



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO**

BRENDA AGUIAR VASCONCELOS

**UMA ANÁLISE DO EFEITO *BACKLASH* NO CONTEXTO JURÍDICO-POLÍTICO
BRASILEIRO ATUAL**

FORTALEZA

2017

BRENDA AGUIAR VASCONCELOS

UMA ANÁLISE DO EFEITO *BACKLASH* NO CONTEXTO JURÍDICO-POLÍTICO
BRASILEIRO ATUAL.

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará como requisito parcial à obtenção do bacharelado em Direito.

Área de concentração: Direito Constitucional.

Prof. Orientador Hugo de Brito Machado Segundo

FORTALEZA

2017

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária

Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

A227a Aguiar Vasconcelos, Brenda.
UMA ANÁLISE DO EFEITO BACKLASH NO CONTEXTO JURÍDICO-POLÍTICO BRASILEIRO
ATUAL. / Brenda Aguiar Vasconcelos. – 2017.
46 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito,
Curso de Direito, Fortaleza, 2017.

Orientação: Prof. Dr. Hugo de Brito Machado Segundo.

1. Backlash. 2. Supremo Tribunal Federal. 3. Direito Constitucional. I. Título.

CDD 340

BRENDA AGUIAR VASCONCELOS

UMA ANÁLISE DO EFEITO *BACKLASH* NO CONTEXTO JURÍDICO-POLÍTICO
BRASILEIRO ATUAL.

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará como requisito parcial à obtenção do bacharelado em Direito. Área de concentração: Direito Constitucional.

Aprovada em: ___/___/_____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Hugo de Brito Machado Segundo (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Gustavo César Machado Cabral
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. George Marmelstein Lima
Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7)

Aos meus pais, Maísa Linhares Vasconcelos e
Breno de Oliveira Vasconcelos.
À minha irmã, Mayra Aguiar Vasconcelos.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço à minha família, os quais sempre me incentivam a ser o melhor que eu posso, sempre acreditando no meu potencial e na minha capacidade de crescer. Em especial, agradeço à minha pequena irmã, que me ensina todos os dias a não desistir do que eu quero e a enfrentar os meus desafios.

Agradeço ao Prof. Hugo de Brito Machado Segundo, pela orientação e apoio dedicados à elaboração deste trabalho.

Agradeço aos participantes da banca examinadora, Prof. Gustavo César Machado Cabral, do qual tive a honra de ser monitora, e Prof. George Marmelstein Lima, que contribuiu imensamente para que este trabalho pudesse ser feito.

Agradeço a todos quem fazem parte da equipe do Teles e Alves Advogados Associados, os quais contribuíram imensamente para que este trabalho fosse feito, além de terem propiciado o ambiente em que cresci profissionalmente, e no qual tenho orgulho de afirmar que me formei advogada.

Por fim, aos meus amigos, pelo apoio e incentivo durante a elaboração da monografia.

RESUMO

O presente trabalho almeja estudar a ocorrência do fenômeno do *backlash* na ordem jurídica brasileira. O estudo foi baseado em pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, utilizando-se livros e artigos científicos sobre o tema. Analisa-se, inicialmente, o surgimento do fenômeno no direito estrangeiro, especialmente, nos Estados Unidos, estudando a sua conceituação. Em seguida, são estudados casos práticos estadunidenses em que teria ocorrido o *backlash*. Depois, é feita uma análise das teorias que estudam as consequências das posturas judiciais diante de casos polêmicos. Por fim, investigam-se as decisões brasileiras em que pode ter ocorrido o fenômeno *backlash*, apresentando o cenário jurídico-político em que tais decisões ocorreram.

Palavras-chave: *Backlash*. Supremo Tribunal Federal. Direito Constitucional.

ABSTRACT

This work aims to discuss the occurrence of the backlash phenomenon in the Brazilian legal system. The study was based on bibliographical and case law researches, and also books and scientific articles on the topic. Initially, this work analyzes the emergence of the phenomenon in the foreign law, especially in the United States, studying its conceptualization. Next, it explores the practical cases in which backlash has occurred. Then, an analysis is made out of the theories that study the consequences of judicial positions in controversial cases. Finally, this work investigates Brazilian decisions in which the backlash phenomenon may have occurred, presenting the juridical-political scenario in which such decisions were rendered.

Keywords: Backlash. Supreme Federal Court. Constitutional Right.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CF	Constituição Federal
EC	Emenda Constitucional
EUA	Estados Unidos da América
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
PEC	Projeto de Emenda Constitucional
PL	Projeto de Lei
RE	Recurso Extraordinário
STF	Supremo Tribunal Federal
TSE	Tribunal Superior Eleitoral
v.	<i>Versus</i>

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO.....	11
2.	CONCEITUAÇÃO DO TERMO <i>BACKLASH</i>	13
2.1	EFEITO <i>BACKLASH</i> NOS EUA: ANÁLISE DE CASOS PRÁTICOS.....	16
2.1.1	ROE V. WADE.....	17
2.1.2	OBERGEFELL V. HODGES.....	20
2.2	CONSEQUÊNCIAS DO ESTUDO DO <i>BACKLASH</i> NOS ESTADOS UNIDOS.....	23
3.	<i>BACKLASH</i> NO CENÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO.....	27
3.1	ANÁLISE DE CASOS PRÁTICOS.....	28
3.1.1	VERTICALIZAÇÃO PARTIDÁRIA.....	30
3.1.2	VAQUEJADA.....	33
3.1.3	ABORTO DO FETO ANENCÉFALO.....	36
4.	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	39
5.	REFERÊNCIAS.....	42

1 INTRODUÇÃO

No Brasil, houve o crescimento do ativismo judicial, passando o Poder Judiciário a decidir questões polêmicas, muitas vezes, evitadas pelos demais poderes, especialmente o Legislativo. Temas como casamento homoafetivo, descriminalização do uso da maconha, aborto e utilização de células-tronco estão sendo foco de amplo debate na arena judicial.

Ocorre que este movimento de hiperjudicialização de questões, as quais seriam de competência do Legislativo, tem gerado embate entres os Poderes, haja vista que o Judiciário está tomando o local de centralidade na decisão de temas polêmicos, local historicamente ocupado pelo Poder Legislativo.

Diante deste cenário, o Poder Legislativo passou a adotar postura mais ativa com o objetivo de esvaziar as decisões que, na sua visão, extrapolariam a competência judicial. A referida postura é realizada por meio de leis promulgadas com o objetivo exclusivo de mudar diametralmente o estabelecido pelo *decisum*.

Este “jogo democrático” ocorrido entre o Poder Legislativo e o Judiciário já vem sendo estudado pela doutrina estadunidense, existindo diversos casos da Suprema Corte dos EUA em que ocorreu forte embate entre os dois Poderes. Nesses *leading cases*, a Suprema Corte teria adotado posturas tidas como contramajoritárias, o que teria ocasionado, na opinião de alguns cientistas jurídicos (como exemplo, Sunstein), uma maior resistência à aceitação da implementação destes direitos. Tal fenômeno recebeu o nome de *backlash*, caracterizando-se, resumidamente, como a reação a uma decisão polêmica.

Dessa forma, o efeito em questão consiste na seguinte lógica: o Poder Judiciário profere decisão polêmica, envolvendo pontos, na sua maioria, evitados pelo Poder Legislativo, a qual não atenderia a ânsia da maioria, sendo contramajoritária. Assim, como consequência da decisão, o Poder Legislativo busca meios de contornar o estabelecido pelo *decisum*.

A questão central presente neste trabalho é realizar um estudo comparado dos casos ocorridos nos Estados Unidos, em que a doutrina aponta a ocorrência do *backlash*, com o objetivo de observar se o referido fenômeno vem ocorrendo no Brasil, em razão de decisões polêmicas recentes.

Inicialmente, será feito um estudo da conceituação do termo *backlash* tanto na doutrina estrangeira, principalmente na estadunidense, como na doutrina nacional que estuda o tema, buscando as definições que melhor explicam o fenômeno, com o escopo de entender a

sua lógica.

Em seguida, abordar-se-ão casos práticos dos Estados Unidos em que teriam ocorrido o fenômeno, observando os efeitos adversos decorrentes, estudando-se a postura adotada pelas partes envolvidas, tanto a favorável à decisão, como as que buscam desconstituí-la. Almeja-se descobrir se as reações adversas que sobrevieram no contexto jurídico-político seriam, exclusivamente, em decorrência da postura ativista adotada pela Suprema Corte, ou se seriam consequência de uma conjuntura que já vinha se delineando no cenário político do referido país. Foram escolhidos dois casos de grande polêmica e reviravoltas: aborto e casamento gay.

Posteriormente, serão analisados os posicionamentos defendidos pelos juristas estadunidenses a serem adotados pelos juízes diante de decisões polêmicas. Alguns defendem uma postura mais minimalista, devendo o magistrado focar exclusivamente na resolução do conflito, outros proclamam que o juiz não pode deixar de resolver as questões polêmicas, esperando uma solução do Poder Legislativo, muitas vezes, ineficiente, a fim de não prejudicar a parte beneficiada pela decisão.

Será feito, ainda, um estudo da possível ocorrência do referido fenômeno no Brasil, haja vista que, apesar de serem regimes jurídicos diferentes – *civil law* no Brasil e *common law* nos Estados Unidos -, o crescimento do Poder Judiciário na resolução de temas polêmicos tornaria plausível um estudo comparado.

Nesse contexto, serão esmiuçados três casos em que podem ter havido uma contrarreação agressiva por parte do Poder Legislativo em decorrência de uma decisão judicial. São eles: verticalização partidária, vaquejada e aborto de anencéfalo, buscando-se, ao final, concluir se será o caso do fenômeno *backlash*.

Por fim, serão apresentadas as conclusões obtidas por meio do estudo comparativo, analisando as consequências das decisões ativistas, bem como das contrarreações do Poder Legislativo.

2 CONCEITUAÇÃO DO TERMO *BACKLASH*

O termo *backlash*, segundo descrição feita por Linda Krieger¹ com base em significação dada pelo *Webster's Third New International Dictionary*, é a imagem de um carretel de pesca que tem sido encoberto - que tem ido à frente de si mesmo - e, por essa razão, se tornou um emaranhado. Dessa forma, conforme a autora, o *backlash* relaciona-se com uma parte de um processo ou mecanismo que fica muito à frente de outro, sobrepondo-o.

Ainda buscando definir o referido termo, o Dicionário de Cambridge², de inglês britânico, conceitua-o como “um sentimento forte entre um grupo de pessoas em reação a uma mudança ou um evento recente na sociedade ou na política”. Nesse sentido, o vocábulo seria uma reação a algum estímulo, uma espécie de ricochete.

Em termos jurídicos, para os professores estadunidenses, Post e Siegel³, *backlash* expressa o desejo de um povo livre de influenciar o conteúdo de sua Constituição, mas que também ameaça a independência do Direito. Para eles, *backlash* é onde a integridade do Estado de Direito se choca com a necessidade da Ordem Constitucional de legitimidade democrática.

Já Greenhouse e Siegel⁴ apontam que a contramobilização e a intensificação de conflitos (muitas vezes referido como *backlash*) é uma resposta normal ao crescente apoio público à mudança que pode ter uma relação com o *judicial review*. Cass Sunstein⁵ define o referido efeito como a intensa e contínua desaprovação pública de uma decisão judicial, acompanhada de medidas agressivas para resistir a esta decisão, buscando retirar sua força jurídica.

Ainda sobre a conceituação dada pelos juristas do termo em estudo, expõe a Professora Krieger que:

Minha premissa central é simples: *backlash* é sobre a relação entre um regime legal promulgado para efetuar a mudança social e o sistema de normas existentes e práticas institucionalizadas nas quais ele é introduzido. Especificamente, *backlash*

¹ KRIEGER, Linda Hamilton. Afterword: Socio-Legal Backlash. In: **Berkeley Journal of Employment and Labor Law**, v. 21, n. 1, 2000, p. 476-477.

