

# Efeito *Backlash* da Jurisdição Constitucional: reações políticas ao ativismo judicial<sup>1</sup>

Por George Marmelstein  
Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra  
Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará  
Professor de Direito na UNI7 - Centro Universitário 7 de Setembro  
Juiz Federal no Ceará

**RESUMO:** Com a ascensão do constitucionalismo, é cada vez mais comum presenciar decisões judiciais em questões polêmicas gerarem descontentamento popular, levando a uma reação política contrária ao que foi decidido. Embora nem sempre seja possível prever os desdobramentos desse fenômeno, o certo é que a jurisdição constitucional, mesmo quando assume uma postura ideológica progressista, pode provocar, indiretamente, um crescimento da força política conservadora, que poderá, no limite, levar a um retrocesso social em questões politicamente sensíveis. Analisar como esse fenômeno tem afetado a jurisdição constitucional no Brasil é o objetivo principal deste estudo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constitucionalismo; Jurisdição Constitucional; Reação Política; Backlash

*ABSTRACT: The rise of constitutionalism can often generate popular discontent with judicial decisions on controversial issues. This popular discontent can generate a political reaction contrary to what was decided. Although it is not always possible to predict the consequences of this phenomenon, it is certain that constitutional jurisdiction, even when assuming a liberal attitude, can indirectly increase the strength of conservatism, which may lead to a step backward on politically sensitive issues. Analyzing how this phenomenon has affected constitutional jurisdiction in Brazil is the main objective of this study.*

**KEYWORDS:** Constitutionalism; Constitutional Jurisdiction; Judicial Review; Political Reaction; Backlash

## 1 Introdução

---

<sup>1</sup> Texto-base de palestra proferida durante o Terceiro Seminário Ítalo-Brasileiro, proferida em outubro de 2016, em Bolonha-Itália.

Na experiência constitucional contemporânea, é possível perceber um claro movimento de hiperjudicialização de questões éticas e políticas. Problemas de grande impacto social, como os direitos dos homossexuais, a descriminalização do aborto, a legitimidade de pesquisas com células-tronco, a validade das ações afirmativas no ensino superior, a proteção dos animais não-humanos, entre vários outros, passaram a ser decididos, em última análise, por órgãos judiciais, o que alterou profundamente a compreensão clássica do arranjo institucional que costuma alicerçar a organização dos poderes estatais.

Nesse novo arranjo institucional, o órgão responsável pela jurisdição constitucional passa a exercer um protagonismo central na solução de casos sensíveis que dividem a sociedade, assumindo, muitas vezes, uma função contramajoritária, ora mais conservadora, ora mais progressista, dentro daquilo que Ran Hirschl denominou de *juristocracia* (HIRSCHL, 2004).

Em muitas questões, o poder normativo, vale dizer, o poder de estabelecer um parâmetro jurídico para a solução dos conflitos sociais, tem migrado do poder legislativo para o poder judicial, criando um foco de tensões constantes entre o sistema jurídico e o sistema político. É cada vez mais tênue a linha que divide o que é "questão política" daquilo que pode ser considerado como "questão jurídica" para fins de justificar uma interferência da jurisdição (HIRSCHL, 2012). Curiosamente, o órgão judicial costuma ser o árbitro que define os seus próprios limites e possibilidades, seja para ampliar, seja para reduzir o seu âmbito de atuação. Enquanto alguns defendem uma atuação judicial mais intensa (ver, por exemplo, BARROSO, 2007 e 2008), outros sugerem que os

juízes, em nome da proteção dos direitos, estão usurpando o poder de deliberação popular e restringindo o papel da política como *locus* de resolução de conflitos sociais (WALDRON, 2006; WALDRON 1999; TUSHNET, 1999).

De qualquer modo, não há dúvida de que a solução judicial, seja em que direção for, nem sempre é aceita pacificamente por todos os setores políticos. Toda decisão judicial gera algum nível de insatisfação popular, sendo natural que ocorram reações sociais e políticas às soluções mais polêmicas, possibilitando o surgimento de uma mobilização organizada para alterar o entendimento adotado. Tal fenômeno pode ser denominado de *backlash*, tema central deste estudo<sup>2</sup>.

