

# DIREITO E LITERATURA: ANÁLISE DO FENÔMENO BACKLASH E SEU PAPEL NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E POLÍTICA NO BRASIL A PARTIR DA LEITURA DO “PEQUENO JUIZ”, DE LEONARDO SCASCIA

Sergio Henrique Fernandes Bragança Junior<sup>1</sup>  
Joaquim Humberto Coelho de Oliveira<sup>2</sup>

## RESUMO

É notório, na cena jurídica brasileira, o protagonismo do poder Judiciário como garantidor de direitos fundamentais. Deve-se essa atribuição, principalmente, à omissão dos Poderes Legislativo e Executivo. Entretanto, algumas ocasiões revelam o conflito entre essa postura, reconhecida como ativismo judicial, com a de outros poderes do Estado. Em reação à crescente força exercida pela jurisdição constitucional, os demais poderes institucionais e setores da sociedade civil desenvolveram novos mecanismos de proteção. Dentre os quais, destaca-se o efeito *backlash*. De modo breve, ele é definido como um conjunto de reações sociais que hostilizam decisões e atos, mesmo os de natureza não jurisdicional, de órgãos do poder judiciário. Ou seja, uma reação majoritária se impõe contra uma decisão contramajoritária. Posto esse conflito, questiona-se como possíveis reações às decisões judiciais afetam, negativamente ou não, os Direitos Fundamentais positivados no ordenamento jurídico nacional. Para se abordar tal problema no âmbito dos estudos sobre Direito e Literatura, privilegiou-se a leitura do romance “O pequeno Juiz”, de Leonardo Sciascia, e a sua trama sobre as implicações políticas nas decisões judiciais.

**Palavras-Chave:** Direito. Literatura. *Backlash*.

## ABSTRACT

It is well known in the Brazilian legal scene that the Judiciary plays a prominent role as a guarantor of fundamental rights. This responsibility is mainly due to the omission of the Legislative and Executive Powers. However, in some cases, conflicts arise between this posture, recognized as judicial activism, and the other state powers. In response to the growing power exerted by constitutional jurisdiction, the other institutional powers and civil society sectors have developed new protection mechanisms. Among these, the backlash effect stands out. Briefly, it is defined as a set of social reactions that are hostile to decisions and acts, even those that are non-judicial in nature, of organs of the judiciary. In other words, a majority reaction against a counter-majority decision. Given this conflict, it is questioned how possible reactions to judicial decisions affect, negatively or not, the Fundamental Rights affirmed in the national legal system. In order to address this problem in the field of Law and Literature studies, we prioritize the reading of the novel “The Little Judge” by Leonardo Sciascia, and its plot about the political implications upon judicial decisions.

**Keywords:** Law. Literature. *Backlash*.

## INTRODUÇÃO

A relação do Direito com a Literatura é de longa data. No caso de enredos com juízes e tribunais remonta à Grécia antiga do século V a.C., em “As Eumênides”, de Ésquilo, até criações contemporâneas, que tomam forma em narrativas televisivas ou de cinema. Em todas, verificamos como a literatura possibilita adentrarmos no contexto social de uma forma

mais sutil e complexa, possibilitando desvendar o mundo – jurídico ou não - de forma mais verdadeira e completa do que se apresenta na realidade.

Uma das criações artísticas que nos mostram essa relação do mundo social com o jurídico através da literatura é o romance do italiano Leonardo Sciascia, “Portas Abertas”. Trata-se de um julgamento que deveria resul-

<sup>1</sup>BRAGANÇA JUNIOR, Sergio Henrique Fernandes. Graduado em História pela Universidade Norte do Paraná (UNOPAR). Graduado em Direito no Centro Universitário Serra dos Órgãos (UNIFESO). Teresópolis, Rio de Janeiro, Brasil. <http://lattes.cnpq.br/3827398004449193>. E-mail: [bragancasergio1@gmail.com](mailto:bragancasergio1@gmail.com)

<sup>2</sup> Mestre e Doutor em Filosofia pela PUC/RJ. Professor da graduação do Curso de Direito do UNIFESO.

tar em pena de morte, porém, por decisão da personagem denominada “Pequeno Juiz”, o réu escapa da sentença capital.

Naturalmente, que uma decisão de tal porte, *contra legem*, iria resultar em uma reação. E ainda que a reação contra a decisão do “Pequeno Juiz” fosse em menor escala, a narrativa nos leva a perguntar: Quais os tipos de reação social que ocorrem por decisões judiciais? E qual seria o papel do juiz – especialmente os de cortes superiores - considerando as reações que podem ocorrer a partir de suas sentenças?

No campo de estudo referente à primeira pergunta, neste artigo se explica o efeito *backlash*, que descreve e analisa como uma decisão judicial, especialmente sobre causas controversas moralmente, pode gerar uma reação político-social de tal maneira que ocorra uma completa reversão do que foi decidido. Essa reversão pode vir de várias formas, mas principalmente através de Projetos de Lei ou de Propostas de Emenda à Constituição que sejam contrários ao teor do que foi decidido pelo Poder Judiciário; contrariando a decisão prolatada.

No tocante à segunda questão, no presente artigo são apresentados posicionamentos e teorias que debatem os modelos de decisão judicial. Em complemento a essa análise indaga-se a postura mais ou menos ativa do juiz frente a questões controversas e versando sobre Direitos Fundamentais.

Busca-se, desse modo, verificar se há no contexto político e jurídico brasileiro, considerando a habitual inércia do Poder Legislativo em promover mudanças sociais e a consequente conquista de alguns direitos somente por meio do Judiciário (por exemplo, a união estável homoafetiva), o risco dessas decisões causarem um furor popular e o de retrocesso em matéria de Direitos Fundamentais.

## 1 ANALISANDO O FENÔMENO *BACKLASH* A PARTIR DA TEMÁTICA DO DIREITO E LITERATURA

### 1.1 DO DIREITO E LITERATURA E O PROTAGONISMO JUDICIAL: OS MO-

## DELOS DE JUIZ

Uma característica filosófica herdada do século XX exige o reconhecimento da importância da linguagem no processo de construção do conhecimento. Dessa forma, diversos campos de saber incluem seus respectivos discursos sobre o que produzem. No campo do saber jurídico, ainda impera a tradição positivista que nega veementemente o recurso narrativo na sua formação. Por isso, é de mister importância o diálogo com outros modelos de saber e, principalmente, com as narrativas literárias. Ao passo que os manuais jurídicos apresentam uma suposta descrição neutra dos institutos do Direito, fora de sua existência fática, as obras literárias fazem o oposto, o que amplia de sobremaneira a análise (STRECK, 2015, p. 228).

Dessa forma, o Direito, ao dialogar com a literatura, traz da última a capacidade de aproximação dos campos jurídico e literário, auxiliando a superação de barreiras colocadas pelo sentido comum teórico (GUBERT; TRINDADE, 2008, p. 12). Isso porque, “a literatura exsurge como um verdadeiro repositório de fontes para a reflexão crítica do direito [...], na medida em que suas representações do poder, da lei e da justiça, por exemplo, também conformam o imaginário coletivo e social.” (TRINDADE, 2015, p. 4). Constata-se, assim, que elementos da realidade factual, em muitos casos, só se tornam presentes quando em contraste com a contrafactualidade da ficção.