² BACKLASH. Dicionário online de Cambridge. Disponível em <<http://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/backlash>>. Acesso em 5 abr. 2017.

³ POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage. Democratic Constitutionalism and Backlash. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, 2007; Yale Law School, Public Law Working Paper, nº 131, p. 4.

⁴ GREENHOUSE, Linda e SIEGEL, Reva. Before (and after) Roe v. Wade: New questions about backlash. **Yale Law Journal**, Yale, v. 120, n. 8, 2011. Disponível em: <<http://www.yalelawjournal.org/feature/before-and-after-roe-v-wade-new-questions-aboutbacklash>>. Acesso em: 15 jan. 2017. p. 2077.

⁵ SUNSTEIN, Cass R. Backlash's Travels. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, v. 42, março 2007, p. 436.

tende a surgir quando a aplicação de um regime legal transformador gera resultados que divergem, muito fortemente, de normas e instituições arraigadas, às quais segmentos influentes da população retêm fidelidade forte e consciente. Em algumas situações, essas normas e instituições podem ser aquelas diretamente atingidas pela nova lei. Em seu núcleo, *backlash* é sobre a relação entre um regime jurídico transformador e as normas sociais tradicionais e práticas institucionalizadas que ele implica.⁶

No Brasil, o vocábulo em voga foi conceituado por George Marmelstein como “uma reação adversa não-desejada à atuação judicial (...) é, literalmente, um contra-ataque político ao resultado de uma deliberação judicial”⁷. Esclarece o jurista, ainda, que o objetivo do ataque não é o fundamento jurídico da decisão judicial, mas a vertente ideológica que circunda o tema objeto da decisão⁸.

Já Marianna Montebello Willeman⁹ o define “como o movimento de intensa reprovação ou rejeição de uma decisão judicial, acompanhado da adoção de medidas de resistência tendentes a minimizar ou a retirar sua carga de efetividade”.

Permanecendo na temática, o professor brasileiro Carlos Bolonha¹⁰ define o fenômeno em estudo como uma prática utilizada pela opinião pública de contestação normativa das decisões judiciais em âmbito constitucional, buscando influenciar o conteúdo das normas constitucionais, conferindo maior grau de legitimidade democrática à jurisdição constitucional. Maria Bunchaft¹¹ traduz o termo *backlash* para “refluxo social”, conceituando-o como uma série de efeitos inspirados por uma postura ativista de juízes ou de um Tribunal.

⁶ Tradução livre do original em inglês: “My central premise is simple: backlash is about the relationship between a legal regime enacted to effect social change and the system of existing norms and institutionalized practices into which it is introduced. Specifically, backlash tends to emerge when the application of a transformative legal regime generates outcomes that diverge too sharply from entrenched norms and institutions to which influential segments of the relevant population retain strong, conscious allegiance. In some situations, these norms and institutions may be those directly targeted by the new law. At its core, backlash is about the relationship between a transformative legal regime and the traditional social norms and institutionalized practices it implicates.”. KRIEGER, Linda Hamilton. Op. cit. p. 477.

⁷ MARMEELSTEIN, George. **Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas ao ativismo judicial**. Texto-base de palestra proferida durante o Terceiro Seminário Ítalo-Brasileiro, proferida em outubro de 2016, em Bolonha-Itália.

⁸ MARMEELSTEIN, George. Op. cit. p. 2-4.

⁹ WILLEMANN, Marianna Montebello. Consitucionalismo Democrático, Backlash e resposta legislativa em matéria constitucional no Brasil. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 33, janeiro/fevereiro/março de 2013. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-33-JANEIRO-2013-MARIANNA-WILLEMANN.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2017.

¹⁰ BOLONHA, Carlos; GANEM, Fabrício e 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.

¹¹ BUNCHAFT, Maria Eugenia; LIMBERGER, Têmis e CRISTIANETTI, Jessica. O refluxo em Roe versus Wade: uma reflexão à luz do diálogo entre Constitucionalismo Democrático e Minimalismo judicial. **Pensar-Revista de Ciências Jurídicas**, v. 21, n. 3, p. 987-1011, set./dez. 2016, p. 994.

Dessa forma, pode-se resumir o efeito *backlash* como uma forma de reação a uma decisão judicial, a qual, além de dispor de forte teor político, envolve temas considerados polêmicos, que não usufruem de uma opinião política consolidada entre a população. Em decorrência desta divisão ideológica presente de forma marcante, a parte “desfavorecida” pelo *decisum* faz uso de outros meios para deslegitimar o estabelecido ou tentar contorná-lo. Em suma, *backlash* relaciona-se com alguma forma de mudança de uma norma imposta.

Ao se observar todas as formas de conceituação deste fenômeno supramencionadas, pode-se concluir que a concepção do vocábulo dependerá da visão que o estudioso dispõe em relação às consequências do *backlash*. Consoante será abordado em linhas posteriores, Cass Sunstein¹² não vê como positivo o forte ativismo judicial, haja vista que, na sua visão, mudanças abruptas deveriam passar por um processo “mais democrático”, o que ocorreria, por exemplo, se fosse aprovada uma lei pelo Congresso dos Estados Unidos permitindo o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Em contraposição à visão mais negativa do referido professor de Harvard, Post e Siegel¹³ atribuem teor mais positivo ao fenômeno em estudo; consoante disposto acima, ele é conceituado com um forte viés representativo, afinal, em suas palavras, é o desejo do povo de influenciar o conteúdo constitucional.

Com o escopo de melhor compreender o efeito *backlash*, é fundamental destacar um breve resumo feito por Marmelstein¹⁴, o qual descreve, de forma sucinta, como ocorre o fenômeno, observe-se:

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.

¹² SUNSTEIN, Cass R. Op. cit. p. 1-22.

¹³ POST, Robert; SIEGEL, Reva. Op. cit. p. 4.

¹⁴ MARMELSTEIN, George. Op. cit. p. 5-7.

Assim, os opositores ao novo regime legal instaurado rejeitam publicamente alguns dos elementos centrais, fundamentando a sua rejeição em afirmações de legitimidade ou superioridade do quadro social-legal anterior¹⁵, objetivando, consoante exposto acima, deslegitimar o *decisum*. Para Krieger¹⁶, o objetivo de subverter o novo regime instaurado geraria efeitos como: tentativas de limitar a classe beneficiada pelo novo regime legal, alegações de que a aplicação das novas regras legais está resultando, sistematicamente, em resultados injustos, absurdos ou de outra forma normativamente indesejáveis, além de ataques retóricos e outras tentativas de deslegitimar agentes de aplicação da lei.

Portanto, a decisão judicial, a qual buscava proporcionar direitos às minorias, atinge, muitas vezes, o contrário do que objetivava, gerando, como efeito colateral, insatisfação por parte da população mais conservadora, o que propicia um ambiente possível de derrocar os direitos arduamente adquiridos, tendo como consequência mais forte o retrocesso.

Neste cenário, analisar-se-ão a seguir *leading cases* do Direito Estadunidense em que o efeito *backlash* pode ter ocasionado consequências graves para os beneficiários da decisão judicial, o que pode ter atrasado, na opinião de alguns juristas, em anos o alcance “democrático” dos direitos pleiteados. Já na visão de outros estudiosos, as decisões teriam possibilitado a visibilidade destes pleitos minoritários, o que gerou o debate e, posteriormente, a sua aceitação.

2.1 Efeito *backlash* nos EUA: análise de casos práticos

Os Estados Unidos, consoante ressaltado acima, adotam o *common law* como modelo de sistema jurídico, em decorrência da sua origem britânica. Importante esclarecer que nem todos os estados adotam este sistema, sendo a exceção Luisiana¹⁷, a qual adota o *civil law* em razão da grande influência francesa no referido ente federado, haja vista ter sido colonizado pelo referido país europeu, pautando seu *civil code* no Código de Napoleão.

Assim, a principal fonte formal do Direito Estadunidense é o conjunto dos precedentes judiciais produzido pelos tribunais, ao lado da lei e dos costumes. É muito importante para o referido direito estrangeiro o *stare decisis*¹⁸, o qual tem como origem a

¹⁵ KRIEGER, Linda Hamilton. Op. cit. p. 493.

¹⁶ KRIEGER, Linda Hamilton. Op. cit. p. 493.

¹⁷ UNITED STATES OF AMERICA. Louisiana Civil Code Online. Disponível em: <<https://www.law.lsu.edu/clo/louisiana-civil-code-online/>>. Acesso em: 07 abr. 2017.

¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. APROXIMAÇÃO CRÍTICA ENTRE AS JURISDIÇÕES DE CIVIL LAW E

expressão latina *stare decisis et non quieta movere*, a qual significa respeitar o que foi decidido, baseando, portanto, o respeito aos precedentes judiciais.

Neste sistema, há um claro destaque da figura do juiz, diferente da visão do magistrado apenas aplicador da norma exaltada pela doutrina francesa, principalmente, na época da Revolução de 1789¹⁹ em razão da forte desconfiança com os juízes por terem-se posicionado a favor da monarquia vigente²⁰. Dessa forma, por não ter ocorrido nos Estados Unidos uma ruptura revolucionária nos moldes franceses, o papel do juiz como intérprete da Constituição é respeitado e observado.

É, nesse contexto, que há margem para uma situação de embate entre o Poder Legislativo e Poder Judiciário, o que pode gerar o efeito *backlash* como consequência das decisões judiciais polêmicas.

2.1.1 Roe v. Wade

Norma L. McCorvey (Jane Roe) tentou obter autorização para abortar no estado do Texas, alegando que teria sido estuprada. Ocorre que, como não havia nenhum relato na polícia, comprovando a existência do crime, seu pedido de aborto foi negado. Em decorrência deste cenário, Roe ajuizou uma *class action*, desafiando a constitucionalidade das leis de aborto do Texas, mantendo a alegação de que teria sido estuprada.

A Suprema Corte²¹ decidiu que a mulher, pautada no direito à privacidade presente no *due process clause* previsto na Décima Quarta Emenda, poderia decidir sobre a continuidade da gravidez. No entanto, esse interesse da mulher poderia ser balanceado com o interesse do Estado na proteção da saúde da mulher e da potencialidade da vida humana.

A questão que circunda a decisão proferida pela Suprema Corte em Roe envolve o fato de que alguns teóricos (Klarman e Sunstein, por exemplo) apontam que a postura ativista da corte teria prejudicado o direito à escolha da mulher, uma vez que ainda existiria muita controvérsia nos Estados Unidos envolvendo o aborto. Diante deste cenário, o uso da decisão pelos Republicanos como uma forma de atrair os eleitores mais conservadores (a exemplo dos

DE COMMON LAW E A NECESSIDADE DE RESPEITO AOS PRECEDENTES NO BRASIL. **Revista da Faculdade de Direito Ufpr**, [s.l.], v. 49, p.11-58, 31 dez. 2009. Universidade Federal do Parana.

¹⁹ LOPES FILHO, Juraci Mourão. Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 33-35.

²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit. p. 18-19.

²¹ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Petition for the Writ of Certiorari**. Roe v. Wade. 410 U.S. 113 / 1973. Jane Roe, et al., v. Henry Wade, District Attorney of Dallas County. Opinião Majoritária: Harry Blackmun. Washington, District of Columbia. Julgado em 22 jan. 1973;

Católicos e Protestantes) teria sido fator essencial de influência nas eleições seguintes à decisão²².

Contraopondo esta visão de que a responsabilidade quase exclusiva pelo *backlash* ocorrido, envolvendo a temática do aborto, seria da decisão em Roe, Post e Siegel defendem que esta visão de culpabilidade exclusiva é extremamente simplificada, subjugando diversos outros fatos sociais que contornam a questão do aborto²³.