O propósito principal do presente texto é compreender a dinâmica desse fenômeno e perceber os seus riscos, não só para a independência judicial, mas até mesmo para os direitos que a jurisdição pretende proteger.

## 2 Conceito de Backlash

O *backlash* é uma reação adversa não-desejada à atuação judicial. Para ser mais preciso, é, literalmente, um *contra-ataque* político ao resultado de uma deliberação judicial.

Tal contra-ataque manifesta-se por meio de determinadas formas de retaliação, que podem ocorrer em várias "frentes": a revisão legislativa de decisões controversas; a interferência política no processo de preenchimento das vagas nos tribunais e nas garantias inerentes ao cargo,

---

<sup>2</sup> A expressão, no contexto da tensão entre o direito e a política com foco no debate norte-americano, foi disseminada por KLARMAN, 2011.

com vistas a assegurar a indicação de juízes “obedientes” e/ou bloquear a indicação de juízes “indesejáveis”; tentativas de se “preencher o tribunal” (“*court-packing*”) por parte dos detentores do poder político; aplicação de sanções disciplinares, *impeachment* ou remoção de juízes “inadequados” ou “hiperativos”; introdução de restrições à jurisdição dos tribunais, ou a “poda” dos poderes de controle de constitucionalidade (HIRSCHL, 2009, p. 168).

O foco de ataque não é o fundamento jurídico em si da decisão judicial, mas a vertente ideológica que costuma estar por trás do tema decidido. Se a decisão judicial tem um viés conservador, a reação política pode vir de setores progressistas. Se, por outro lado, a decisão for progressista, o contra-ataque virá de setores mais conservadores.

Embora seja possível apontar vários exemplos em que houve um contra-ataque político progressista a uma atuação judicial mais conservadora<sup>3</sup>, a experiência constitucional contemporânea tende a seguir

---

<sup>3</sup> Um exemplo bem conhecido ocorreu durante a chamada *Era Lochner*, em que a Suprema Corte dos Estados Unidos invalidou diversos direitos sociais aprovados por lei para proteger os trabalhadores (*Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, 1905). Nesse caso específico, a Suprema Corte anulou uma lei do Estado de Nova Iorque que limitava a jornada de trabalho dos padeiros. A lei atacada reconhecia que os padeiros tinham o direito de trabalhar no máximo 60 horas por semana ou 10 horas por dia. E ainda assim foi declarada inconstitucional, pois os juízes entenderam que qualquer interferência estatal no contrato de trabalho não seria razoável. Para a Corte, a adoção de leis que protegiam os trabalhadores representava uma interferência indesejada na vontade livre das partes contratantes, violando um suposto “*economic substantive due process*”. Diversos casos foram julgados seguindo essa lógica. No caso *Hammer v. Dagenhart* (1918), por exemplo, foi declarada a inconstitucionalidade de uma lei que proibia o trabalho de crianças abaixo de 14 anos em fábricas. No Caso *Adkins v. Children’s Hospital*, julgado em 1923, a Suprema Corte invalidou uma lei que reconhecia pisos salariais mínimos para mulheres e crianças. Nesse período, a Suprema Corte norte-americana ficou conhecida como o Tribunal do “Laissez-Faire”, pois os valores do liberalismo econômico foram alçados à categoria de dogma constitucional. Esses exemplos foram extraídos de: SUNSTEIN, 2004. Na ocasião, houve uma forte reação política e social às decisões judiciais que resultou, no médio prazo, em uma mudança da jurisprudência até então dominante, que era fortemente contrária à intervenção estatal na

um caminho inverso, ou seja, uma jurisdição constitucional pretensamente "de vanguarda" contra um sistema político mais reacionário.

O debate sobre a pena de morte nos Estados Unidos ilustra com perfeição esse fenômeno.