A temática do protagonismo judicial, por exemplo, não passa impune às observações literárias sobre o mundo fático. Há mais de dois milênios discorre-se sobre as posturas do juiz diante de um caso. Em “Eumênides”, na *Oresteia* (458 a.C), obra de Ésquilo, em que Palas Atena preside o tribunal inicia-se essa tradição literária ocidental. Shakespeare, em *Mercador de Veneza* (1605), conduz a sua história em torno do julgamento de Shylock, confirmando ser muito cara à Literatura a presença do que François Ost conceituou como “modelos de juiz”. (TRINDADE, 2015, p. 5).

O estudo de modelos de juiz se faz necessário a partir da análise histórica do pa-

radigma do Estado Constitucional, em que se submete o exame da validade das normas jurídicas aos juízes e tribunais. Após a Constituição de 1988, no Brasil ela é feita de forma concentrada e difusa, sendo a jurisdição constitucional uma peça-chave no Estado de Direito hodierno (TRINDADE, 2015, p. 4). Não se pensa mais a jurisdição como nos séculos XVIII e XIX, consagradora do juiz como mero “boca da lei”. Os olhares, portanto, passam a se voltar para a figura do julgador, e como este age e deveria agir em determinadas situações.

Daí deriva-se a noção do protagonismo judicial, conforme lição de Novelino (2012, p. 170), é

doutrina que confere ao Judiciário um protagonismo decisivo nas mudanças sociais e na incorporação de novos direitos constitucionais aos já existentes, partindo do pressuposto de que este Poder, em geral, seria o mais habilitado à função de plasmar em normas os atuais valores da sociedade.

Com pouca pesquisa no Brasil, comparativamente a outros países, sobre tal fenômeno e seus desdobramentos (TRINDADE, 2015, p. 4), o estudo literário, com suas narrativas, personagens e representações, somado ao imaginário social que ela produz e é resultado podem ser aproveitados para a compreensão do fenômeno do protagonismo judicial e um de seus mais interessantes desdobramentos: O fenômeno *Backlash*.

## 1.2 O PEQUENO JUIZ” EM “PORTAS ABERTAS” DE LEONARDO SCIASCIA

Quando se fala sobre a atuação do poder judiciário, logo se pensa no papel de juiz na sociedade e no modelo de juiz que a sociedade gostaria de ter. O romance “Portas Abertas”, do italiano Leonardo Sciascia, é protagonizado por um juiz, reconhecido na história como “Pequeno Juiz”. Na sua narrativa, o autor sustenta interessantes reflexões sobre o papel do poder judiciário em decisões sobre casos polêmicos, de modo a confrontar de um lado, o *Rule of Law*, e do outro, a ordem democrática.

Trata-se de um enredo que se passa na Itália fascista dos anos 1930. Ocorre um tri-

plo homicídio na comunidade de Palermo, na Sicília, e o acusado será julgado pelo protagonista sem nome na história, mas chamado por Sciascia de “Pequeno Juiz”. O réu em julgamento teria matado de forma premeditada além da sua esposa, um homem que o substituíra no trabalho e outro que o demitira. O caso já tinha, um destino certo: a pena de morte, que por força do regime fascista na Itália, havia voltado a vigorar no ordenamento jurídico daquele país.

Contudo, o “Pequeno Juiz”, como se demonstra na história, está determinado a não condenar o homem à pena capital, por *questão de princípio*, ainda que soubesse, pelos diálogos com o procurador geral, que a sentença contrária àquela decisão seria reformada pelo tribunal. Afirma o procurador geral que “de acordo com a lei uma vez que a pena de morte é lei, a nós somente cabe aplicá-la, servi-la” (SCIASCIA, 1990, p. 14). Ato contínuo, confiava que a opinião do “Pequeno Juiz” era de veras inútil, pois, “acima de qualquer opinião estava a lei” (SCIASCIA, 1990, p. 16).

Ao fim e ao cabo, no dia do julgamento, após longo debate sobre o caso, o conselho de sentença retorna à sessão com uma sentença condenatória diferente da pretendida pelo órgão acusador, ou seja, a pena de morte. Temos na história narrada, portanto, uma decisão que é proferida *apesar da lei*.

Tempos depois do julgamento, em nova conversa com o procurador geral, o “Pequeno Juiz” lhe confessa a natureza de seu julgamento:

– Mas o senhor não acha que está procurando alibis para si mesmo, para a vaidade, podemos bem dizer isto, do seu protesto dentro de um contexto que só lhe permite carregar de sofrimento ainda maior o ser humano sobre o qual o senhor concentrou a defesa de um princípio, e que, afinal, na defesa deste princípio não foi levado devidamente em conta o sofrimento daquele homem?

- Concordo que a defesa do princípio, para mim, contou mais do que a vida daquele homem. Mas é um problema, não um alibi. Eu salvei a minha alma, os jurados a deles: o que pode até parecer muito cômodo. Mas imagine o

que aconteceria se, em cadeia, todo juiz cuidasse de salvar a própria alma[...] (SCIASCIA, 1990, p. 86).

Tem-se aqui um personagem construído por Sciascia que, conforme observa Coutinho (2015, p. 222), não se curva às pressões externas e aos interesses externos para encontrar seu triunfo na vitória da civilidade. Em outras palavras, decide pelo princípio máximo de que não era possível, de forma alguma, aplicar a pena de morte. Sperandio e Trindade (2016, p. 17-18) afirmam que ele decide não *contra* a lei, mas *apesar* da lei, utilizando-se das normas do próprio ordenamento jurídico, no qual, no caso do livro, foram utilizados os argumentos de continuidade delitiva e passionalidade, para que no fim a pena de morte não fosse aplicada, tendo em seu lugar uma pena mais branda.

Decidiu o “Pequeno Juiz”, portanto, com base - ainda que não intencionalmente - em Ronald Dworkin, cuja clássica afirmação sobre os princípios se emolda perfeitamente à história:

princípio [é] um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. (DWORKIN, 2002, p. 36)

Porém, na história em comento, a decisão *apesar da lei* do “Pequeno Juiz”, certamente gerou consequências negativas. Não só, como advertiu o procurador geral, o homem seria condenado à pena de morte, como também para sua carreira como magistrado, que até então havia “sido brilhante”. (SCIASCIA, 1990, p. 14-15).

É importante ressaltar que não cabe apenas comentar a sentença como mais um exemplo de julgamento *apesar da lei*. Trata-se, neste caso, de um julgamento *apesar da lei* acerca de uma questão que é extremamente sensível a qualquer sociedade: a pena de morte. E decisões judiciais sobre grandes desacordos morais (como a pena de morte)

são potenciais geradoras de reações populares (*backlash*), que podem levar, ao fim, ao retrocesso de uma conquista de um direito fundamental em um tribunal. Em suma, cabe questionar se a decisão judicial é, independente das circunstâncias, o melhor meio de alcançar o ideal de justiça.