Os referidos professores de Yale defendem que a mobilização política contra a liberalização do aborto começou muito antes da decisão da Suprema Corte²⁴. O movimento feminista já argumentava pelo direito da mulher em decidir pelo aborto ou não em meados de 1970, o que gerou muita oposição religiosa em defesa dos valores da família tradicional²⁵.

Apona-se, nesse contexto, que Roe foi decidido pela Suprema Corte como reflexo do auge do movimento feminista dos EUA e das lutas pelos direitos civis²⁶, ou seja, as grandes mobilizações contra e a favor do aborto já existiam antes da decisão.

A grande questão apontada por Post e Siegel é o fato de que Roe foi utilizado como uma vantagem estratégica pelo Republicanos, como uma alavanca para redefinir as lealdades partidárias. Os estrategistas associaram o triunfo de Roe com a destruição dos valores da família tradicional²⁷. Neste sentido, importante destacar as palavras dos mencionados professores:

Em resumo, estudos recentes sobre a década de 1970 sugerem que a resistência à liberalização do aborto começou antes de Roe como um movimento, em grande parte, católico; Que não foi até alguns anos depois de Roe que um número significativo de protestantes evangélicos se juntou a um movimento pan-cristão que se opôs ao aborto como símbolo do humanismo secular e desintegração dos valores familiares; E que este movimento assumiu forma política com a liderança e os recursos de estrategistas Republicanos conservadores como Paul Weyrich. O *backlash* a questão do aborto que traumatizou liberais reflete uma visão constitucional que preservaria os papéis familiares tradicionais e resistiria à secularização do Estado americano. Weyrich, Schlafly e outros atores politicamente sofisticados foram capazes de associar simbolicamente essa visão à oposição a Roe. Essa visão constitucional continua a estruturar *Roe rage* de hoje.²⁸

²² POST, Robert; SIEGEL, Reva. Op. cit. p. 39-45.

²³ POST, Robert; SIEGEL, Reva. Op. cit. p. 39-40.

²⁴ POST, Robert; SIEGEL, Reva. Op. cit. p. 41.

²⁵ POST, Robert; SIEGEL, Reva. Op. cit. p. 50-51.

²⁶BUNCHAFT, Maria Eugenia e RADKE, Rafael Wagner. **ROE V. WADE: Os pontos de vista do Constitucionalismo Democrático e do Minimalismo Judicial**. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=fea68355a2b250eb>>. Acesso em: 18 fev. 2017

²⁷ POST, Robert; SIEGEL, Reva. Op. cit. p. 52.

²⁸Tradução livre do original em inglês: “In summary, recent scholarship on the 1970s suggests that resistance to the liberalization of abortion began before Roe as a largely Catholic movement; that it was not until some years after Roe that significant numbers of Protestant evangelicals joined a pan-Christian movement opposing abortion as a symbol of secular humanism and disintegrating family values; and that this movement assumed political

Greenhouse e Siegel argumentam que o *backlash* relativo à questão do aborto foi um processo que se delineou na história estadunidense anos antes da decisão em Roe, em decorrência do realinhamento dos Partidos Político entorno da questão da religião, da política, da vida e do direito de escolha²⁹.

Nesse sentido, muito antes de Roe, os estrategistas, como uma forma de atrair conservadores e os eleitores católicos, os quais tradicionalmente se aliavam aos Democratas, aconselharam Nixon a adotar uma postura contrária ao aborto. Além disso, o candidato Republicano deveria taxar McGovern, seu oponente, como radical, associando-o a movimentos ainda jovens que não dispunham de tanto apoio popular, a exemplo do movimento feminista³⁰.

É essencial colacionar os números apresentados por Greenhouse e Siegel, de acordo com a empresa de pesquisa de opinião dos EUA, Gallup poll, na metade de 1972, 64% dos estadunidenses apoiavam a descriminalização do aborto, já 56% dos católicos compreendiam que o aborto deveria ser decidido pela mulher e seu médico³¹. Estes números demonstram que, mesmo antes da decisão, já existia uma divisão relativa ao apoio ou não, mesmo os católicos não eram, na sua maioria, desfavoráveis ao direito de escolha da mulher.

Diante deste cenário, pode-se concluir que a decisão da Suprema Corte envolvendo a temática do aborto não foi a única responsável pela reação ocasionada posteriormente. A bem da verdade, o contexto de mobilização favorável ao aborto e contrária ao aborto já se delineava muito antes do *decisum*.

Sendo, assim, o estudo histórico dos professores estadunidenses supramencionados demonstram que Roe decorreu do anseio de parte significativa da população dos Estados Unidos que acreditava no direito à escolha e de livre disposição da mulher. No contexto atual, uma parte do movimento *pro-life* tenta flexibilizar a decisão proferida pela Corte, fazendo uso do argumento de que o direito à liberdade religiosa deveria ser, também, respeitado³².

shape with the leadership and resources of conservative Republican strategists like Paul Weyrich. The antiabortion backlash that has so traumatized liberals reflects a constitutional vision that would preserve traditional family roles and resist secularization of the American state. Weyrich, Schlafly, and other politically sophisticated actors were able symbolically to associate this vision with opposition to Roe. This constitutional vision continues to structure Roe rage today.” POST, Robert; SIEGEL, Reva. Op. cit. p. 55-56.

²⁹ GREENHOUSE, Linda e SIEGEL, Reva. Op. cit. p. 2030-2031.

³⁰ GREENHOUSE, Linda e SIEGEL, Reva. Op. cit. p. 2033.

³¹ GREENHOUSE, Linda e SIEGEL, Reva. Op. cit. p. 2058.

³² BUNCHAFT, Maria Eugenia; LIMBERGER, Têmis e CRISTIANETTI, Jessica. O refluxo em Roe versus Wade: uma reflexão à luz do diálogo entre Constitucionalismo Democrático e Minimalismo judicial. Pensar-Revista de Ciências Jurídicas, v. 21, n. 3, p. 987-1011, set./dez. 2016. p. 990.

2.1.1 *Obergefell v. Hodges*

Em *Obergefell v. Hodges*³³, a Suprema Corte dos Estados Unidos reconheceu, por cinco votos a quatro, que o direito ao casamento é um direito fundamental garantido, também, a casais do mesmo sexo pelo *due process clause* e *equal protection clause* da Décima Quarta Emenda à Constituição. Foi determinado, dessa forma, aos estados que reconhecessem a validade desses casamentos.

Nesse sentido, importante ressaltar que o presidente da Suprema Corte, *justice* Roberts, divergiu da decisão majoritária, usando como motivação o posicionamento do *justice* Ginsburg em *Roe*, o qual alertou dos riscos das contrarreações a decisões polêmicas. Ocorre que Michael Klarman, o qual defende o Minimalismo Judicial – ponto que será melhor explicitado adiante - ou seja, a adoção de uma postura mais cautelosa pelos juízes, discordou da argumentação do *justice* Ginsburg. Na época de *Obergefell*, o professor argumentou que a Corte poderia decidir a questão do casamento sem se preocupar com o *backlash*, pois já havia apoio público maioritário para o casamento.³⁴

Com o escopo de entender o posicionamento de Klarman, é essencial realizar um estudo do contexto histórico estadunidense que levou à decisão “menos conflituosa” em *Obergefell*. Em 1986, a Suprema Corte decidiu, em *Bowers v. Hardwick*, que era permitido aos estados a criminalização de relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo. Apenas em 2003, a Corte mudou o entendimento relativo à (*overruled*) *Bowers*, decidindo, em *Lawrence v. Texas*, que as leis que criminalizam a sodomia homossexual negam aos gays dignidade, liberdade e igualdade protegidos pela *due process clause*.³⁵

Neste contexto, Siegel destaca que:

O debate matrimonial se desenrolou no meio desse tumulto. Na década de 1990, os tribunais começaram a reconhecer os direitos dos casais do mesmo sexo para se casarem sob as constituições dos estados, primeiro no Havaí e no Alasca. Mas os cidadãos se mobilizaram contra essas primeiras decisões estatais. Em 1996, o Congresso promulgou a Lei de Defesa do Casamento, que definiu o casamento, para fins de imposto federal e benefícios de lei, como a união de um homem e uma mulher e permitiu que os estados se recusassem a reconhecer uniões do mesmo sexo

³³ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Petition for the Writ of Certiorari**. *Obergefell v. Hodges*. 576 U.S. James Obergefell, et al., Petitioners v. Richard Hodges, et al. Voto de Justice Kennedy. Opinião Majoritária: Justice Kennedy. Washington D.C. Julgado em 26 jun. 2015.

³⁴ SIEGEL, Reva. **Same-sex marriage and backlash: constitutionalism through the lens of consensus and conflict**. The lecture was delivered on 16 March 2016. Disponível em: < <http://diana-n.iue.it:8080/handle/1814/41324>>. Acesso em 19 mar. 2017. p. 3.

³⁵ SIEGEL, Reva. Op. cit. p. 1.

solenizado em outros estados. Logo depois, os cidadãos derrubaram as decisões do Havaí e do Alasca, alterando suas constituições estaduais para definir o casamento como uma relação entre um homem e uma mulher.³⁶

Esta situação de embate entre concessão e retirada de direitos dos homossexuais se prolongou, refletindo-se nas decisões prolatadas pela Corte. Desde a decisão da Suprema Corte do Havaí de 1993, em *Baehr v. Lewin*, que preconizava a legalização do casamento entre pessoas do mesmo sexo nesse estado, várias medidas de rejeição foram promulgadas³⁷. No próprio Havaí inclusive, grupos locais pressionaram a legislatura estadual por um estatuto esclarecendo que o casamento era apenas destinado para casais de sexo oposto³⁸.

Neste sentido, importante colacionar os dados apontados por Schacter³⁹:

Entre 1995 e novembro de 2003, quando *Goodridge* foi decidido, mais trinta e seis estados seguiram a liderança de Utah e aprovaram medidas que restringiam o casamento para casais do mesmo sexo de uma forma ou de outra, e as medidas geralmente passavam por amplas margens. O formulário dominante era um estatuto, passado por uma legislatura do estado, que definisse o casamento dentro do estado como entre um homem e uma mulher, proibido o reconhecimento de todo o casamento entre pessoas do mesmo sexo ocorrido em um outro estado, ou ambos.

Em 2003, a Suprema Corte de Massachusetts decidiu em *Goodridge v. Department of Public Health* que negar licenças de casamento para casais do mesmo sexo violava a Constituição do referido estado. Os estadunidenses, no entanto, mobilizaram-se, novamente, para bloquear a disseminação do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Em resposta à decisão, segundo Siegel, na maioria dos estados, os cidadãos promulgaram uma onda de leis e de emendas constitucionais estaduais que proibiam o casamento deste tipo.⁴⁰

Em maio de 2008, a Suprema Corte da Califórnia anulou uma lei que proibia o casamento entre pessoas do mesmo sexo, desencadeando manchetes nacionais e

³⁶ Tradução do original em inglês: “The marriage debate unfolded in the midst of this tumult. In the 1990s, courts began to recognize the rights of same-sex couples to marry under state constitutions, first in Hawaii and Alaska. But citizens mobilized against these early state decisions. In 1996, Congress enacted the Defense of Marriage Act, which defined marriage for purposes of federal tax and benefits law as the union of a man and a woman and allowed states to refuse to recognize same-sex unions solemnized in other states. Soon after, citizens overturned the Hawaii and Alaska decisions by amending their state constitutions to define marriage as a relationship between a man and a woman.”. SIEGEL, Reva. Op. cit. p. 1.

³⁷SCHACTER, Jane S. Courts and the politics of backlash: Marriage equality litigation, then and now. *In: Southern California Law Review*. v. 82, p. 1153-1289, 2009. p. 1153-1155.