Em 1972, no caso *Furman v. Georgia*, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu, por 5 a 4, que a pena de morte seria incompatível com a oitava emenda da constituição norte-americana, que proíbe a adoção de penas cruéis e incomuns.

O que parecia ser o fim da pena de morte nos Estados Unidos teve uma reviravolta surpreendente. A postura liberal da Suprema Corte, ao invés de gerar um amplo consenso em torno da perversidade dessa punição extrema, fortaleceu ainda mais o grupo conservador, que obteve, nas eleições seguintes, uma vitória política avassaladora, conquistando diversos cargos no parlamento e no executivo, tendo como bandeira política o endurecimento da legislação penal.

Ao conquistarem cada vez mais espaço político, os grupos conservadores conseguiram aprovar diversas leis aumentando o rigor da legislação penal, inclusive ampliando as possibilidades de aplicação da pena de morte.

Já em 1976, diante da mudança do cenário político, a Suprema Corte, reavaliando a decisão proferida em *Furman v. Georgia*, passou a entender que, observadas algumas condições, a adoção da pena de morte seria compatível com a oitava emenda da constituição (*Gregg v. Georgia*), permitindo que os estados continuassem a prever a pena capital para os crimes mais graves.

---

economia. A pressão política sobre a Suprema Corte findou por levar a uma maior auto-contensão (*self-restraint*) na análise da constitucionalidade de leis de natureza social.

O curioso nesse processo é que, após a decisão proferida no caso *Furman v. Georgia* e a consequente vitória eleitoral do grupo favorável à pena capital, a quantidade de estados que passaram a adotar a pena de morte aumentou em relação ao quadro anterior. Ou seja, estados que antes não adotavam a pena de morte passaram a adotá-la graças à mudança na opinião pública provocada pela reação contra a postura liberal adotada pela Suprema Corte. Ao fim e ao cabo, a tentativa frustrada de acabar com a pena de morte por meio de uma decisão judicial teve um efeito indesejado, que prejudicou bastante o avanço da tese abolicionista.

Esse exemplo ressalta bem o que é o efeito *backlash* derivado da reação política contra a pretensão do poder jurídico de controlá-lo. Ao invés de alcançar o resultado pretendido, a atuação judicial gera insatisfação e, como efeito colateral indesejado, cria um ambiente político propício ao retrocesso.

O processo segue uma lógica que pode assim ser resumida. (1) Em uma matéria que divide a opinião pública, o Judiciário profere uma decisão liberal, assumindo uma posição de vanguarda na defesa dos direitos fundamentais. (2) Como a consciência social ainda não está bem consolidada, a decisão judicial é bombardeada com discursos conservadores inflamados, recheados de falácias com forte apelo emocional. (3) A crítica massiva e politicamente orquestrada à decisão judicial acarreta uma mudança na opinião pública, capaz de influenciar as escolhas eleitorais de grande parcela da população. (4) Com isso, os candidatos que aderem ao discurso conservador costumam conquistar maior espaço político, sendo, muitas vezes, campeões de votos. (5) Ao vencer as eleições e assumir o controle do poder político, o grupo

conservador consegue aprovar leis e outras medidas que correspondam à sua visão de mundo. (6) Como o poder político também influencia a composição do Judiciário, já que os membros dos órgãos de cúpula são indicados politicamente, abre-se um espaço para mudança de entendimento dentro do próprio poder judicial. (7) Ao fim do processo, pode haver um retrocesso jurídico capaz de criar uma situação normativa ainda pior do que a que havia antes da decisão judicial, prejudicando os grupos que, supostamente, seriam beneficiados com aquela decisão.

### **3 Efeito Backlash como Fator Estratégico no Litígio dos Direitos Fundamentais**

Como a reação política contra a linha ideológica do ativismo judicial pode acarretar, de forma involuntária, a ascensão política do grupo contrário ao direito supostamente protegido e, conseqüentemente, a aprovação de medidas políticas que tornam a situação ainda pior do que se tinha antes da decisão judicial, é possível questionar os reais benefícios da jurisdição constitucional na luta pela implementação de direitos fundamentais.