Por isso, é tão importante a pergunta: Qual deve ser o papel do julgador frente a uma decisão sobre um desacordo moral, mormente quando esta envolve toda uma nação?

### 1.3 O PODER JUDICIÁRIO E O EFEITO BACKLASH

Antes de adentrar no efeito em si, é importante se debruçar sobre a separação de poderes e sua relação com o ativismo judiciário. O princípio da separação de poderes - derivado principalmente de Montesquieu, embora com teorizações em tempos históricos muito mais remotos, como na Grécia Antiga com Aristóteles -, incorporou-se ao constitucionalismo com vias de assegurar a liberdade dos indivíduos, pois, segundo este, se na mesma pessoa se concentrarem o poder de fazer leis, julgar e executar, não há liberdade (DALLARI, 2011, p. 215-217).

Dessa noção, positivada em quase todo o mundo, e no Brasil, presente no art. 2º da Constituição Federal, nasce junto a concepção de freios e contrapesos (*checks and balances*), no qual há uma tentativa de se estabelecer um mecanismo de controle mútuo entre os três poderes, para que a liberdade seja resguardada (STRECK, 2003, p. 163). Muito embora essa divisão não seja absoluta, principalmente nos dias de hoje, em que órgãos de determinado poder acabam por vezes realizando funções que seriam precípua de outro (através de suas funções atípicas), nasce um problema que é imediatamente percebido pela sociedade, e nos últimos tempos, têm-se percebido tal movimento de “adentramento” de um poder nos outros por parte do judiciário.

Não obstante, enquanto há posições que entendem que o ativismo judicial é violador da divisão dos três poderes, há entendimento diverso no sentido de que uma atuação mais energética do poder judiciário pode na

verdade ajudar a implementar Direitos Fundamentais, através do controle de políticas públicas, na realização de sua função contramajoritária. Nesta, os direitos de uma minoria poderiam ser garantidos de forma que talvez não fossem por outras vias estatais, como por exemplo, por políticas públicas por parte do executivo ou por leis protetivas por parte do poder legislativo (MARTINS, 2018, p. 87).

A função contramajoritária, inclusive, configura-se como importante aspecto do poder judiciário, visto que este “escapa” ao controle da maioria no poder. Pelo fato dos juízes não serem eleitos, eles assumem um papel de zelar pelo respeito aos direitos assegurados no ordenamento jurídico (FERNANDES, 2017, p. 215). Aspecto que por vezes gera discussão sobre o seu alcance, como aponta Waldron (apud Fernandes, 2017), quando comenta a necessidade/utilidade de se resguardar determinados direitos contra a vontade da maioria e a suposta vantagem que o judiciário teria na sua proteção.

Inicialmente, este efeito foi observado nos EUA. Neste país esses conflitos institucionais já são travados há mais tempo e suas consequências mais conhecidas devido às análises teóricas que os abordam destacando os enfrentamentos entre a sociedade, o poder legislativo e o poder judiciário.

Nasce assim o fenômeno *Backlash*. Cass Sustein (apud Fonteles, 2019, p. 27), de modo clássico o define como uma “intensa e duradoura desaprovação social de uma decisão do Judiciário, acompanhada de medidas agressivas para resistir a esta decisão e remover sua força jurídica”.

Uma outra definição, muito utilizada, é a de George Marmelstein. Segundo ele, o *backlash* é “uma espécie de efeito colateral das decisões judiciais em questões polêmicas, decorrente de uma reação do poder político contra a pretensão do poder judiciário de controlá-lo” (MARMELSTEIN, 2015, *online*). O autor ainda descreve o fenômeno, de forma resumida, nas seguintes palavras:

O processo segue uma lógica que pode assim ser resumida. (1) Em

uma matéria que divide a opinião pública, o Judiciário profere uma decisão liberal, assumindo uma posição de vanguarda na defesa dos direitos fundamentais. (2) Como a consciência social ainda não está bem consolidada, a decisão judicial é bombardeada com discursos conservadores inflamados, recheados de falácias com forte apelo emocional. (3) A crítica massiva e politicamente orquestrada à decisão judicial acarreta uma mudança na opinião pública, capaz de influenciar as escolhas eleitorais de grande parcela da população. (4) Com isso, os candidatos que aderem ao discurso conservador costumam conquistar maior espaço político, sendo, muitas vezes, campeões de votos. (5) Ao vencer as eleições e assumir o controle do poder político, o grupo conservador consegue aprovar leis e outras medidas que correspondam à sua visão de mundo. (6) Como o poder político também influencia a composição do Judiciário, já que os membros dos órgãos de cúpula são indicados politicamente, abre-se um espaço para mudança de entendimento dentro do próprio poder judicial. (7) Ao fim e ao cabo, pode haver um retrocesso jurídico capaz de criar uma situação normativa ainda pior do que a que havia antes da decisão judicial, prejudicando os grupos que, supostamente, seriam beneficiados com aquela decisão. (MARMELSTEIN, 2015, *on-line*)

Contudo, como aponta Fonteles (2019, p. 27-28) a definição pode ser útil para compreender o fenômeno em um primeiro olhar, mas ela não é completamente precisa por não considerar todas as variáveis do fenômeno, que tem natureza muito complexa. Essa conceitualização possui problemas, pois não leva em consideração o fato de o *backlash* não se limitar a reações conservadoras, sendo possível a formação de um *backlash* não conservador. O autor cita um caso ocorrido nos EUA em 1986 (*Bowers v. Hardwick*), em que a Suprema Corte não considerou inconstitucional uma lei que criminalizava a sodomia, o que gerou uma forte onda de protestos no país. Outro exemplo é o caso *Dred Scott v Sandford* (1857), no qual a Suprema Corte norte-americana negou a um escravo a legitimidade de postular a sua liberdade. Às duas decisões de caráter conser-

vador se opuseram reações não conservadora, o que pode ser considerado, segundo o autor, como uma das causas remotas da deflagração da Guerra Civil.

Portanto, considerando esses fatores, cabe colocar a definição de Samuel Sales Fonteles, que leva em consideração os aspectos do *backlash* em um sentido jurídico-social:

Designa reação sociais (backlash nacional) ou estatais (backlash internacional), lícitas ou ilícitas, que hostilizam atos e decisões, ainda que não jurisdicionais, do Judiciário (juízes ou Tribunais), Cortes Constitucionais, Tribunais Administrativos ou Órgãos Internacionais (v.g. Cortes de Direitos Humanos), usualmente conservadoras do *status quo*. (Fonteles, 2019, p. 41)

Um caso clássico que exemplifica a ocorrência do efeito *backlash* no cenário norte-americano é o famoso *Roe vs Wade*. Em 1973, a Suprema Corte norte-americana proferiu polêmica decisão reconhecendo o direito ao aborto, produzindo consequências no congresso americano até os dias de hoje. No contexto brasileiro, um caso parecido que se amolda ao efeito *backlash* é a ameaça de resposta legislativa a depender da decisão da ADPF 442, que discute tema similar no STF. Outras decisões marcantes nos EUA são *Furman vs Georgia* (1972), sobre a pena de morte e *Brown vs Board of Education* (1954), sobre a entrada de estudantes negros em escolas públicas. Todos esses casos, causam consequências sociais e legislativas de grande porte no país.