³⁸ SCHACTER, Jane S. Op. cit. p. 1183-1184.

³⁹ Tradução do original em inglês: “Between 1995 and November 2003, when *Goodridge* was decided, an additional thirty-six states followed Utah's lead and passed measures restricting marriage for same-sex couples in one way or another, and the measures generally passed by wide margins. The dominant form was a statute, passed by a state legislature, that defined marriage within the state as between one man and one woman, banned recognition of any same-sex marriage performed in another state, or did both.”. SCHACTER, Jane S. Op. cit. p. 1185.

⁴⁰ SIEGEL, Reva. Op. cit. p. 1.

internacionais. A decisão em *In re Marriage Cases* seguiu o Tribunal Supremo de Massachusetts de 2003.⁴¹ Ocorre que, como *backlash* à decisão, surgiu a Proposição 8, que almejava a alteração da Constituição do Estado da Califórnia, com o objetivo de banir o casamento entre pessoas do mesmo sexo. A referida Proposição foi aprovada por 52% dos votos em menos de seis meses após a decisão.⁴²

Apesar de todo este contexto com viés fortemente negativo para o casamento entre pessoas do mesmo sexo, é importante observar que, à medida que todos estes embates ocorriam, cada vez mais se popularizava a discussão ao redor do *samesex marriage*, o que possibilitou a diminuição do efeito contrário em Obergefell. Afinal, há mais de 20 anos se discutia, nas Cortes Judiciais e nos Parlamentos, o direito à igualdade dos homossexuais, demonstrando-se que o casamento gay não acabaria com a família, nem com a religião ou qualquer outra argumentação conservadora extremista.

Reva Siegel esclarece a essencialidade das discussões ocorridas antes de Obergefell:

As primeiras decisões dos tribunais amplificaram as reivindicações das minorias: as decisões judiciais tornaram visíveis e audíveis os pedidos de casamento entre pessoas do mesmo sexo que não estavam no processo legislativo ordinário; Para melhor ou para pior, decisões judiciais colocaram o casamento entre pessoas do mesmo sexo na agenda pública. Goodridge e outras decisões dos tribunais estaduais antigos criaram verdadeiros casais casados de pessoas do mesmo sexo e, por meio desses modelos, permitiram que a nação aprendesse a explorar as consequências do casamento entre pessoas do mesmo sexo para as relações entre pessoas do mesmo sexo e para a comunidade maior.⁴³

Pode-se, assim, concluir, após a breve análise do contexto histórico das decisões ressaltadas acima, que, embora alguns estudiosos acreditem que o *backlash* deva ser evitado acima de qualquer possibilidade, haja vista a grande chance de forte reação adversa, ao fim e ao cabo, em decorrência das decisões polêmicas da Corte e, muitas vezes, contramajoritárias, foi que se passou a discutir e a aceitar, nos Estados Unidos, os direitos dos gays.

⁴¹SCHACTER, Jane S. Op. cit p. 1153.

⁴² SCHACTER, Jane S. Op. cit. p. 1153.

⁴³ Tradução livre do original em inglês: “The early court decisions amplified minority claims: Court decisions made claims for samesex marriage visible and audible in ways they were not in the ordinary legislative process; for better or for worse, court decisions put same-sex marriage on the public agenda. The early court decisions helped legitimate unconventional claims: Court decisions changed the conditions of debate about same-sex marriage in a variety of ways. Role modeling: Goodridge and other early state court decisions created actual married same-sex couples, and through these actual role models allowed the nation to learn: To explore the consequences of same-sex marriage for same-sex relationships, for children, and for the larger community.” SIEGEL, Reva. Op. cit. p. 5.

A arena constitucional pode funcionar, portanto, como um local de lutas por reconhecimento, sendo, por meio das discussões relativas às decisões prolatadas, que os indivíduos expõem publicamente suas aspirações normativas⁴⁴, possibilitando que mais de uma vertente sobre o caso seja ouvida, não havendo espaço somente para a opinião dominante no tema, o que abre caminho para as mudanças.

Diante das consequências das decisões da Suprema Corte, consoante vislumbrado anteriormente, foram desenvolvidas, nos Estados Unidos, teorias relativas ao posicionamento do magistrado perante situações conflituosas ainda não firmadas na sociedade. Dessa forma, a seguir, será feita uma breve diferenciação entre estes posicionamentos.

2.2 Consequências do estudo do *backlash* nos Estados Unidos

Perante este cenário de tensão política, os professores estadunidenses passaram a estudar as decisões judiciais e os seus efeitos diante da sociedade. Foram, assim, desenvolvidas duas vertentes de posicionamento do magistrado diante de casos polêmicos: o Minimalismo Judicial e o Constitucionalismo Democrático.

De acordo com Michael Klarman, decisões polêmicas, citando como exemplo *Brown*⁴⁵ e *Goodridge*, produzem *backlash* por conta de três razões principais: “eles elevam a relevância de uma questão, incitam a raiva por ‘interferência externa’ ou ‘ativismo judicial’ e alteram a ordem em que a mudança social de outra forma teria ocorrido”⁴⁶. Dessa forma, para Klarman, decisões judiciais sobre questões que envolvem muita polêmica vão produzir grande resistência, ocasionando um retrocesso em relação ao direito beneficiado pela decisão, tendo efeitos imprevisíveis na política⁴⁷.

Para o professor de Harvard⁴⁸, os juízes não conseguem atingir, nestes casos, uma posição que agrade as partes envolvidas, não sendo o local apropriado para a implementação

⁴⁴ BUNCHAFT, Maria Eugenia e RADKE, Rafael Wagner. Op. cit. p. 16.

⁴⁵ *Brown v. Board Education* (347 U.S. 483, 1954) – A Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que a segregação racial nas escolas públicas violava a Décima Quarta Emenda à Constituição, que proíbe os estados de negarem igual proteção das leis a qualquer pessoa dentro de suas jurisdições.

⁴⁶ Traduzido do original em inglês: “Court rulings such as *Brown* and *Goodridge* produce political backlashes for three principal reasons: They raise the salience of an issue, they incite anger over ‘outside interference’ or ‘judicial activism,’ and they alter the order in which social change would otherwise have occurred.” KLARMAN, Michael. *Brown and Lawrence (and Goodridge)*. In: **Michigan Law Review**, v. 104, n. 3, p. 431-489, 2005. p. 473.

⁴⁷ KLARMAN, Michael. *Courts, Social Change, and Political Backlash*. In: **Hart Lecture at Georgetown Law Center**, March 31, 2011 – Speaker’s Notes. Disponível em: <<http://tinyurl.com/bz4cwqk>>. Acesso em: 20 fev. 2017. p. 2.

⁴⁸ KLARMAN, Michael. Op. cit. p. 6-10.

de direitos que ainda não dispõem de uma posição firmada. Na sua visão minimalista, o juiz não deveria, naquele momento, julgar a questão polêmica, deixando a situação sem resposta até que a consciência social tenha conseguido amadurecer o tema.

Nesse sentido, é também o pensamento de Cass Sunstein, o qual defende que, em julgamentos polêmicos, a decisão judicial deve abordar apenas os pontos necessários para resolver o caso concreto, a fim de evitar tecer considerações morais e filosóficas, pois, na sua visão, este papel seria melhor exercido no espaço político, local democrático adequado para tanto, evitando-se, assim, conflitos.⁴⁹

Sunstein aponta cinco motivos pelos quais se deve apoiar a postura minimalista do juiz⁵⁰:

Minimalismo reduz custos de decisão para tribunais tentando decidir casos. Reduz os custos de erros associados a julgamentos equivocados. Ela reduz as dificuldades associadas com a "racionalidade limitada, incluindo a falta de conhecimento de efeitos adversos não previstos". "Ajuda a sociedade a lidar com o pluralismo razoável". E "talvez o mais importante", Minimalismo "dá ao processo democrático muito espaço para se adaptar aos desenvolvimentos futuros, produzir compromissos mutuamente vantajosos e adicionar novas informações e perspectivas a questões legais".

Em suma, não decidindo aspectos desnecessários ao teor do que está sendo julgado pela Corte, a sociedade disporia de um espaço de tempo razoável para se adaptar com as mudanças de posicionamento, com a adoção de um modelo que irá de encontro ao modelo conservador instaurado. Além disso, a Corte estaria respeitando seus próprios precedentes, exercendo as suas virtudes passivas, no que se refere ao uso construtivo do silêncio⁵¹, evitando erros e abordagens equivocadas dos temas.

Contrapondo esta visão, Post e Siegel⁵² apontam que o Minimalismo aborda o conflito com a suposição de que é uma ameaça à coesão social e à legitimidade. O Constitucionalismo Democrático, ao contrário, considera a possibilidade de que a

⁴⁹ SUNSTEIN, Cass. *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Harvard: Harvard University Press, 1999 apud POST, Robert; SIEGEL, Reva. Op. cit p. 31.

⁵⁰ Tradução do original em inglês: "Minimalism reduces decision costs for courts trying to decide cases. It reduces the error costs associated with mistaken judgments. It reduces the difficulties associated with 'bounded rationality, including lack of knowledge of unanticipated adverse effects.' It 'helps a society to deal with reasonable pluralism.' And, 'perhaps most important[ly],' minimalism 'allows the democratic process a great deal of room in which to adapt to coming developments, to produce mutually advantageous compromises, and to add new information and perspectives to legal issues.'" Cass. *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Harvard: Harvard University Press, 1999 apud POST, Robert; SIEGEL, Reva. Op. cit p. 32.

⁵¹ BUNCHAFT, Maria Eugenia e RADKE, Rafael Wagner. Op. cit p. 2.

⁵² POST, Robert; SIEGEL, Reva. Op. cit p. 35.

controvérsia sobre o significado constitucional possa promover a coesão em condições de heterogeneidade normativa.

O Constitucionalismo Democrático apregoa que algum nível de conflito é uma consequência inevitável quando se trata sobre temas polêmicos.⁵³ Ocorre que não há nenhuma demonstração de que inexistiria conflito caso os direitos constitucionais fossem garantidos por meio de legislação em vez de decisões judiciais, demonstrando, na verdade, que a questão envolve mais o medo do efeito *backlash* em decorrência das decisões polêmicas, além de ser uma visão romantizada do processo legislativo.⁵⁴

Para os referidos professores de Yale, decisões na seara constitucional muitas vezes vão provocar resistência, pois são, de certa forma, uma ameaça a uma ordem política mais conservadora vigente. No entanto, por mais que o risco de *backlash* possa ser inevitável, poderá ser justificado se os valores envolvidos forem importantes o suficiente.⁵⁵

O Constitucionalismo Democrático afirma que: “é um erro pensar a relação entre a jurisdição constitucional e democracia como um jogo de soma zero, onde o aumento de um provoca necessariamente a diminuição do outro”.⁵⁶ Afinal, para os professores, por mais que possa ser uma zona de conflito, por meio dessas decisões judiciais é que se possibilita o debate sobre temas que são evitados, muitas vezes, pela ordem política dominante.⁵⁷

Nessa senda, é importante destacar a conclusão de Siegel sobre o tema:

É claro que decisões judiciais como Roe e Brown provocam conflito, mas a questão é se as decisões judiciais podem provocar formas mais virulentas de reação política do que a legislação que reivindica direitos. Havia, há e continuará havendo conflito sobre o aborto, o casamento entre pessoas do mesmo sexo e, de fato, o próprio significado da igualdade. Quando as minorias buscam desestabilizar o *status quo* e reivindicar os direitos - seja nos tribunais, legislaturas ou mesmo nas eleições - é provável que haja conflito e, se os reclamantes prevalecerem, possivelmente, a reação também. Para a pergunta de se é possível evitar o conflito sobre tais questões evitando tribunais, a resposta de uma história precisa de Roe v. Wade é: Não. O conflito de aborto aumentou antes da Suprema Corte decidir.⁵⁸

⁵³ POST, Robert; SIEGEL, Reva. Op. cit p. 19.