Na verdade, por conta do *backlash*, surge uma zona de incerteza sobre os desdobramentos políticos do debate, e isso pode afetar a aceitação social de uma linha mais progressista para a questão de fundo. Por conta disso, mesmo aqueles que advogam teses progressistas devem ter consciência dos riscos decorrentes da imposição forçada de uma solução pró-direitos fundamentais na via judicial.

Michael Klarman, avaliando os riscos derivados do *backlash*, defende um ceticismo em torno da jurisdição constitucional. Para ele, decisões judiciais sobre questões que geram massiva resistência possivelmente acarretarão retrocessos, ao menos no curto prazo, além de produzirem efeitos imprevisíveis na arena política. Levando essa ideia ao extremo, Klarman deixa subentendido que a jurisdição constitucional pode não ser um *locus* eficiente para a implementação de direitos. Aliás, pode ser até mesmo um ambiente prejudicial à conquista de direitos, justificando uma autocontenção judicial em temas sensíveis, a fim de não atrapalhar a luta pelo direito na via política. Vale dizer: diante de um cenário de incerteza, em que não se sabe qual será o desdobramento político de um debate polêmico, seria melhor deixar o problema sem resposta jurisdicional, até que o tema esteja bem amadurecido na consciência social (KLARMAN, 2011<sup>4</sup>).

Em uma linha semelhante, Cass Sunstein defende uma contenção judicial para que, em casos polêmicos, a solução seja minimalista. Vale dizer: no julgamento de questões polêmicas e controversas, a decisão judicial deveria abordar os pontos estritamente

---

<sup>4</sup> Klarman cita, no mencionado artigo, vários casos em que o efeito *backlash* pode ser verificado, tendo como pano de fundo a realidade norte-americana: (a) *Brown v. Board of Education* (1954) – a decisão judicial que proibiu a segregação racial, teria gerado, como efeito colateral indesejado, o retardamento do progresso racial no sul do país, além de haver permitido a ascensão política de radicais segregacionistas; (b) *Miranda v. Arizona* (1966) – a decisão que ampliou as garantias processuais dos presos gerou um clima para ascensão de políticos defensores da “lei e da ordem”, como Richard Nixon, sobretudo pelo fato de ter havido uma aumento na taxa de criminalidade após a decisão da Suprema Corte; (c) *Roe v. Wade* (1973) – a decisão que permitiu o aborto em determinadas situações gerou e ainda gera a ascensão política do partido republicano em diversas eleições, usando como discurso a defesa do movimento “*pro life*”; (d) *Goodridge v. Department of Public Health* (2003) – a decisão, que reconheceu o direito à igualdade nas relações homoafetivas, acarretou um movimento para a aprovação de emendas constitucionais em diversos estados no intuito de proibir e banir o casamento entre pessoas do mesmo sexo.



necessários para a solução do caso concreto, evitando tecer considerações morais ou filosóficas de largo alcance. Com isso, restaria espaço para o florescimento do debate democrático nos espaços políticos, evitando o risco de uma atuação judicial com pretensões totalizantes (SUNSTEIN, 1999).

Embora a preocupação seja legítima, não é possível concluir que o mero risco de uma reação política conservadora seja, por si só, motivo suficiente para justificar o abandono da arena judicial como espaço de luta para a implementação de direitos. Trata-se, sem dúvida, de um fator a ser levado em conta no planejamento dos litígios estratégicos dos direitos, mas não um fator decisivo e absoluto.

Há vários outros exemplos que demonstram que o efeito *backlash* nem sempre acarreta um prejuízo para o grupo beneficiado pela decisão judicial. Pelo contrário. O caso da luta pela igualdade sexual é um exemplo que reforça a importância da via judicial para a proteção de minorias. Mais uma vez, o exemplo do debate norte-americano pode servir como objeto de análise.