Em outros países também há casos que geraram fenômenos *backlash*, como na Colômbia após a decisão da Corte Constitucional sobre a liberação do aborto em algumas situações (Decisão C-355/2006), que inclusive ajudou a desencadear outras decisões similares na América Latina (Ruibal, 2014, p. 42)<sup>3</sup>

3 A autora destaca que nos anos subsequentes à decisão houveram decisões nesse sentido no México, em 2007 (legalização do aborto no primeiro trimestre), a própria decisão do Brasil em 2012 para legalizar o abortamento dos fetos anencefálicos, e também em 2012, na Argentina, a legalização após decisão da Suprema Corte do país para abortamentos em casos de estupro (Ruibal, 2014, p. 42)

Como esse fenômeno é mais recente e pouco estudado no Brasil, seus efeitos e suas implicações ainda não estão muito bem definidos, mas já é possível observar que conservam certa similaridade com os observados nos casos norte-americanos.

O motivo para isso é que o *backlash* se manifesta do conflito entre o Estado de Direito e o regime democrático, quando se verifica que o povo disputa a interpretação da Constituição com o poder Judiciário. Visto que o processo democrático brasileiro só retornou há pouco mais de trinta anos, após longos anos de ditadura, não houve ainda tempo para que os efeitos tenham se manifestado com tamanha força.

Não obstante, a partir da possibilidade de conflitos sociais oriundos de decisões judiciais, surge a necessidade de reflexão sobre os limites à atuação do poder judiciário nas suas decisões de caráter contramajoritário.

## 2 OS PAPEIS DO JUIZ NO ÂMBITO DO DIREITO CONSTITUCIONAL E SUA RELAÇÃO COM O BACKLASH

Diversas são as abordagens acerca de como o juiz deve agir. No Brasil as reflexões teóricas ainda são raras a respeito desse agir do juiz, comparadas às do âmbito internacional, de onde se pode coletar diversas escolas de pensamento, cada qual com um ponto de vista bem específico sobre o agir do julgador. Analisar-se-á, porém, como esses autores relacionam o agir do juiz com a opinião pública sobre a matéria que será julgada, e, principalmente, como deve ser encarado o *backlash* em tais situações. Dentre uma miríade de possíveis análises, três foram escolhidas para o presente trabalho, sendo elas a análise de Cass Sunstein (Minimalismo Judicial), Robert Post e Reva Siegel (Constitucionalismo Democrático), e por fim, Ronald Dworkin, e sua avaliação principiológica.

### 2.1 A ANÁLISE DE CASS SUNSTEIN E O MINIMALISMO JUDICIAL

Cass Sunstein, professor de Harvard e autor de diversos livros sobre Direito Constitucional, é um dos autores mais citados

quando se trata do fenômeno *backlash*, principalmente por conta de sua famosa teoria do “Minimalismo Judicial” e de como essa postura poderia evitar o *backlash* frente às decisões jurisdicionais.

Sua proposta, segundo Gonçalves (2017, p. 202), própria do “Minimalismo Judicial”, critica o ativismo judicial ao não reconhecer nenhum tipo de teoria da Constituição segundo a qual o juiz ou órgão julgador tenham o papel de “salvador” do social. Continuando, para o autor a recomendação básica de Sunstein é para que os juízes deixem as questões em aberto, não tendo a necessidade ou pressa de apresentar respostas conclusivas ou substanciais sobre um caso concreto.

Para o professor de Harvard, o congresso é o local mais adequado para se verificar as questões sociais e democráticas, e por isso, compete a ele dar as respostas sobre questões jurídicas controvertidas. Portanto, para Sunstein, um caso que chegue às mãos de uma corte deve apresentar uma decisão que contenha superficialidade (*shallowness*) e estreiteza (*narrowness*), ou seja, apenas julgando o que foi colocado para ser decidido, sem se preocupar em fazer regras gerais que devem ser aplicadas futuramente, tendo como oposto uma decisão maximalista, com características opostas, que são decisões com profundidade (*depth*) e largura (*width*).

Outro professor de Harvard, Michael Klarman (2011, p. 6) vai no mesmo sentido, não só afirmando que as cortes falham em promover mudanças sociais, como também afirma que pelo fato dos juízes ocuparem cargos que acabam refletindo uma elite cultural, muitas vezes falham em perceber o quão impopular são suas decisões.

O “Minimalismo Judicial” teria como característica, portanto, evitar o *backlash*, visto que esse é entendido como um refluxo social que poderia trazer reações violentas e indesejadas, no que se pode citar o emblemático caso *Roe vs Wade*. (ASSIS E SILVA, p. 281)

Cass Sunstein promove ainda uma análise aprofundada do *backlash* em um artigo denominado “*backlash’s travels*” (SUNSTEIN, 2007). Nele, o fenômeno é imaginado

em quatro mundos hipotéticos: *Olympus*, *The Land of the Ancients*, *Lochnerland* e *Athens*. Em cada mundo, o *backlash* é visto sob uma ótica diferenciada.

No primeiro, *Olympus* (Olimpo), trata-se de uma nação imaginária na qual os julgamentos são confiavelmente corretos, sob um ponto de vista relevante, e no qual qualquer oposição a esses julgamentos são, se existirem, confiavelmente errados. (SUNSTEIN, 2007, p.437). O segundo mundo hipotético, *The Land of the Ancients* (Terra dos Anciãos), segue a premissa de que o significado constitucional é entendido da melhor forma quando ele é lido nos seus termos e intenções iniciais.

O terceiro mundo é a *Lochnerland* (Terra de Lochner). Nele, o significado constitucional é propriamente um produto da política ou moral do intérprete da lei. Nesse mundo, continua o autor, as visões judiciais sobre política e princípios são sistematicamente não confiáveis. A ocorrência do *backlash*, neste caso, teria bons motivos para justificá-la, já que os julgamentos feitos pelo público leigo seriam melhores do que os conduzidos pelos juízes. (SUNSTEIN, 2007, pp. 443-444).

Por fim, o último mundo, *Athens* (Atena). Nesse mundo, os juízes não são essencialmente bons ou ruins em dar significados ambíguos para termos constitucionais. Também agem com cautela sob o risco de *backlash*. Nesse mundo, porém, o motivo de se ter cuidado com o *backlash* é por conta da concepção do povo de autogovernar, sendo guiado pelos próprios juízos no que tangem a questões sociais delicadas, como igualdade, liberdade, propriedade etc. Assim sendo, em Atenas, o “Constitucionalismo Popular” é algo que subsiste e com grande força entre os jurisdicionados. (SUNSTEIN, 2007, p.446-447).

Embora Sunstein não expresse sua visão de maneira clara e objetiva sobre o *backlash* ser bom ou ruim, parece bem claro que ele imagina que o fenômeno é algo que deva ser calculado e evitado.