⁵⁴POST, Robert; SIEGEL, Reva. Op. cit p. 22.

⁵⁵ POST, Robert; SIEGEL, Reva. Op. cit p. 19.

⁵⁶ Tradução do original em inglês: “Even so, it is a mistake to imagine the relationship between constitutional adjudication and democracy as a zero-sum game in which the augmentation of one necessarily entails the diminishment of the other.” POST, Robert; SIEGEL, Reva. Op. cit p. 33.

⁵⁷ POST, Robert; SIEGEL, Reva. Op. cit p. 34.

⁵⁸ Tradução do original em inglês: “Of course, judicial decisions like Roe and Brown provoke conflict. The question is whether judicial decisions are likely to provoke more virulent forms of political reaction than legislation that vindicates rights. There was, is, and will continue to be conflict over abortion, same-sex marriage, and indeed the very meaning of equality. When minorities seek to unsettle the status quo and vindicate rights-whether in courts, legislatures, or even at the polls-there is likely to be conflict and, if the claimants prevail, possibly backlash too. To the question of whether one can avoid conflict over such issues by avoiding courts, the answer from an accurate history of Roe v. Wade is: No. The abortion conflict escalated before the Supreme Court ruled. GREENHOUSE, Linda e SIEGEL, Reva. Backlash to the Future? From Roe to Perry.

A questão principal ignorada pela teoria Minimalista e Sunstein é o fato de que, muitas vezes, a representação de determinadas minorias nas instâncias deliberativas é ínfima, o que, em muitas situações, enseja uma expansão da atuação judicial, visando a proteger certos grupos estigmatizados⁵⁹. Assim, os tribunais seriam o refúgio dos cidadãos para proteger importantes valores sociais e para restringir o governo sempre que exceder as limitações constitucionais⁶⁰, principalmente quando o Estado evita temas importantes conflituosos.

Neste sentido, colaciona-se o disposto por Greenhouse e Siegel sobre a relação entre adjudicação e *backlash*:

Essa lição não é de que a adjudicação inevitavelmente causa conflito político e polarização e, portanto, deve ser evitada a todo custo. O conflito é uma parte de nossa vida política. E a adjudicação desempenha um papel especial na definição de nossa comunidade política. Em vez disso, a história do conflito antes e depois de Roe sugere que ao pensar sobre as possibilidades e os limites da adjudicação, precisamos estar atentos aos motivos de conflito que emergem de fontes externas e internas, de direções e atores que podem mudar com o passar do tempo.⁶¹

Portanto, para o Constitucionalismo Democrático, não se deve ver o efeito *backlash* somente pelo seu aspecto negativo, nem tentar evitá-lo a todo custo. A Corte Constitucional dispõe de papel fundamental no processo interpretativo constitucional, assim tentar reduzir sua função por medo de reação adversa, confiando exclusivamente no Poder Legislativo, o qual é muitas vezes não efetivo em pontos polêmicos, certamente ocasionará em prejuízo ao seu papel na ordem constitucional.

Após a análise feita acima sobre o efeito *backlash* no contexto estadunidense, conceituando o termo e analisando casos práticos, bem como fazendo um estudo das teorias que buscam dar um viés negativo ou positivo para o efeito em questão, far-se-á a seguir um estudo da referida reação no contexto jurídico brasileiro atual, por meio da análise de casos práticos.

UCLA L. Rev. Discourse, v. 60, p. 240-246, 2013. p. 245-246.

⁵⁹BUNCHAFT, Maria Eugenia e RADKE, Rafael Wagner. Op. cit p. 17.

⁶⁰POST, Robert; SIEGEL, Reva. Op. cit p. 2-3.

⁶¹ Tradução do original em inglês: "That lesson is not that adjudication inevitably causes political conflict and polarization and is thus to be avoided at all cost. Conflict is a part of our political life. And adjudication plays a special role in defining our political community. Rather, the history of conflict before and after Roe suggests that in thinking about the possibilities and limits of adjudication, we need to be attentive to the motives for conflict that emerge from sources outside as well as inside the courtroom, from directions and actors that may shift over time." GREENHOUSE, Linda e SIEGEL, Reva. Op. cit p. 2086.

3 BACKLASH NO CENÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO

No Brasil, apesar de ser adotado o regime do *civil law*, consoante já ressaltado anteriormente, o que retiraria, de certa forma, o protagonismo do judiciário em situações polêmicas, tem ocorrido, no cenário político-jurídico, um aumento da sua participação na definição de temas polêmicos evidentemente evitados pelo Poder Legislativo. Assim, torna-se cabível fazer uso da teoria estadunidense no cenário nacional, haja vista que, diante de muitas decisões controvertidas, a via política busca aprovar medidas com a finalidade de enfraquecer tais decisões.

Neste sentido, diante da crise de representatividade enfrentada no contexto atual, o ativismo judicial surgiu como uma tentativa de suprir o déficit ocasionado pela ineficiência do Congresso Nacional⁶². Dessa forma, muitas vezes, os parlamentares aprovam medidas que atendem a certo setor, influenciados, por exemplo, pelas forças religiosas e econômicas,⁶³ afastando-se do programa político proposto com a finalidade de serem eleitos, possibilitando o espaço para o crescimento do Poder Judiciário.

Portanto, a inércia parlamentar, a qual atinge em especial as minorias, que não dispõem da influência necessária para alcançar seus objetivos políticos por meio do processo legislativo, especialmente em casos controversos, os quais usufruem de oposição mais intensa⁶⁴, ocasiona a busca destas pessoas pela corte, a fim de verem suas demandas atendidas.

Não bastando isso, o Poder Judiciário também surgiu como uma forma de controlar os excessos do Poder Executivo, controle político que deveria ser exercido pelo Legislativo. Colaciona-se o disposto por Pulido sobre o tema:

A necessidade de atenuar o hiperpresidencialismo levou a Corte Constitucional a assumir, com grande legitimidade e respaldo popular, um papel que, em princípio, não lhe correspondia, e foi erigida como instância de controle político, tanto do Executivo como do Legislativo, quando este último tenha se mostrado demasiado aquiescente com o governo. (...) O hiperpresidencialismo foi atenuado pela juristocracia constitucional.⁶⁵

⁶² PULIDO, Carlos Libardo Bernal. Direitos fundamentais, juristocracia constitucional e hiperpresidencialismo na América Latina. Tradução por: DE FREITAS, Graça Maria Borges. In: **Revista Jurídica da Presidência Brasília**. v. 17 n. 111, p. 15-34, fev./maio 2015. p. 21.

⁶³ BUNCHAFT, Maria Eugenia. O “DIREITO DOS BANHEIROS” NO STF: CONSIDERAÇÕES SOBRE O VOTO DO MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO NO RE N. 845779 COM FUNDAMENTO EM POST, SIEGEL E FRASER 1/2. In: **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2016, vol. 8, n. 14, p. 143-174, Jan./Jun.. p. 145.

⁶⁴ ESKRIDGE JR, William N. Backlash Politics: How Constitutional Litigation Has Advanced Marriage Equality in the United States. In: *Boston University Law Review*, v. 93, p. 275, 2013. p. 312.

⁶⁵ PULIDO, Carlos Libardo Bernal. Op. cit. p. 21-22.

A temática central é a ocorrência de um movimento de hiperjudicialização de questões que deveriam ser resolvidas pelo Poder Legislativo, sendo o Poder Judiciário o árbitro dos seus próprios limites e possibilidades.⁶⁶ Ademais, ainda que este novo caminho adotado pelo Poder Judiciário possa garantir direitos às minorias ou a resolução de temas polêmicos, os quais estavam “esquecidos” pelo Legislativo, converteu-se em regra o que deveria ser uma exceção⁶⁷, “alterando-se a compreensão clássica do arranjo institucional que costuma alicerçar a organização dos poderes estatais”⁶⁸.

Com a finalidade de melhor entender o contexto destacado acima, serão analisadas a seguir decisões polêmicas que causaram alguma forma de reação adversa, demonstrando, com os casos práticos, a efetiva ocorrência do *backlash* no Brasil.

3.1 A análise de casos práticos brasileiros

Consoante destacado, o Poder Judiciário brasileiro, com destaque para o Supremo Tribunal Federal, vem dispendo de maior espaço no cenário político constitucional, transferindo-se a legitimidade dos diálogos constitucionais para o plano das consequências produzidas pela jurisdição⁶⁹.

Ocorre que a referida postura mais ativista adotada pelo Tribunal Supremo contribui para o aumento das reações adversas voltadas a deslegitimar a decisão, ou seja, o fenômeno do *backlash*, crescendo, assim, a adoção de posturas de contra-ataque. As alterações jurídicas ocasionadas pelo *decisum* forçam, portanto, o aparecimento das visões mais tradicionalistas, as quais usufruíam antes da estabilidade resultante da inoperância do Poder Legislativo, tendendo a surgirem medidas mais agressivas e menos dissimuladas⁷⁰.

De acordo com Marmelstein, no entanto, esta inversão do ônus do constrangimento pode ser enfrentada como algo positivo, haja vista que caberá aos conservadores defenderem uma situação mais odiosa que antes estava velada, veja-se:

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

⁶⁶MARMELSTEIN, George. Op. cit. p. 1-2.

⁶⁷PULIDO, Carlos Libardo Bernal. Op. cit. p. 32.

⁶⁸MARMELSTEIN, George. Op. cit. p. 1-2.

⁶⁹BOLONHA, Carlos; GANEM, Fabrício e ZETTEL, Bernardo. Op. cit. p. 186.

⁷⁰MARMELSTEIN, George. Op. cit. p. 9.

comodidade é o grupo reacionário que precisará assumir seus preconceitos sem subterfúgios. Desse modo, a decisão judicial exigirá, para o grupo reacionário, a necessidade 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.⁷¹

Sobre o fenômeno em destaque no Brasil, no contexto relativo a não tipificação do uso da maconha, é importante notar que o ministro Luís Roberto Barroso, o qual defende a descriminalização do porte da maconha para consumo próprio, já destacou sua preocupação com adoção de decisões deste tipo diante do risco de *backlash*. Para o Ministro, a sociedade ainda não apoia majoritariamente a descriminalização das drogas, assim, uma decisão abrangendo mais substâncias poderia gerar reações adversas.⁷²

Barroso menciona expressamente o risco de *backlash* em casos deste gênero, nos quais não se conta com o apoio da sociedade, haja vista a possibilidade de o Congresso criar novas leis esvaziando a decisão tomada pelo Supremo ou outros meios que obstem o cumprimento da decisão.⁷³

Ou seja, o Ministro demonstra uma clara preocupação com o fator *backlash* em um viés completamente estratégico, pois o seu receio concerne exatamente na possibilidade de esvaziamento da decisão pela possibilidade da sociedade não se sentir representada por ela. Buscou, portanto, Barroso, de certa forma, antecipar a possível reação adversa, preocupando-se com os limites da decisão, adotando uma postura mais cautelosa.

Ainda sobre o tema, importante destacar que o *backlash* já fora mencionado antes pelo ministro Luiz Fux no seu voto como relator no julgamento em conjunto da ADC 29/DF, da ADC 30/DF e da ADI 4578/DF. As ações constitucionais envolviam aspectos relativos à Lei Complementar nº 135/2010, a Lei da Ficha Limpa, prevalecendo, no julgamento, o entendimento em favor da constitucionalidade da lei.

O Ministro relator explicita que, no julgamento da ADPF 144, na qual foi estabelecido que a Corte não poderia criar inelegibilidades sem a previsão em lei complementar⁷⁴, decidindo-se que a Justiça eleitoral não poderia negar o registro de

⁷¹ MARMELSTEIN, George. Op. cit. p. 11.