Em 2003, quando a opinião pública estava bastante dividida a respeito da concessão de direitos decorrentes das uniões homoafetivas, a Suprema Corte decidiu, no caso *Goodridge v. Department of Public Health*, que não seria juridicamente válido qualquer tipo de discriminação entre casais homossexuais e casais heterossexuais. Referida decisão desencadeou uma forte resistência conservadora, fortalecendo o discurso contrário aos homossexuais. No contexto dos debates políticos, surgiram diversas propostas legislativas visando impedir o reconhecimento do casamento

entre pessoas do mesmo sexo. E, de fato, graças ao crescimento numérico de candidatos eleitos com o discurso de intolerância, foram aprovadas, no âmbito estadual, leis ou até mesmo emendas constitucionais negando aos homossexuais alguns direitos, inclusive ao casamento.

Os desdobramentos do caso, porém, sugerem que o debate provocado por *Goodridge v. Department of Public Health*, ainda que tenha gerado retrocessos pontuais, permitiu, por outro lado, uma melhor compreensão da chamada *causa gay*. Houve uma enorme mudança na opinião pública, a favor dos homossexuais, que fortaleceu a crença sobre a injustiça da discriminação por orientação sexual. Isso possibilitou que, em 2015, no caso *Obergefell v. Hodges*, a Suprema Corte reconhecesse o direito dos homossexuais ao casamento e invalidasse todas as normas que o proibissem, contando, dessa vez, com um apoio muito mais amplo da sociedade. Houve, nesse caso, um efeito *backlash* do efeito *backlash*, que minimizou os prejuízos sofridos pelos homossexuais.

Embora ainda não se possa ter certeza sobre as reações políticas que decorrerão do julgamento proferido em *Obergefell v. Hodges*, pode-se dizer que, até o presente momento, a luta pela igualdade sexual na arena judicial tem dado bons frutos. Nesse aspecto, portanto, embora seja possível reconhecer os riscos decorrentes do efeito *backlash*, a jurisdição constitucional tem tido um papel importante na proteção e reconhecimento dos direitos dos homossexuais contra a discriminação.

#### **4 Efeito Backlash no Brasil**

No Brasil, também é notória a presença do efeito *backlash*, fruto da reação política ao aumento do protagonismo judicial nas últimas décadas<sup>5</sup>. É perceptível a ascensão política de grupos conservadores, havendo, de fato, um risco de retrocesso em determinados temas. A cada caso polêmico enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal, tenta-se, na via política, aprovar medidas legislativas contrárias ao posicionamento judicial.

Assim, por exemplo, o reconhecimento da validade jurídica das uniões homoafetivas pelo Supremo Tribunal Federal tem gerado, na via política, o crescimento de vozes favorável ao chamado *Estatuto da Família*, projeto de lei que pretende excluir as relações homoafetivas da proteção estatal.

Do mesmo modo, a decisão do Supremo Tribunal Federal de não-criminalizar a antecipação terapêutica do parto, em caso de anencefalia do feto, bem como a decisão favorável à realização de pesquisas científicas com células-tronco embrionárias, provocou o fortalecimento político de grupos mais conservadores, favoráveis ao chamado *Estatuto do Nascituro*, projeto de lei cujo objetivo principal é proibir absolutamente o aborto e as pesquisas com células-tronco.

O que se nota, nesses casos, é que a postura liberal do STF tem contribuído, curiosamente, para a ascensão do conservadorismo. Mas isso não é necessariamente paradoxal. Em verdade, a mudança jurídica decorrente da decisão judicial obriga que os conservadores explicitem seus pontos de vista claramente e, nesse processo, um sentimento de

---

<sup>5</sup> Apesar disso, ainda são poucos os estudos sobre o tema. Ver, por exemplo: BOLONHA & OUTROS, 2013; VICTOR, 2013.

intolerância que até então era encoberto pela conveniência do *status quo* opressivo tende a surgir de modo menos dissimulado.