2.2 ROBERT POST E REVA SIEGEL: CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO COMO FORMA DE ENCARAR

O *BACKLASH*

Os autores, provenientes da universidade de Yale, defendem uma posição própria de interpretação constitucional frente ao que chamam de “controvérsia pública” (POST E SIEGEL, 2007, p. 379). Essa posição, eles definem, é o “Constitucionalismo Democrático”, que “afirma o papel do governo representativo e de cidadãos mobilizados impondo a Constituição na mesma medida em que afirma o papel das cortes usando a interpretação legal de forma profissional ao interpretar a Constituição” (POST; SIEGEL 2007, p. 379).

Assim, tratam de forma diferente sobre o que é apregoado no modelo interpretativo constitucional chamado de “Constitucionalismo popular”, o qual prega que a interpretação da Constituição deve caber ao povo, na medida em que devem ser aceitos os argumentos constitucionais vindo deste, ainda que estejam em conflito com a interpretação do judiciário. Nessa linha de pensamento, segue que o protagonista legítimo da interpretação constitucional é o povo, e segundo alguns autores, não seria possível uma corte invalidar uma lei que tivesse sido feita pelo parlamento (TUSHNET *apud* Fonteles, 2019, p. 53).

Já Post e Siegel tratam o assunto de forma diferente. Ao mesmo tempo que reconhecem a importância do apelo popular quanto a um tema constitucional, também reconhecem que o papel de interpretação da constituição por parte das cortes é algo essencial, desde que a razão jurídica por trás dessa interpretação tenha raiz em valores e ideais populares (POST E SIEGEL, 2007, p. 379)

Portanto, por esse prisma, o *backlash* é entendido pelos autores como uma das muitas práticas de contestação de normas, na qual o público geral tentará impor sua visão de direito constitucional, inclusive, como também pontuado pelos autores, com alguns casos de sucesso durante a história, visto que, no longo prazo, o Direito Constitucional é largamente suscetível a influências políticas. Assim, reafirmam que a legitimidade democrática da constituição, ou de suas interpretações, depende em parte da boa recepção das mesmas pela opinião popular. (POST E SIEGEL, 2007, p.

382-383)

Não obstante, acrescentam também que a partir do Constitucionalismo Democrático, o *backlash* não deve ser entendido somente sob a perspectiva das cortes, mas da ordem constitucional como um todo, situando o fenômeno dentro da rede de comunicações que sustenta a ordem constitucional. Afinal, as pessoas<sup>4</sup> tendem a crer que a ordem constitucional deva se encaixar na *sua visão de mundo*, e os que efetivamente se engajam no *backlash* irão pressionar as autoridades (seja parlamentares para aprovar uma lei ou emenda à Constituição, seja o executivo, para que a iniciativa de tais atividades partam dele). (POST E SIEGEL, 2007, p. 390)

De todo modo, ao passo em que alguns autores (como os citados Klarman e Sunstein) vêem o *backlash* como algo indesejado a ser evitado pelas cortes, os acadêmicos de Yale vão em outro sentido, afirmando que o “Constitucionalismo Democrático” considera a controvérsia causada por uma decisão judicial (i.e. *backlash*) como algo positivo para a ordem democrática e constitucional.

Ou seja, para os teóricos de Yale, a postura adequada do juiz frente a uma possível reação popular não é a de evitar um julgamento que possa desencadear um *backlash*, e sim a de enfrentá-la pelas cortes constitucionais, pois consideram a reação benéfica para a ordem constitucional, na medida em que ela traz o diálogo no âmbito da sociedade. Em contraposição ao minimalismo judicial, para o qual as decisões não devem se alongar demais para questões de princípios que não lhe foram suscitadas, o “Constitucionalismo Democrático” *admite* a postura ativa do julgador.

O *backlash* que pode se originar dessa decisão, portanto, não é algo a ser comemorado, mas pode-se entender que eles são *parte do jogo* e que é um custo que pode ser arcado, mesmo com atos de resistência das mais diversas naturezas. Trata-se, então, de uma visão que pode ser considerada *positiva* acer-

4 No original, os autores referem-se aos americanos. Porém, o mesmo comportamento pode ser observado, cada qual a sua maneira, em povos de outros países, como o Brasil.

ca do *backlash*. Como afirmam Post e Siegel (2007, p. 390), “decisões constitucionais às vezes provocam resistência, especialmente se elas ameaçam o status de grupos acostumado a exercer autoridade e que acreditam que resistência pode evitar uma mudança constitucional por vir. Onde a controvérsia for inevitável, a aplicação de um direito pode ser, no entanto, justificada se os valores em jogo são suficientemente importantes” (tradução nossa)

Dessa forma, cabe ressaltar as palavras de Chueiri e Macedo (2019, p. 142) sobre a postura idealizada pelos acadêmicos da escola de Yale:

É possível afirmar que o constitucionalismo democrático fornece um quadro mais interessante e comprometido [...] para lidar com um contexto de complexa disputa a respeito dos sentidos da Constituição. Também contribui para manter aceso o vínculo entre política e direito, sem descuidar da autoridade da Constituição. Esta perspectiva pode ser interessante para tentar compreender os conflitos constitucionais do Brasil contemporâneo.

Inclusive, em próprios julgados do STF é possível achar menção aos teóricos aqui estudados, como no voto do Ministro Luiz Fux na ADI 4.578/DF<sup>5</sup>, e cujos pressupostos estão presentes, segundo Bunchaft (2016, p. 163) no voto do Ministro Luís Roberto Barroso no julgamento do RE n. 845779, o que pode ser um forte indicativo de que há uma predileção dos

5 A verdade é que a jurisprudência do STF nesta matéria vem gerando fenômeno similar ao que os juristas norte-americanos Robert Post e Reva Siegel [...] identificam como *backlash*, expressão que se traduz como um forte sentimento de um grupo de pessoas em reação a eventos sociais ou político. É crescente e consideravelmente disseminada a crítica, no seio da sociedade civil, à resistência do Poder Judiciário na relativização da presunção de inocência para fins de estabelecimento de inelegibilidades. Obviamente, o Supremo Tribunal Federal não pode renunciar à sua condição de instância contramajoritária de proteção dos direitos fundamentais e do regime democrático. No entanto, a própria legitimidade democrática da Constituição e da jurisdição constitucional depende, em alguma medida, de sua responsividade à opinião popular. (BRASIL, 2015, on-line)

ministros que compõem a atual suprema corte por uma postura calcada pelo “Constitucionalismo Democrático”.

### 2.3 RONALD DWORKIN E SUA AVALIAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA SOBRE O ATUAR DO JULGADOR

Ronaldo Dworkin não trata do *backlash* diretamente, como os outros autores vistos, mas é possível ver qual seria seu posicionamento sobre o assunto por meio da sua visão sobre como os juízes devem julgar os casos difíceis (*hard cases*).

Para o autor norte-americano, valores como o ideal de integridade e da justiça como equidade são articulados de forma primordial. Na sua visão, os direitos devem servir como um trunfo contra a maioria ao postular a igualdade como base de sua teoria sobre o Direito.

