucionais*, v. 2, p. 183-206, 2015

CHUEIRI, Vera Karam de; MACEDO, José Artur de Castillo. Teorias constitucionais progressistas, backlash e vaquejada. *Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis,

v. 39, n. 80, p. 123-150, jan. 2019. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2018v39n80p123>>.

Acesso em: 20 set. 2019.

DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999

DWORKIN, Ronald. Domínio da vida. Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016

ELY, John Hart. Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010

FARIA, Adriana Ancona ; DIAS, Roberto . O direito, a política e a vanguarda do STF: riscos democráticos. In: Oscar Vilhena Vieira; Rubens Glezer. (Org.). A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. 1 ed. Rio de Janeiro: FGV, 2017, v. 1,

FERREIRA, Emanuel de Melo. A legitimidade democrática do controle de constitucionalidade à luz de Ronald Dworkin e Jeremy Waldron. In: CONPEDI. (Org.). Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI. XXIed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012, v. XXI, p. 14427-14454

FONTELES. Samuel Sales. Direito e Backlash. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

GINSBURG, Tom. The global spread of constitutional review. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel e CALDEIRA, Gregory A. The Oxford handbook of law and politics. New York: Oxford University Press

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997

HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: safe, 1991

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

KOZICKI, Katya. Backlash: as “reações contrárias” à decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF no 153. In: SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de et al. (Org.). *O Direito Achado na Rua: introdução crítica à justiça de transição na América Latina*. Brasília: UnB, 2015. v. 7. p. 192-194. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/anistia/anexos/15-12-15-direito-achado-na-rua-vol-7_web-versao-10mb_1.pdf>

KRAMER, Larry. Popular Constitutionalism, Circa 2004. *California Law Review*, Berkeley, v. 92. p. 959, jul. 2004

LIMA, George Marmelstein. Efeito backlash da jurisdição constitucional: reações políticas à atuação judicial [online]. 2015. Disponível em: <https://direitosfundamentais.net/2015/09/05/efeito-backlash-da-jurisdicao-constitucional-reacoes-politicas-aatuacao-judicial/>.

MENDES, Conrado Hübner. Neither dialogue nor last word. *Legisprudence (Oxford. Print)*, v. 5, p. 1-40, 2011.

MENDES, Conrado Hübner. Is it all about the last word?. *Legisprudence (Oxford. Print)*, v. 3, p. 69-110, 2009.

MENDES, Conrado Hübner. Not the last word, but dialogue?. *Legisprudence (Oxford. Print)*, v. 3, p. 191-246, 2009.

MENDES, Conrado Hübner. *Direito Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. Sao Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.

OLIVEIRA, C. L. ; MOURA, Suellen. O minimalismo judicial de Cass Sunstein e a Resolução do Senado Federal no controle de constitucionalidade: ativismo judicial e legitimidade democrática. Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional , v. 8, p. 238-263, 2016

PIMENTEL, Mariana Barsaglia. Backlash às decisões do Supremo Tribunal Federal sobre união homoafetiva. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 54, n. 214, p. 189-202, abr./jun. 2017. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p189.pdf

POST, Robert; SIEGEL, Reva. (2007). Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review. 42.

SALES, Tainah Simões; ARAÚJO MARTINS, Luana Adélia; ACÁCIO, Ingrid Thayná De Freitas. As mutações constitucionais inconstitucionais e o efeito backlash. Revista Publicum, v. 4, p. 178-192, 2018.

SULTANY, N. 2012. The State of Progressive Constitutional Theory: The Paradox of Constitutional Democracy and the Project of Political Justification. Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review, 47(2):371-455

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Backlash à decisão do Supremo Tribunal Federal: pela naturalização do dissenso como possibilidade democrática [online]. 2013. 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_posibilidade_democr%C3%A1tica

VALLE, Vanice Regina Lírio do Valle. Dialogical Constitutionalism Manifestations in the Brazilian judicial review. Revista de Investigações Constitucionais, v. 1, p. 59-90, 2014.

VIEIRA, José Ribas; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant; BARREIRA, Jônatas Henriques. Constitucionalismo popular: modelos e críticas. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 5, n. 3. p. 277-302, set./ dez. 2018

VIEIRA, Oscar Vilhena Vieira. Supremocracia. Revista Direito GV, São Paulo, v.4, n.2, p. 441-464, jul.- dez./2008

VIEIRA, O. V. (Org.); GLEZER, Rubens E. (Org.) A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2017. v. 1.

WALDRON, Jeremy. "The core of the case against judicial review". The Yale Law Journal, Vol. 115, No. 6 (2006)

WALDRON, Jeremy. A dignidade da legislação. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003

WALDRON, Jeremy. Law and disagreement. Oxford: Oxford University Press, 1999