No contexto brasileiro, o debate sobre os direitos dos homossexuais também é enriquecedor para compreender o fenômeno. Diante de um sistema jurídico excludente, o discurso de intolerância costuma ser dissimulado, já que o *status quo* é conveniente ao pensamento reacionário. Ou seja, a discriminação é praticada “com discrição”, inclusive de forma oficial e institucionalizada, de modo que o preconceito fica latente, oculto e submerso na hipocrisia de alguns membros da sociedade. Nesse caso, como a situação é cômoda para aqueles que não fazem parte do grupo oprimido, não há como dimensionar a força numérica do conservadorismo.

As decisões judiciais que ousam afrontar esse *status quo* opressivo certamente acarretam uma reação contrária, fazendo com que um discurso discriminatório explícito alcance alguma adesão entre os setores mais reacionários. É nesse contexto que o efeito *backlash* pode gerar, de forma indesejada e imprevista, a vitória política dos conservadores, com a possibilidade de aprovação de leis que podem piorar a situação dos grupos oprimidos.

O problema é que, sem a decisão judicial, dificilmente se conseguiria a necessária mobilização social para que a situação fosse abertamente discutida. Nessa situação, inverte-se o ônus do constrangimento, pois quem tem que sair da situação de comodidade é o grupo reacionário que precisará assumir seus preconceitos sem subterfúgios. Desse modo, a decisão judicial exigirá, para o grupo reacionário, a necessidade de defender abertamente a situação odiosa que

era encoberta por um discurso dissimulado. Se isso pode gerar algum tipo de prejuízo aos homossexuais, decorrente de um eventual crescimento político dos conservadores com a possibilidade de aprovação de medidas discriminatórias, é um fator a ser ponderado pelos próprios defensores da causa antes de decidirem adotar a arena judicial como espaço de sua luta pela igualdade. O que não se pode é entender que a mera possibilidade de um retrocesso jurídico e social seja, em si mesmo, um fator de objeção absoluta à atuação judicial.

#### 4.1 O Caso da Descriminalização do Uso de Maconha

Há um importante debate judicial sobre a constitucionalidade das leis que criminalizam o porte de maconha para consumo próprio. O posicionamento liberal é no sentido de entender que existe uma esfera de autonomia individual que justificaria a invalidação jurídico-constitucional da opção política de criminalizar tal conduta. Há, ainda, um pensamento ainda mais radical no sentido de que até mesmo a criminalização do porte e consumo pessoal de drogas mais pesadas seria também inconstitucional.

No contexto desse debate, Luís Roberto Barroso, que defende a inconstitucionalidade da criminalização do porte de maconha para uso próprio, mencionou explicitamente o efeito “*backlash*” como um dos fatores que influenciou sua decisão de liberar apenas o uso da maconha e não de todas as demais drogas. Para ele, seria preciso ser mais cauteloso nessa matéria, tanto para “conquistar a maioria do tribunal” quanto para evitar “o risco de haver uma reação da sociedade contra a decisão, o que os americanos chamam de *backlash*”. Em seguida, defendeu: “a minha ideia

de não descriminalizar tudo não é uma posição conservadora. É uma posição de quem quer produzir um avanço consistente” (SCHREIBER, 2015).

A confissão do Min. Luís Roberto Barroso certamente pode suscitar muitas discussões acadêmicas interessantes. Por exemplo, é de se perguntar se é legítimo que razões de natureza estratégica (como “conquistar a maioria” ou “evitar o backlash”) sejam incorporadas às decisões judiciais (implícita ou explicitamente). Em segundo lugar, é de se perguntar se é ou não constitucionalmente adequada e socialmente desejável uma atuação do STF como catalisador da agenda política, visando produzir um “avanço consistente”.

Obviamente, tais questões são excessivamente complexas para caber em um tópico de um artigo jurídico. O importante, para os fins deste estudo, é perceber que já existe uma consciência, dentro do próprio Supremo Tribunal Federal, de que o efeito *backlash* existe e que pode gerar resultados indesejados.