Segundo Chueiri e Macedo (2019, p. 8), a democracia para Dworkin “pode e deve contar com a atuação do Judiciário para a resolução de questões difíceis e para a proteção de minorias sistematicamente excluídas”. Segundo o teórico citado, as decisões judiciais devem ter como escopo os princípios, que seriam a salvaguarda dos direitos das minorias contra as maiorias.

Nessa direção de luta por direitos e proteção às minorias, Dworkin inclusive concebe o ideário do juiz Hércules, que seria o juiz, em suas palavras, de “capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humana” (DWORKIN, p. 129).

Fonteles (2019, p. 45) afirma que tal divinização dos tribunais por parte do autor norte-americano “só pode mesmo vislumbrar o *backlash* como inimigo” e não reconheceria a força persuasiva causada pelo fenômeno, visto que isso poderia ameaçar a posição das cortes como fórum de princípios (FONTELES, 2019, p. 46).

Dworkin (2002, p. 129) explica, em sua clássica obra “Levando os Direitos a Sério”, que os “juízes não deveriam ser e não são legisladores delegados, e é enganoso o conhecido pressuposto de que eles estão legislando quando vão além de decisões políticas já tomadas por outras pessoas”. Continua o autor

(2002, p. 129), sobre a distinção entre argumentos políticos e principiológicos:

Argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. [...] Os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo.

Sendo a defesa de minorias, por exemplo, justificadas por argumentos de princípios, conclui-se que para ele as opiniões públicas não forneceriam um norte adequado para os julgadores. Devem os julgadores, portanto, agir de forma contramajoritária, como nos clássicos casos *Brown vs Board of Education* e o já citado *Roe vs Wade*. Em ambos, a Suprema Corte dos EUA enfrentou questões sensíveis à época (segregação racial e aborto, respectivamente, sendo o último alvo de discussões e polêmicas até os dias de hoje, mais de trinta anos de proferida a decisão), e, apesar de uma opinião pública majoritariamente negativa à decisão que tomariam, ainda assim o fizeram.

Como afirmam Chueiri e Macedo (2019, pp. 131-132), o juiz *dworkiano* não se acovarda frente às pressões sociais e reações violentas, mas sim, reafirma o seu compromisso com a justiça e os valores da comunidade, respeitando os direitos e garantias de cada cidadão. O “Pequeno Juiz”, cabe ressaltar, protagonista do romance já apresentado, possui claramente essas características: por mais que a reação contra a sua pessoa fosse pesada e sua carreira, conforme advertira o Procurador-Geral, fosse destruída, ele se guiou pelos princípios de justiça e direitos fundamentais para que a pena capital não fosse proferida por ele.

Para Dworkin, como seria essa postura do juiz que, ao defender um direito fundamental de um indivíduo, encontrasse esse princípio em conflito com a regra? O autor responde:

Quando, então, o juiz tem permissão para mudar uma regra de direito em vigor? Os princípios aparecem na resposta de duas maneiras distintas.

Na primeira delas, é necessário, embora não suficiente, que o juiz considere que a mudança favorecerá algum princípio; dessa maneira o princípio justifica a modificação [...], porém, não é qualquer princípio que pode ser invocado para justificar a mudança: caso contrário, nenhuma regra estaria a salvo. É preciso que existam alguns princípios com importância e outros sem importância e é preciso que existam alguns princípios mais importantes que outros. Esse critério não pode depender das preferências pessoais do juiz, selecionadas em meio a um mar de padrões extrajurídicos respeitáveis, cada um deles podendo ser, em princípio, elegível. Se fosse assim, não poderíamos afirmar a obrigatoriedade de regra alguma. Já que, nesse caso, sempre poderíamos imaginar um juiz cujas referências, selecionadas entre os padrões extrajurídicos, fossem tais que justificassem uma mudança ou uma reinterpretação radical até mesmo da regra mais arraigada. (DWORKIN, 2002, pp. 59-60)

Por isso, a partir do pensamento de Dworkin, aduz-se que o papel do juiz, ou então, de uma corte, deve ser justamente o papel de considerar que sua posição, ao contrário dos “Minimalistas”, é a mais ideal e correta para decidir as questões que chegam até eles. Compõem estes, portanto, o que o autor chama de “Fórum de Princípios”. E no que pese reações (*i.e. backlash*) serem uma ameaça a esse *fórum de princípios*, o julgador poderá e deverá emitir seu posicionamento, com o fim de resguardar os ideias principiológicos caros ao Direito e à Justiça.

### 3 ANÁLISE DA NASCENTE DO FENÔMENO NO BRASIL

#### 3.1 ANÁLISE DA ATUAÇÃO DAS CORTES SUPERIORES EM CASOS DE DESACORDO MORAL;

O Brasil, de forma contrária aos EUA, não possui tantos casos que podem ser considerados como *backlash*, o que pode ser justificado pela instabilidade das Constituições no país no decorrer da história brasileira e pela menor importância dada

à mesma nesse período, sendo por muito tempo considerada menos importante do que a legislação ordinária.(FONTELES, 2019, p. 174).

Além disso, até a promulgação da Lei nº 9868/99, as ações de constitucionalidade não possuíam duas características fundamentais quando em conjunto: O efeito *erga omnes* e o efeito vinculante. E no mesmo ano, com a Lei nº 9882/99, que criou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), as decisões da Corte Suprema teriam muito mais impacto sobre a sociedade, visto que o escopo dessas decisões poderia abarcar temas muito mais amplos do que até então.

Assim, nos últimos anos o STF tem julgado casos de grande desacordo moral e que vem gerando a reação popular e política que caracterizam o fenômeno *backlash*. Um dos casos mais comentados quando se fala de *backlash* no Brasil é o caso da “Vaquejada”. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4983 O STF considerou inconstitucional a Lei 15.299/2013 do Ceará, que regulamentava a prática da “vaquejada”, por violar o art. 225, §1º, VII, visto que incorreria em práticas de maus tratos aos animais.

Ocorre que a declaração de inconstitucionalidade do referido dispositivo legal gerou rápida reação no Congresso Nacional, que em poucos meses aprovou a Lei n.º 13.364 de 29 de novembro de 2016, elevando a prática do rodeio e a vaquejada à categoria de expressões artísticas-culturais, e também aprovou a promulgação da Emenda Constitucional n. 96, que acrescentou o §7º ao art. 225 da CRFB, que tem a seguinte redação:

Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos. (BRASIL, 2017)

Porém, apesar de ser citado como grande exemplo do efeito *backlash* em território nacional, conforme afirma Fonteles (2019, p. 200), este não seria o exemplo mais exato do fenômeno, justamente por não ter em si a reação social que é marco da ocorrência do fenômeno, sendo a reação em si mais por parte da bancada ruralista que ocupa lugar relevante no Congresso Nacional.