⁷² 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.

⁷³ SCHREIBER, Mariana. Op. cit.

⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do relator Min. Luiz Fux no julgamento conjunto da ADC 29/DF, da ADC 30/DF e da ADI 4578/DF. Data de Publicação: 29 jun. 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto_ADC_29ADC_30ADI_4578.pdf>. Acesso em:

candidatos que respondem a processo, sem condenações com trânsito em julgado, para que possam concorrer a cargos eletivos, houve forte reação popular contrária à decisão prolatada. As reações culminaram com o Projeto de Lei Complementar nº 518/09, que juntamente com outros projetos, após debate parlamentar, originou a Lei Complementar nº 135/2010.

Ocorre que, novamente, houve reação popular contrária ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do RE nº 633.703 (Rel. Min. GILMAR MENDES). No referido julgamento, foi definido que a Lei da Ficha Limpa não seria aplicada às eleições de 2010 em razão do determinado pelo art. 16 da Constituição Federal.⁷⁵

Dessa forma, para o Ministro Fux, os posicionamentos da Corte em relação à questão da Ficha Limpa estavam gerando *backlash*, sendo “crescente e consideravelmente disseminada a crítica, no seio da sociedade civil, à resistência do Poder Judiciário na relativização da presunção de inocência para fins de estabelecimento das inelegibilidades”⁷⁶. Diante deste cenário, acolheu-se o sentimento popular de inconformismo para afirmar o entendimento de que, diferentemente do direito criminal, o princípio da presunção de inocência deve ser flexibilizado no âmbito do direito eleitoral.

Além destes exemplos, em que houve uma clara preocupação por parte dos Ministros com a reação adversa popular, existem outros casos no cenário jurídico brasileiro em que se pode vislumbrar o fenômeno *backlash*, só que como reação por parte do Poder Legislativo, os quais serão estudados a seguir.

3.1.1 Verticalização partidária

No final de fevereiro de 2002, o Tribunal Superior Eleitoral determinou, após consulta realizada pelos Deputados Federais Miro Teixeira, José Roberto Batochio, Fernando Coruja e Pompeo de Mattos, que os partidos mantivessem coerência entre as alianças partidárias travadas com vistas à eleição presidencial e às firmadas para pleitos de cargos eletivos nos demais níveis federativos, adotando a verticalização partidária. Foi emitida, assim, a Resolução nº 20.993/2002, a qual interpretou a Lei nº 9.504/97, dando o referido entendimento.

18 fev. 2017. p. 10.

⁷⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do relator Min. Luiz Fux no julgamento conjunto da ADC 29/DF, da ADC 30/DF e da ADI 4578/DF. Op. cit. p. 10.

⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do relator Min. Luiz Fux no julgamento conjunto da ADC 29/DF, da ADC 30/DF e da ADI 4578/DF. Op. cit. p. 10.

A dúvida tratada pela consulta envolvia a correta interpretação do art. 6º, *caput*, da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, *in verbis*:

Art. 6º - É facultado aos partidos políticos, dentro da mesma circunscrição, celebrar coligações para eleição majoritária, proporcional, ou para ambas, podendo, neste último caso, formar-se mais de uma coligação para a eleição proporcional dentre os partidos que integram a coligação para o pleito majoritário.

Os principais fundamentos para a decisão do TSE foram o fato de os partidos políticos disporem de caráter nacional, consoante art. 17, I da Constituição Federal, bem como a importância da consistência política das coligações partidárias, exigida pela legislação.⁷⁷

Em reação (*backlash*) à decisão adotada pelo TSE, foram propostas, por diversos partidos políticos, Ações Diretas de Inconstitucionalidade em relação à resolução junto ao Supremo Tribunal Federal (ADI 2.628 pelo PFL e ADI 2.626 pelo PCdoB, PL, PT, PSB e PPS). O STF, no entanto, em sessão realizada no dia 18 de abril de 2002, sequer adentrou no mérito das ADIs,⁷⁸ uma vez que consistiria em controle concentrado de legalidade do poder regulamentar⁷⁹.

Os partidos políticos, inconformados com a decisão prolatada, tentaram, ainda, reverter o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral duas vezes, não logrando êxito, haja vista a ausência de qualquer modificação no ordenamento jurídico que justificasse uma mudança de posicionamento pelo TSE.⁸⁰

Posteriormente, o Congresso Nacional editou a Emenda Constitucional nº 52, de 8 de março de 2006, a qual previa a reforma do artigo 17 da Constituição Federal, a fim de não tornar obrigatória a verticalização, bem como a sua aplicação já nas eleições de 2006. Antes da EC nº 52/06, o art. 17, §1º, da Constituição Federal, dispunha “é assegurada aos partidos políticos autonomia para definir a sua estrutura interna, organização e funcionamento, devendo seus estatutos estabelecer normas de fidelidade e disciplina partidárias”, a redação do referido parágrafo passou a ser:

⁷⁷BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução do TSE nº 21002/2002. Relator Ministro Garcia Vieira. Data de Publicação: 15 mar. 2002.

⁷⁸MONTEIRO, Maurício Gentil. A "verticalização" das coligações partidárias nas eleições gerais de 2002. **Revista da Esmese**, Aracaju, n. 3, p. 277-294, 2002.

⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI/DF 2.628-3. Relator Ministro Sydney Sanches. Data de Publicação: 05 mar. 2004. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=415051>>. Acesso em: 8 mai. 2017

⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do Min. Eros Graus no julgamento da ADI/DF 3.685-8. Data de Publicação: 10 ago. 2006. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/ADI3685%20Eros%20Grau.pdf>>. Acesso em: 8 mai. 2017. p. 211.

É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária. (grifo nosso)

Ocorre que, ao prever que seria aplicável nas eleições de 2006, tal dispositivo foi de encontro ao disposto no art. 16 da Constituição Federal, o qual determina: “a lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência”. Em oposição à aplicabilidade imediata da emenda, foram propostas a ADI 3.685 (Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil) e a ADI 3.686 (Associação Nacional dos Membros do Ministério Público)⁸¹.

Além da questão da aplicação ou não do dispositivo para as próximas eleições, o Conselho Federal da OAB questionou se o art. 16 da Constituição Federal não constituiria em uma cláusula pétrea. O Tribunal Supremo fixou, no entanto, que o referido dispositivo não teria teor de cláusula pétrea, podendo, inclusive, ser revogado⁸².

No tocante à aplicação da nova regra constitucional às eleições de 2006, o Supremo decidiu pela manutenção da obrigatoriedade de verticalização. Argumentou-se que o art. 16 da Constituição Federal estabelece o princípio da anterioridade eleitoral, assim se impossibilita a aplicação de lei modificativa do processo eleitoral em eleições realizadas até um ano da sua data de vigência. Neste sentido, importante destacar a ementa do julgado:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 2º DA EC 52, DE 08.03.06. APLICAÇÃO IMEDIATA DA NOVA REGRA SOBRE COLIGAÇÕES PARTIDÁRIAS ELEITORAIS, INTRODUZIDA NO TEXTO DO ART. 17, § 1º, DA CF. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE DA LEI ELEITORAL (CF, ART. 16) E ÀS GARANTIAS INDIVIDUAIS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL (CF, ART. 5º, CAPUT, E LIV). LIMITES MATERIAIS À ATIVIDADE DO LEGISLADOR CONSTITUINTE REFORMADOR. ARTS. 60, § 4º, IV, E 5º, § 2º, DA CF. (...). 2. A inovação trazida pela EC 52/06 conferiu status constitucional à matéria até então integralmente regulamentada por legislação ordinária federal, provocando, assim, a perda da validade de qualquer restrição à plena autonomia das coligações partidárias no plano federal, estadual, distrital e municipal. 3. Todavia, a utilização da nova regra às eleições gerais que se realizarão a menos de sete meses colide com o princípio da anterioridade eleitoral, disposto no art. 16 da CF, que busca evitar a utilização abusiva ou casuística do processo legislativo como instrumento de manipulação e de deformação do processo eleitoral (ADI 354, rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 12.02.93). 4. Enquanto o art. 150, III, b, da CF encerra garantia individual do contribuinte (ADI 939, rel. Min. Sydney Sanches, DJ 18.03.94), o art.

⁸¹ Esta Ação Constitucional foi extinta por ausência de pertinência temática entre a associação de classe e seus fins institucionais e o alcance da norma impugnada.

⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do Min. Eros Graus no julgamento da ADI/DF 3.685-8. Data de Publicação: 10 ago. 2006. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/ADI3685%20Eros%20Grau.pdf> >. Acesso em: 8 mai. 2017

16 representa garantia individual do cidadão-eleitor, detentor originário do poder exercido pelos representantes eleitos e "a quem assiste o direito de receber, do Estado, o necessário grau de segurança e de certeza jurídicas contra alterações abruptas das regras inerentes à disputa eleitoral" (ADI 3.345, rel. Min. Celso de Mello). 5. Além de o referido princípio conter, em si mesmo, elementos que o caracterizam como uma garantia fundamental oponível até mesmo à atividade do legislador constituinte derivado, nos termos dos arts. 5º, § 2º, e 60, § 4º, IV, a burla ao que contido no art. 16 ainda afronta os direitos individuais da segurança jurídica (CF, art. 5º, caput) e do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV). 6. A modificação no texto do art. 16 pela EC 4/93 em nada alterou seu conteúdo principiológico fundamental. Tratou-se de mero aperfeiçoamento técnico levado a efeito para facilitar a regulamentação do processo eleitoral. 7. Pedido que se julga procedente para dar interpretação conforme no sentido de que a inovação trazida no art. 1º da EC 52/06 somente seja aplicada após decorrido um ano da data de sua vigência. (grifos nossos)⁸³

No cenário jurídico-político delineado acima, pode-se observar, claramente, a ocorrência do fenômeno *backlash*. Veja-se que o Tribunal Superior Eleitoral elaborou a resolução com o objetivo de aclarar o disposto no artigo. Em reação à resolução prolatada, os partidos políticos interpuseram ações (*backlash*), realizaram novas consultas e, por fim, promulgaram a Emenda Constitucional, a qual foi de encontro ao que foi estabelecido pelo TSE, esvaziando a interpretação realizada anteriormente, determinando, absurdamente, a aplicação imediata da alteração, cabendo ao Supremo Tribunal Federal zelar pelo respeito à norma constitucional.

3.1.2 Vaquejada

Ainda sobre os casos brasileiros em que ocorreram *backlash*, importante destacar o embate político-jurídico ocorrido no caso da vaquejada. Em 2013, a Assembleia Legislativa do Ceará sancionou a Lei nº 15.299/13⁸⁴, a qual regulamentou a vaquejada como prática desportiva e cultural no referido estado. Além disso, determinou, em seu art. 4º, que fossem adotadas medidas de proteção da saúde e integridade física dos animais, acrescendo ainda, no parágrafo 1º do referido artigo, que devem ser tomados todos os cuidados, a fim de não prejudicar a saúde do animal.

Transcorre que o Ministério Público entendeu que a lei em questão seria inconstitucional, haja vista que malferiria o disposto no §1º em seu inciso VII do art. 225 da Constituição Federal, o qual determina a proteção da fauna, sendo vedada práticas que

⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI/DF 3.685-8. Relatora Ministra Ellen Gracie. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363397>>. Acesso em: 08 mai. 2017

⁸⁴ CEARÁ. Lei Estadual nº 15.299, de 08 de jan. de 2013. Regulamenta a vaquejada como prática desportiva e cultural no Estado do Ceará. Diário Oficial do Estado do Ceará, 15 jan. 2013.

submetam os animais a crueldade. Portanto, foi ajuizada pelo *parquet* a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.983, sendo argumentado que os maus-tratos sofridos pelos animais durante a prática da vaquejada consistiram em violação ao texto constitucional.