#### 4.2 O Caso da Vaquejada

Outro exemplo paradigmático em que o *backlash* é bastante visível é o debate sobre a possibilidade de se regulamentar o exercício da vaquejada, prática tradicional e muito comum no nordeste do país em que pessoas montadas em cavalos perseguem um boi para derrubá-lo em um local específico.

Por entender que tal prática gera maus-tratos nos animais, o Supremo Tribunal Federal concluiu que uma lei estadual que

regulamentava a vaquejada seria inconstitucional, por violação ao artigo 225, da CF/88 (STF, ADI 4983/CE, 2016). Tal decisão tem gerado uma reação social e política que, provavelmente, com o risco de gerar a mudança na posição jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. Logo após a decisão da Corte, foi aprovada uma lei federal elevando a vaquejada "à condição de manifestações da cultura nacional e de patrimônio cultural imaterial" (Lei 13.364/2016).

Há, ainda, um projeto de emenda constitucional (PEC 50/2016), cujo objetivo é deixar explícito que "não se consideram 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".

Trata-se, como se nota, de um exemplo preciso do fenômeno do *backlash* político à atuação judicial, com grande possibilidade de haver uma mudança constitucional para alterar o entendimento firmado no pleno do Supremo Tribunal Federal.

#### 4.3 PEC 33/2011

Em 2011, foi apresentado na Câmara dos Deputados um projeto de emenda constitucional que pretendia alterar profundamente o modelo de controle de constitucionalidade no Brasil. Referido projeto de emenda constitucional ficou conhecida como PEC 33 e foi alvo de inúmeras críticas por parte de juristas, especialmente de membros do Poder Judiciário. Alguns acusaram a PEC de ser uma tentativa de

"retaliação ao Judiciário por conta de suas decisões contramajoritárias" (Min. Marco Aurélio). Outro mencionaram que o texto "evoca coisas tenebrosas" da história constitucional do país (Min. Gilmar Mendes).

A PEC 33 pretendia alterar três aspectos do modelo de jurisdição constitucional brasileiro.

Em primeiro lugar, a referida PEC alterar o quórum para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público. Atualmente, para a declaração de inconstitucionalidade é necessária a "maioria absoluta" de votos dos membros do Supremo Tribunal Federal. Assim, considerando um plenário de 11 ministros, é preciso pelo menos 6 votos para que uma norma seja considerada inconstitucional.

A PEC33 estabelecia que a declaração de inconstitucionalidade somente poderia ocorrer caso houvesse 4/5 de votos. Assim, considerando um plenário de 11 ministros, seria preciso pelo menos 9 votos para que uma norma seja considerada inconstitucional, o que certamente dificultaria bastante o controle judicial de constitucionalidade.

Em segundo lugar, a PEC 33 pretendia permitir o controle parlamentar das súmulas vinculantes aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal.

Atualmente, cabe ao próprio Supremo Tribunal Federal rever suas súmulas, não havendo previsão de qualquer tipo de controle por outro órgão externo. Com a PEC 33, caberia ao Congresso Nacional deliberar sobre o efeito vinculante das súmulas, o que significa, na prática, transferir para o poder legislativo a prerrogativa de aprovar ou não o que for decidido



pelo Supremo Tribunal Federal no exercício do seu poder de editar súmulas.

Por fim, a PEC pretendia estabelecer um mecanismo de controle legislativo e popular das decisões do Supremo Tribunal Federal que declarem a inconstitucionalidade material de *emendas à constituição*. De acordo com a PEC 33, as decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade que declarem a inconstitucionalidade material de emendas à Constituição Federal não produzem imediato efeito vinculante e eficácia contra todos, e serão encaminhadas à apreciação do Congresso Nacional que, manifestando-se contrariamente à decisão judicial, deverá submeter a controvérsia à consulta popular.

Com isso, havendo um conflito entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo a respeito da constitucionalidade de uma emenda constitucional, a solução do impasse ocorreria mediante "consulta popular".