Por outro lado, é possível elencar diversos casos que foram alvo de grande reação na opinião pública, o que Novelino (2020, p. 10) chamou de “casos de alta saliência social e/ou midiática”, como foram os casos dos julgamentos em relação ao abortamento de fetos com anencefalia (ADPF 54, em 2012), marcha da maconha (ADPF 187/DF, em 2011), células-tronco embrionárias (ADI 3510, em 2008), união civil de pessoas do mesmo sexo (ADI 4277/DF e ADPF 132, em 2011), cotas raciais (ADPF 186, em 2012).

Um caso emblemático foi o julgamento do HC 124.306/RJ, que mostra o entendimento da Primeira Turma do STF de que o abortamento realizado até o primeiro trimestre de gravidez não seria crime, conflitando de forma frontal ao previsto no Código Penal para esse tipo de prática. Não obstante, a ADPF 442, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) - ainda pendente de julgamento e sem data marcada para acontecer - pela sua mera existência já provoca protestos em vários momentos e locais diferentes no Brasil.

Em 2020 pôde-se observar dois casos com alto potencial de *backlash*. O primeiro o caso foi o da menina de 10 anos que ficou grávida em decorrência de um estupro no Espírito Santo, e acalorou o debate público em agosto de 2020. Apesar da legislação ser clara a respeito da possibilidade de abortamento em um caso de gravidez, houve grande reação no sentido de não permitir que a menina abortasse o feto. Em decorrência dessa reação, ela somente conseguiu realizar o aborto após decisão judicial do Tribunal de Justiça do Espírito Santo.

Não obstante, cerca de duas semanas após a decisão judicial autorizando o aborto, o Ministério da Saúde editou a portaria nº 2282, de 27 de agosto de 2020, constando a obriga-

toriedade dos médicos que atenderem gestantes decorrentes de estupro a notificar a polícia, além de terem que oferecer à gestante a visualização do feto por meio de ultrassonografia. (BRASIL, 2020)

A medida pode ser vista como uma clara reação do governo à decisão judicial sobre o caso, que pode inclusive inibir mulheres que passem por essa situação de praticarem o aborto, por causa da necessidade de envolvimento da polícia. Ou seja, tem-se um caso claro de que, apesar de não ter uma Corte Superior envolvida, há uma reação frente a uma decisão judicial, partindo da pressão popular no poder executivo, que assim correspondeu com a Portaria nº 2282/2020.

Outro exemplo ocorrido no mesmo ano, foi o da soltura de André do Rap, em Habeas Corpus concedido pelo Ministro Marco Aurélio, do STF. Sua fundamentação jurídica para a concessão do remédio constitucional foi o art. 316 do CPP<sup>6</sup>, cujo novo texto entrou em vigor em 2020. O caso rapidamente ganhou a mídia e provocou uma fortíssima reação na imprensa e nas mídias sociais. Em reação, deputados não tardaram em protocolar Projeto de Lei par impedir que tal situação ocorresse novamente (PL 4914/20).

Exemplos como esses mostram que ainda há um grande embate no Brasil sobre como a população e os seus representantes interpretam o Direito (mormente Leis e Constituição) em contraposição à interpretação dada pelo Poder Judiciário, seguindo claramente tendências diferentes. O cenário no Brasil, definitivamente, parece com o descrito por Post e Siegel, porém, de maneira geral, a opinião pública e a nova cena política com a formação do Congresso Nacional nas eleições de 2018 assinalam uma tendência reacionária e de supressão de direitos.

### 3.2 ANÁLISE DAS REAÇÕES SOCIAIS E POLÍTICAS FRENTE ÀS DECISÕES DO STF

As eleições presidenciais de 2018 foram um marco na história política brasileira, não só pela grande tensão política mobilizada naquele momento, mas também pela nítida troca de visão ideológica ocorrida na chefia do poder executivo. Se nos anos anteriores houve uma tendência muito maior ao progressismo, agora seria o conservadorismo reacionário que tomaria conta da cadeira presidencial.

Esse governo, personificado pelo presidente Jair Bolsonaro, assume posição política contrária a várias decisões recentes do STF. Segundo Benvindo (2018), ele é “mais do que alguém alheio à política, ele é a personificação do *backlash* em uma sociedade ainda muito desigual, conservadora e autoritária” (tradução livre).

Não obstante, no próprio Congresso Nacional, muitos candidatos eleitos possuíam o mesmo perfil de Bolsonaro, sendo o Congresso com o perfil mais conservador dos últimos 40 anos. O partido de Bolsonaro à época, PSL, saltou de um dos menores em termos de representatividade no Congresso Nacional para o segundo maior, perdendo em número de eleitos apenas para o Partido dos Trabalhadores (PT).

Frente a esses acontecimentos, é pertinente o questionamento se as decisões recentes do STF acerca dos temas de alta controvérsia social podem ser vistas como fator decisivo para que uma onda conservadora nascesse e ganhasse força a ponto de reverter o *status quo* da política brasileira. E se, além disso, no âmbito judicial, os juízes passaram a decidir levando em conta um efeito *backlash* que fosse prejudicar sua imagem pública e carreiras.

Como todo acontecimento social de grande relevância, é impossível colocar somente um fator como propulsor para todas as mudanças ocorridas nos últimos anos. Dessa forma, não é possível falar que as decisões do STF ou de outro tribunal ou juízo singular foram os únicos responsáveis pela mudança política que tem causado tantas alterações no mundo do Direito. Mas é possível fazer sim,

6 “Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal.” (BRASIL, 2020)

uma correlação. Em consonância com o observado por Fonteles (2019, p. 210), as decisões recentes do STF sobre grandes desacordos morais não “causaram, mas inflamaram” as mudanças e reações. É possível fazer paralelo ao já citado caso *Dred Scott v Sandford* (1857), que obviamente não causou a Guerra Civil Americana por si só, mas foi um dos ingredientes que acabou por deflagrá-la.

Por um lado, é imperioso notar que algumas dessas decisões, mesmo com o seu caráter controverso e potencial gerador de reações, tiveram impactos positivos na sociedade no que tange a defesa dos direitos civis e constitucionais. Ao ampliar a possibilidade de abortamento de fetos anencefálicos, permite-se que a mulher tenha mais controle sobre seu corpo. Da mesma forma, ao permitir a união de casais homoafetivos, além de respeitar o direito de pessoas livres e capazes se relacionarem como bem entender, também ajuda a combater o preconceito na sociedade ao tornar essa união como algo legal.

Por outro, decisões em matéria criminal, que são vistas como “lenientes”, somadas ao grande número de assassinatos no Brasil nos últimos anos têm sido grande alvo de reação, tanto no campo legislativo (o próprio Pacote Anticrime nasceu dessa ideia), quanto no campo popular, que busca um discurso cada vez mais voltado à “Lei e Ordem”, também refletido nas eleições de 2018.