Esclareça-se que a vaquejada consiste em uma prática desportiva em que duas pessoas buscam derrubar o boi em área específica previamente demarcada, sendo vasta a sua realização pelo Nordeste do país.

O relator da ação, ministro Marco Aurélio, afirmou que a questão envolveria a defesa pela liberdade de manifestação popular e a crueldade sofrida pelos animais, citando, como exemplos em que ocorreram o referido sopesamento, o caso da farra do boi e briga de galos. Na visão do Ministro, os laudos técnicos acostados ao processo comprovaram as diversas consequências nocivas à saúde dos animais participantes da prática. Assim, restaria comprovada a violação à Carta Magna, pois o sentido de “crueldade” disposto no art. 225 abrangeria as práticas realizadas durante a vaquejada.⁸⁵

Neste sentido, importante colacionar trecho do referido voto:

Os precedentes apontam a óptica adotada pelo Tribunal considerado o conflito entre normas de direitos fundamentais – mesmo presente manifestação cultural, verificada situação a implicar inequívoca crueldade contra animais, há de se interpretar, no âmbito da ponderação de direitos, normas e fatos de forma mais favorável à proteção ao meio ambiente, demonstrando-se preocupação maior com a manutenção, em prol dos cidadãos de hoje e de amanhã, das condições ecologicamente equilibradas para uma vida mais saudável e segura.⁸⁶

Além disso, o Ministro ressalta que, embora a lei preveja que a vaquejada deverá ser praticada sem ameaça à saúde dos animais, não seria possível tal fato, haja vista ser intrínseca à vaquejada a questão da perseguição do animal, bem como puxá-lo e derrubá-lo pelo rabo.⁸⁷

Já para o ministro Edson Fachin, o qual divergiu do relator, a vaquejada consiste em manifestação cultural, o que fora reconhecida pela própria Procuradoria Geral da República na petição inicial, buscando a lei regulamentar a prática e evitar os maus-tratos aos animais. A divergência foi seguida por 5 Ministros que também entenderam pela

⁸⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI/CE 4.983. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: < www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=3509171&tipoApp=.pdf

>. Acesso em: 10 mai. 2017. Voto relator. p. 2-6.

⁸⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI/CE 4.983. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: < www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=3509171&tipoApp=.pdf

>. Acesso em: 10 mai. 2017. Voto relator. p. 2-6.

⁸⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI/CE 4.983. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: < www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=3509171&tipoApp=.pdf

>. Acesso em: 10 mai. 2017. Voto relator. p. 2-6.

constitucionalidade da lei.⁸⁸ Prevaleceu, no entanto, a tese fixada pelo relator de que seria inconstitucional a lei cearense por violação ao art. 225 da Constituição Federal.

Ocorre que, como forma de reação à decisão da Suprema Corte, quase dois meses depois da declaração de inconstitucionalidade da referida lei, foi aprovada pelo Congresso Nacional a Lei nº 13.364, de 29 de novembro de 2016, a qual dispõe:

Art. 1º Esta Lei eleva o Rodeio, a Vaquejada, bem como as respectivas expressões artístico-culturais, à condição de manifestações da cultura nacional e de patrimônio cultural imaterial.

Art. 2º O Rodeio, a Vaquejada, bem como as respectivas expressões artístico-culturais, passam a ser considerados manifestações da cultura nacional.⁸⁹

Não bastando a referida lei, o Senado Federal propôs o Projeto de Emenda à Constituição nº 50/2016, o qual acrescentará ao art. 225 da Carta Magna o parágrafo 7º, *in verbis*:

§ 7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as manifestações culturais previstas no § 1º do art. 215 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.⁹⁰

A PEC nº 50/2016 foi aprovada tanto pelo Senado como pela Câmara, sendo promulgada no dia 6 de junho de 2017, com o texto disposto acima. Assim, foi acrescido, por meio da Emenda Constitucional nº 96/2017, o §7º ao art. 225 da Constituição Federal.

Dessa forma, embora o STF tenha declarado a prática da vaquejada como nociva ao animal, o Congresso adotou medidas de contrarreação, com o escopo de cessar definitivamente qualquer questionamento relativo à vaquejada, buscando desautorizar a decisão do Supremo, tornando-a inaplicável. A prática não só foi elevada à condição de patrimônio cultural imaterial, buscando resguardar a sua realização em território nacional,

⁸⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI/CE 4.983. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: < www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=3509171&tipoApp=.pdf >. Acesso em: 10 mai. 2017.

⁸⁹BRASIL. Lei nº 13.364, de 29 de novembro de 2016. Eleva o Rodeio, a Vaquejada, bem como as respectivas expressões artístico-culturais, à condição de manifestação cultural nacional e de patrimônio cultural imaterial. Diário Oficial da União, 30 nov. 2016.

⁹⁰ BRASIL. Projeto de Emenda à Constituição nº 50 de 2016. Altera a Constituição Federal para estabelecer 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. Disponível em < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/127262>>. Acesso em: 11 mai. 2017

como também foi aprovada PEC, alterando o art. 255 da CF, artigo que teria sido violado pela lei cearense na visão da Suprema Corte.

3.1.3 Aborto do feto anencéfalo

O último caso a ser analisado, neste trabalho, será a questão envolvendo a anencefalia e o direito de escolha da mulher. Inicialmente, importante esclarecer que o aborto no Brasil é criminalizado pelo Código Penal nos seus artigos 124 a 126⁹¹, havendo a possibilidade de não punição em caso de aborto necessário para salvar a vida da gestante, quando não há outro meio, bem como em caso de gravidez resultante de estupro, ambos os casos previstos no artigo 128 do Código Penal, incisos I e II respectivamente.

Ocorre que, em alguns tribunais estaduais, estava sendo concedida a possibilidade de aborto em caso de feto anencéfalo – má-formação em que o feto não desenvolve partes do encéfalo -, argumentando-se ora que não haveria vida por ser um natimorto cerebral, ora que, diante dos riscos à saúde da gestante, não seria viável a manutenção da gravidez. A referida postura, no entanto, não era adotada uniformemente, havendo tribunais que criminalizavam a conduta.

Diante deste cenário, foi ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 54/DF⁹², visando à declaração da inconstitucionalidade na interpretação dada aos artigos 124, 126 e 128 (incisos I e II) do Código Penal que criminalizariam a antecipação terapêutica de parto nos casos de anencefalia.

Para o relator, o ministro Marco Aurélio, seria possível interromper a gravidez neste caso, tendo em vista que deve ser sopesada a situação de risco enfrentada pela mulher

⁹¹Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena - detenção, de um a três anos.

Aborto provocado por terceiro

Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de três a dez anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência

⁹²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF/DF 54. Relator Ministro Marco Aurélio. Data de Publicação: 30 abr. 2013. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/ADPF_54_DF_1387980410881.pdf?Signature=pNNjCyvZVMM%2BevneJXg3S92ucQ%3D&Expires=1495057787&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=6fdc894f23179f65d15d259ea7c97337>.

Acesso em: 17 mai. 2017.

em caso de manutenção da gravidez, em face do feto anencéfalo que, caso sobreviva ao parto, será por poucas horas ou dias. Além disso, obrigar a mulher a manter uma gestação desta espécie seria mantê-la em um “cárcere privado em seu próprio corpo”, não cabendo ao Estado, na opinião do Ministro, decidir ou não pela manutenção.⁹³

Ainda sobre o referido voto, o Ministro destacou que não se estaria discutindo no caso a descriminalização do aborto, pois não haveria vida viável, seja biológica, seja juridicamente, “aborto é crime contra a vida. Tutela-se a vida potencial. No caso do anencéfalo, repito, não existe vida possível”. Ademais, o legislador só não teria previsto a referida situação em caso de exclusão, pois, quando da elaboração do Código Penal, não existiam as tecnologias necessárias para a identificação prévia da doença.⁹⁴

Importante destacar que nem todos os Ministros acompanharam a visão do relator de que não seria crime por não haver vida viável. O ministro Luiz Fux afirmou que o infante não seria natimorto, pois nasce, falecendo algumas horas depois, não adentrando no mérito da discussão sobre qual seria a vida mais importante da gestante ou do feto.⁹⁵

No fim, em decisão histórica, por 8 votos a 2, vencidos os ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso, o Supremo Tribunal Federal decidiu que não é crime interromper a gravidez em caso de anencefalia, declarando a inconstitucionalidade da interpretação de que a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada.

Em uma visão diametralmente oposta à do Supremo, tramita na Câmara dos Deputados projeto lei, o qual objetiva criar o Estatuto do Nascituro, sendo disposto no artigo 2º do referido projeto que “nascituro é o ser humano concebido, mas ainda não nascido”⁹⁶. Já o artigo 3º assevera que “o nascituro adquire personalidade jurídica ao nascer com vida, mas

⁹³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF/DF 54. Relator Ministro Marco Aurélio. Data de Publicação: 30 abr. 2013. Voto do relator. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/ADPF_54_DF_1387980410881.pdf?Signature=pNNjCyvZVMM%2BevneJXg3S92ucQ%3D&Expires=1495057787&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA

⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF/DF 54. Relator Ministro Marco Aurélio. Data de Publicação: 30 abr. 2013. Voto do relator. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/ADPF_54_DF_1387980410881.pdf?Signature=pNNjCyvZVMM%2BevneJXg3S92ucQ%3D&Expires=1495057787&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA

⁹⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF/DF 54. Relator Ministro Marco Aurélio. Data de Publicação: 30 abr. 2013. Voto do ministro Luiz Fux. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/ADPF_54_DF_1387980410881.pdf?Signature=pNNjCyvZVMM%2BevneJXg3S92ucQ%3D&Expires=1495057787&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA

⁹⁶BRASIL. Projeto de Lei 478/2007. Dispõe sobre o Estatuto do Nascituro e dá outras providências. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=5C41A4D61A3ACEC1FB7988524DB13CDE.proposicoesWebExterno2?codteor=443584&filename=PL+478/2007>. Acesso em: 17 mai. 2017

sua natureza humana é reconhecida desde a concepção, conferindo-lhe proteção jurídica através deste estatuto e da lei civil e penal”⁹⁷ .

Além de outras proteções ao nascituro, o Projeto de Lei nº 478/2007 torna o aborto crime hediondo, aumentando, também, as penas dos crimes relativos ao aborto já tipificados no Código Penal. Atualmente, o PL ainda está em tramitação na Câmara, sendo requerida no final de 2016 a urgência em sua apreciação.

Dessa forma, pode-se observar, mais uma vez, o embate existente entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo. Enquanto a Suprema Corte adota posturas mais liberais - além do caso do feto anencéfalo, pode-se destacar, nesse contexto, a ADI 3.510/DF, julgada totalmente improcedente, mantendo a permissão de realização de pesquisas com as células-tronco embrionárias, o que é vedado pelo Estatuto do Nascituro -, o Legislativo busca aprovar medidas de cunho mais conservador, resistindo às decisões do Supremo, tornando-as sem aplicação.

⁹⁷BRASIL. Projeto de Lei 478/2007. Dispõe sobre o Estatuto do Nascituro e dá outras providências. Disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=5C41A4D61A3ACEC1FB7988524DB13CDE.proposicoesWebExterno2?codteor=443584&filename=PL+478/2007>. Acesso em: 17 mai. 2017

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O *backlash* é uma forma de reação a decisões judiciais relativas a casos polêmicos que ainda não dispõem de uma opinião consolidada da sociedade sobre o tema. Dessa forma, o grupo que seria prejudicado pela decisão busca retirar a sua efetividade. O “contra-ataque” é, geralmente, proveniente do Poder Legislativo, criando-se uma forma de ricochete à decisão.