Embora a referida proposta de emenda constitucional tenha sido arquivada, não há dúvida de que ela é um exemplo claro de *backlash* político à atuação judicial, cujo principal objetivo era o de dificultar o exercício da jurisdição constitucional e permitir um controle político das interpretações constitucionais realizadas pelo Supremo Tribunal Federal.

## 5 Conclusões

Ao longo deste estudo, buscou-se compreender a dinâmica do *efeito backlash* da jurisdição constitucional, usando alguns exemplos ilustrativos da ocorrência desse fenômeno.

Viu-se que o backlash segue um processo que se inicia com uma decisão judicial polêmica, seguida de uma reação política de feição ideológica contrária ao ponto de vista adotado na decisão, que pode culminar com a ascensão política do grupo que critica a decisão e com a consequente aprovação de medidas que acarretam um retrocesso legislativo ao debate de fundo.

Tal fenômeno é um fator a ser levado em conta na análise estratégica que costuma estar envolvida quando se luta pela implementação de direitos. O uso da via judicial nem sempre pode ser benéfico, tendo em vista o risco de atrapalhar o avanço da questão na arena política.

Seja como for, mesmo podendo gerar resultados indesejados, o *backlash* faz parte do jogo democrático, mas não é um mero processo de medição de forças, em que os juízes disputam com os políticos a prerrogativa de dar a “última palavra” sobre questões sensíveis. Há muito mais em jogo, pois o debate necessariamente exige uma reflexão sobre as seguintes questões fundamentais: qual o papel da jurisdição constitucional em uma democracia? Qual o papel do princípio majoritário em uma democracia? Como proteger as minorias contra a opressão da maioria? É salutar estabelecer um controle popular sobre as decisões judiciais? Quem deve ter o poder de "dizer a última palavra" em matéria constitucional? Quais os limites de atuação de cada poder? Quais as bases da legitimidade dos juízes constitucionais? Quais as principais objeções à jurisdição

constitucional? Quais as principais virtudes da jurisdição constitucional?  
Como impedir um abuso do poder judicial?

Se não tivermos uma compreensão clara sobre os fatores que influenciam a legitimidade do poder, sobre o tipo de soluções institucionais que desejamos, sobre o papel da legislação e da jurisdição, com todos os seus defeitos e virtudes, dificilmente conseguiremos resolver os conflitos que surgem da constante tensão que existe entre o direito e a política, que está na base do problema aqui tratado.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. In: **RDE - Revista de Direito do Estado**, v. 13, p. 71-91, 2009

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. In: **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado** n. 9. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, 2007. On-line: <http://tinyurl.com/43o9o9k>

BOLONHA, Carlos, GANEM, Fabrício & ZETTEL, Bernardo. *Parâmetros Deliberativos Para os Diálogos Constitucionais: Razão Pública, Ética do Discurso e Backlash*. In: **Direitos Fundamentais & Justiça**. ANO 7, Nº 25, p. 170-190, out./dez. 2013.

HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2004

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

SCHREIBER, Mariana. *Ministro do STF diz que Brasil deve 'legalizar a maconha e ver como isso funciona na vida real'*. In: **BBC Brasil**, Brasília, 14 de setembro de 2015

SUNSTEIN, Cass R. **One Case at a Time: judicial minimalism on the Supreme Court**. New York: Oxford University Press, 1999

SUNSTEIN, Cass R. **The second bill of rights: FDR's revolution and why we need it more than ever**. New York: Basic Books, 2004

TUSHNET, Mark. **Taking Constitution Away From the Courts**. New Jersey: Princeton University Press, 1999

VICTOR, Sérgio Antonio Ferreira. **Diálogo Institucional, Democracia e Estado de Direito: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição**. São Paulo: USP (tese de doutorado), 2013

WALDRON, Jeremy. *The Core Case Against Judicial Review*. In: **The Yale Law Journal** 115, 2006

WALDRON, Jeremy. **The Dignity of Legislation**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999