Quaisquer que sejam as consequências das decisões do STF, fato é que não se pode mais pensar o Direito no Brasil como algo isolado e restrito aos tribunais, legislação, doutrina e debates acadêmicos. A postura cada vez mais ativa do judiciário - em todos os temas - tem trazido uma resposta igualmente rápida da sociedade brasileira, que impulsionada pelas novas tecnologias, possuem um alcance e poder muito maior. Se no século passado era necessário esperar anos ou até décadas para verificar o alcance do efeito *backlash*, esse prazo hoje é muito menor, ainda mais se considerar a história política brasileira, repleta de inconstâncias legislativas, constitucionais e jurídicas.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A relação entre Direito e o fenômeno *Backlash* é uma construção que se dá de maneira contínua, considerando que as relações sociais estão cada vez mais dinâmicas e rápidas com a utilização das redes sociais em larga escala. Uma decisão polêmica rapidamente viraliza nas redes, e com isso, respostas virulentas são bradadas nesses mesmos campos.

Não obstante, dentro de toda a mutabilidade imprevisível e constante derivada das relações sociais contemporâneas, a pergunta maior se mantém imutável: Diante de um clamor social em reação ao que está posto nas Leis ou na Constituição, qual o papel do juiz? Os juízes devem considerar que uma decisão proferida contra ou a favor de um determinado grupo seja alvo de reações que forcem avanços retrocederem? Ou, mais ainda, qual o papel do próprio Direito?

Nessa trama complexa que é apresentada entre fato, valor e norma, um olhar cuidadoso sobre a literatura pode contribuir de forma grandiosa para uma melhor interpretação do que ocorre. O “Pequeno Juiz”, ao decidir de forma contrária à legislação que previa a pena de morte para o caso julgado por ele, se guiou pelos princípios do Direito. Mas sua decisão mudou alguma coisa na forma que aquela sociedade via a aplicação da pena de morte? A resposta é negativa. O fascismo italiano continuou a vigorar, assim como sua ideologia e legislação, só dando trégua após o movimento político ter sido derrubado por conta da Segunda Guerra Mundial.

No Brasil, apesar de Fonteles (2019, p. 210) afirmar que demorará décadas para sentirmos os efeitos do fenômeno *backlash*, vê-se que talvez esse tempo se abrevie em muitos anos. A troca de poder na chefia do Poder Executivo em 2018, assim como a alteração na composição do Congresso Nacional e a futura alteração no Supremo Tribunal Federal dão a impressão de um horizonte não muito favorável para a ampliação de direitos, especialmente se eles intentarem serem conquistados através da via jurisdicional.

Por isso, apesar da habitual morosidade do Congresso Nacional em

discutir temas que versam sobre questões polêmicas (como união homoafetiva, aborto, prisão em segunda instância, dentre outros), o momento na Corte Suprema parece mais alinhado com uma posição intermediária entre o posicionamento de Sunstein e os de Post e Siegel. Verifica-se, em terras brasileiras, um minimalismo judicial, ao se postergar julgamentos tormentosos pelo máximo de tempo possível (Vide ADPF 442, que versa sobre o aborto); mas quando são julgados, verifica-se uma atuação mais ativa do órgão julgador, que mesmo mostrando certa preocupação com as consequências da decisão, ainda assim decide de forma contundente e gerando grandes consequências no campo político-social fora do tribunal.

O fato é que não há resposta certa sobre como os tribunais devem agir, e o próprio STF passa por um momento turbulento, com muitas críticas que lhe são direcionadas. Dada a possibilidade de rápida reação no sentido de que o passo à frente vire dois passos para trás, é melhor refletir se realmente as mudanças sociais não são melhores nas mãos dos representantes do povo, via ações políticas no Congresso Nacional, afinal: mudanças sociais não acontecem em tribunais. E como já observara o “Pequeno Juiz” ao final da história: “- Para dizer a verdade, eu mesmo poderia ter evitado aquele processo [...]. Mas vi nele a questão de honra da minha vida, da honra de viver. – E conseguimos... O que poderá acontecer agora? – Nada de bom” (SCIASCIA, 1990, p. 79).

## REFERÊNCIAS

1. ASSIS, Fábio José Silva de; SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. Do protagonismo judicial aos diálogos institucionais: uma introdução ao constitucionalismo popular de Kramer, ao minimalismo de Sunstein e às teorias dialógicas de bateup e lineares. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 13, n. 2, p.267-296, ago. 2018.
2. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 845779**. Procuradoria Geral da República. Inteiro teor do acórdão. Data de julgamento: 19 de novembro de 2015. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2257978>. Acesso em 24 abr. 2020.
3. BRASIL. **Constituição. República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em 26 Nov. 2019.
4. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
5. CHUEIRI, V. K. de; MACEDO, J. A. C. . Teorias constitucionais progressistas, backlash e vaquejada. **SEQUENCIA**, v. 39, p. 123-150, 2019.
6. COUTINHO, J. N. M. . O lugar do poder do juiz em ‘Portas Abertas’, de Leonardo Sciascia. In: Lenio Luiz Streck; André Karam Trindade. (Org.). **Os modelos de juiz: ensaios de Direito e Literatura**. 1ed.São Paulo: Atlas, 2015, v. 1, p. 211-225.
7. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**, 30. ed.,São Paulo, Saraiva, 2011.
8. EUGENIA BUNCHRAFT, MARIA . Transsexualidade e o direito dos banheiros no STF: uma reflexão à luz de Post, Siegel e Fraser\*. **Revista Brasileira de Políticas Públicas** , v. 6, p. 222-243, 2016.
9. FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. – 9. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2017.
10. FONTELES, Samuel Sales. **Direito e backlash**. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.
11. KLARMAN, Michael. **Courts, social change and political backlash**. Philip A. Hart Lecture. Georgetown Law Centre, em 31 de março de 2011.
12. MARMELESTEIN, George. **Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: Reações Políticas à Atuação Judicial**. Disponível em <https://direitosfundamentais.net/2015/09/05/efeito-backlash-da-juris-dicao-constitucional-reacoes-politicas-a-atuacao-judicial/>. Acesso em 13 set. 2019
13. MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.
14. POST, Robert; SIEGEL, Reva. **Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Back-**

- lash. **Harvard Civil-Rights Civil-Liberties Law Review**, Cambridge: Harvard University, v. 42. p. 373-433, 2007
15. Alba Ruibal. Movement and counter-movement: a history of abortion law reform and the backlash in Colombia 2006–2014, **Reproductive Health Matters**, 42-51, 2014
  16. STRECK, Lenio Luiz. **Ciência Política e teoria geral do estado**. 3. ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, 195p.
  17. SUNSTEIN, Cass R. Backlash's Travels. **University of Chicago Public Law & Legal Theory**. Working Paper Nº. 157, 2007.
  18. TRINDADE, André Karam ; GUBERT, Roberta Magalhães ; COPETTI NETO, Alfredo . **Direito & Literatura: reflexões teóricas**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. v. 1. 226p
  19. TRINDADE, André Karam ; STRECK, Lenio Luiz . **Os modelos de juiz: ensaios de Direito e Literatura**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2015. 264p .
  20. VIEIRA, OSCAR VILHENA. Supremo-cracia. **Revista Direito FGV**, v. 4, p. 441-459, 2008.
  21. ZIEGLER, Mary. **Beyond Backlash: Legal History, Polarization, and Roe v. Wade**. 71 Wash. & Lee L. Rev. 969, 2014