Nos Estados Unidos, o fenômeno da reação é usado abertamente como uma forma estratégica de manipular a população, principalmente quando são envolvidos temas mais polêmicos que afetam a parte conservadora. O Partido Republicano usa a decisão como se esta significasse a proximidade do fim do “mundo correto e decente”, buscando atrair eleitores, acusando o lado adverso de uma postura extremamente condizente com tais mudanças abruptas que supostamente afetariam o cotidiano do cidadão estadunidense.

O estudo realizado demonstrou que as decisões, no cenário estadunidense, são frutos de uma conjuntura política existente, não sendo a decisão sozinha a causadora de toda a reviravolta política existente, consoante restou provado, podendo, possivelmente, as decisões serem usadas como um catalisador para fomento do cenário já instaurado.

Independente do acerto ou erro do Poder Judiciário dos Estados Unidos em discutir tais temas, se seria cedo demais ou não, se teria atrasado em anos a aquisição dos direitos protegidos pelas decisões revolucionárias, o fato é que tais decisões contribuíram para que os temas polêmicos fossem debatidos abertamente, o que certamente proporcionou a aceitação. Assim, pode-se observar que à medida que cada decisão polêmica relativa ao tema surgia, menos reações adversas foram ocorrendo. Notou-se, por exemplo, que casais homossexuais não prejudicariam o desenvolvimento da comunidade, alcançou-se uma situação menos teórica e mais humanizada diante dos temas polêmicos.

Diante deste cenário, foi desenvolvida a teoria Minimalista, que argumenta em favor de o juiz, muitas vezes, não decidir perante situações mais controversas, com o escopo de esperar que o devido processo legislativo ocorra e resolva as questões, possibilitando um maior espaço para o debate jurídico-político e o surgimento de um posicionamento mais consolidado, atendo-se, assim, estritamente ao caso julgado.

De outro lado, há a teoria do Constitucionalismo Democrático que acredita que algum nível de conflito existirá em decisões polêmicas, não se podendo evitar o caso com base em previsões que podem sequer se concretizarem, encarar deste jeito seria atribuir sempre um viés negativo ao *backlash*, o que pode não ser acertado.

A bem da verdade, não há como prever as consequências de uma decisão judicial, não podendo o juiz evitar a resolução do tema em conflito pautando-se nesta convicção de que existirá necessariamente uma reação negativa. Consoante argumentado acima, muitas vezes as decisões contramajoritárias trazem ao cenário de discussão aspectos que demorariam a ser debatidos em decorrência do predomínio de uma visão mais conservadora, tira-se o tema da penumbra e se inverte o ônus da argumentação. Passará a caber ao lado conservador defender o porquê da postura mais radical, menos humanizada e, às vezes, menos aceitável, a qual estava encoberta pela inércia do Poder Legislativo.

A questão central é que a reação à decisão poderá ter como consequência negativa a ascensão política destes grupos conservadores contrários, consoante ocorrido no cenário político estadunidense, os quais usam a decisão como uma aberração, dando um viés, conforme já afirmado, muito mais negativo do que o realmente existente. Assim, além de haver a possibilidade de deslegitimar a decisão e a esvaziar, tais setores poderão tomar outras medidas que piorarão outros aspectos da vida do grupo antes privilegiado pela decisão.

Há, dessa forma, uma clara zona de incertezas perante o *backlash*. Sobre tais incertezas, no estudo realizado dos casos estadunidenses, pode-se observar uma reação mais massiva inicialmente, sendo a decisão terrível para os grupos a curto prazo. Posteriormente, no entanto, diante das discussões em decorrência da decisão, os direitos são adquiridos definitivamente, ou seja, dispondo, assim, de consequências mais positivas a longo prazo.

No Brasil, as mobilizações judiciais são mais recentes, antes o Poder Judiciário dispunha de uma postura mais minimalista, haja vista a forte influência francesa originada por ser adotado o *civil law*, predominando antes a ideia de maior destaque ao Poder Legislativo. Ocorre que, diante da inércia do referido Poder, além do fato de que cresceu a importância dos precedentes diante do CPC/15, adotando-se alguns dos aspectos do *common law*, tem-se vislumbrado a hiperjudicialização de questões políticas, o que fez crescer o ativismo judicial e, em contrapartida, as reações a tais decisões.

Portanto, o Poder Judiciário tem garantido, de certa forma, que as minorias tenham alguma representatividade no cenário político-jurídico, o que vinha sendo parcamente exercido pelo Poder Legislativo. Além deste papel de defensor das minorias, outros temas polêmicos evitados pelo Legislativo ganharam espaço para debate na arena judicial. Há, entretanto, a fragilidade de tais decisões diante da possibilidade do esvaziamento delas pelo Congresso.

Foi visto, no estudo, que há uma preocupação da Corte Suprema Brasileira com os efeitos do *backlash*, sendo este expressamente citado em decisões judiciais do referido Tribunal. É interessante observar que, no caso do julgamento em conjunto da ADC 29/DF, da ADC 30/DF e da ADI 4578/DF, em que foi citado por Luiz Fux o termo, a reação foi efetivamente popular, não do Legislativo, sendo almejada uma postura menos protetiva. Na referida celeuma, a população clamava pela aplicação da Lei da Ficha Limpa e a flexibilização da presunção de inocência, o que foi o entendimento adotado pelo STF no caso.

Os casos jurídicos brasileiros estudados demonstram que o Poder Legislativo adota uma postura agressiva perante as decisões prolatadas. Veja-se o que ocorreu no caso da vaquejada, por exemplo, em que houve um claro desprezo pelo decidido pelo STF, tendo o Legislativo adotado medidas desautorizando a decisão, buscando, atualmente, emendar a Constituição Federal para garantir a possibilidade de realização da prática.

A resposta foi, assim, imediata e com a única intenção de esvaziar diretamente a decisão considerada, supostamente, incompatível com o ordenamento jurídico pátrio. É vista, nestes julgamentos, uma eficiência do Legislativo em derrogar o *decisum* não experimentada em muitos outros temas que dispõem de igual ou maior importância.

Este cenário demonstra um Legislativo que prioriza as questões que lhe são convenientes no momento, e um Judiciário buscando suprir, de forma imprópria, as lacunas decorrentes desta postura, restando uma população “desamparada” no meio deste jogo democrático, buscando apenas a efetivação dos seus direitos. Positivo ou não o *backlash*, aparentemente, permanecerá presente no contexto jurídico, enquanto remanescer este contexto de embate entre os Poderes, ambos almejando dispor do direito à última manifestação na matéria polêmica.

REFERÊNCIAS

BOLONHA, Carlos; GANEM, Fabrício e 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.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 mai. 2017.

_____. Código Penal. Decreto-lei nº2.848, de 7 de dezembro de 1940. Diário Oficial da União, 31 dez. 1940. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 17 mai. 2017.

_____. Lei nº 13.364, de 29 de novembro de 2016. Eleva o Rodeio, a Vaquejada, bem como as respectivas expressões artístico-culturais, à condição de manifestação cultural nacional e de patrimônio cultural imaterial. Diário Oficial da União, 30 nov. 2016. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13364.htm>. Acesso em: 10 mai. 2017.

_____. Emenda à Constituição nº 96 de 2017. Acrescenta § 7º ao art. 225 da Constituição Federal para determinar que práticas desportivas que utilizem animais não são consideradas cruéis, nas condições que especifica. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc96.htm>. Acesso em: 12 jun. 2017

_____. Projeto de Lei 478/2007. Dispõe sobre o Estatuto do Nascituro e dá outras providências. Disponível em < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=5C41A4D61A3ACEC1FB7988524DB13CDE.proposicoesWebExterno2?codteor=443584&filename=PL+478/2007>. Acesso em: 17 mai. 2017

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI/DF 3.685-8. Relatora Ministra Ellen Gracie. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363397>>. Acesso em: 08 mai. 2017

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI/CE 4.983. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: < www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=3509171&tipoApp=.pdf >. Acesso em: 10 mai. 2017

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI/DF 2.628-3. Relator Ministro Sydney Sanches. Data de Publicação: 05 mar. 2004. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=415051>>. Acesso em: 8 mai. 2017

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF/DF 54. Relator Ministro Marco Aurélio. Data de Publicação: 30 abr. 2013. Disponível em: <

https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/ADPF_54_DF_1387980410881.pdf?Signature=pNNjCyvZVMM%2BevnneJXg3S92ucQ%3D&Expires=1495057787&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=6fdc894f23179f65d15d259ea7c97337>. Acesso em: 17 mai. 2017

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 635659. Relator Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506>>. Acesso em: 18 fev. 2017

_____. Supremo Tribunal Federal. Voto do Min. Eros Graus no julgamento da ADI/DF 3.685-8. Data de Publicação: 10 ago. 2006. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/ADI3685%20Eros%20Grau.pdf> >. Acesso em: 8 mai. 2017

_____. Supremo Tribunal Federal. Voto do relator Min. Luiz Fux no julgamento conjunto da ADC 29/DF, da ADC 30/DF e da ADI 4578/DF. Data de Publicação: 29 jun. 2012. Disponível em: <
http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto_ADC_29ADC_30ADI_4578.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2017

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução do TSE nº 21002/2002. Relator Ministro Garcia Vieira. Data de Publicação: 15 mar. 2002.

BUNCHAFT, Maria Eugenia; LIMBERGER, Temis e MOREIRA, Eduardo Ribeiro. O casamento entre pessoas do mesmo sexo na Suprema Corte Norte-Americana: uma análise sobre a backlash à luz do debate entre Constitucionalismo Democrático e Minimalismo Judicial. **Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília: Escola de Direito**, v. 10, n. 1 Jan/jun, p. 227-257, 2016.

_____; CRISTIANETTI, Jessica. O refluxo em Roe versus Wade: uma reflexão à luz do diálogo entre Constitucionalismo Democrático e Minimalismo judicial. **Pensar-Revista de Ciências Jurídicas**, v. 21, n. 3, p. 987-1011, set./dez. 2016.

BUNCHAFT, Maria Eugenia. O “DIREITO DOS BANHEIROS” NO STF: CONSIDERAÇÕES SOBRE O VOTO DO MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO NO RE N. 845779 COM FUNDAMENTO EM POST, SIEGEL E FRASER1/2. In: **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2016, vol. 8, n. 14, p. 143-174, Jan./Jun..

_____; RADKE, Rafael Wagner. **ROE V. WADE: Os pontos de vista do Constitucionalismo Democrático e do Minimalismo Judicial**. Disponível em: <
<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=fea68355a2b250eb>>. Acesso em: 18 fev. 2017

CEARÁ. Lei Estadual nº 15.299, de 08 de jan. de 2013. Regulamenta a vaquejada como prática desportiva e cultural no Estado do Ceará. Diário Oficial do Estado do Ceará, 15 jan. 2013.

CRISTIANETTI, Jessica e DO REGO, Carlos Eduardo Reis Fortes. **Minimalismo, Constitucionalismo Democrático e o refluxo social em Roe Rage**. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=dfc0ddf31f87eeef>>. Acesso em: 18 fev. 2017

DAS CHAGAS, Carolina Alves. STF E AS VIRTUDES PASSIVAS: EM BUSCA DE UM CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIALÓGICO. *In: Separação dos poderes, democracia e constitucionalismo*, vol.1, p. 62, Belo Horizonte: INITIA VIA, 2016.

DOS REIS, Daniel Gustavo Falcão Pimentel. **Verticalização das coligações partidárias: melhor caminho para a coerência político-eleitoral?**. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/artigos_ver.php?idConteudo=42>. Acesso em: 23 de abr. 2017.

ESKRIDGE JR, William N. Backlash Politics: How Constitutional Litigation Has Advanced Marriage Equality in the United States. *In: Boston University Law Review*, v. 93, p. 275, 2013.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Petition for the Writ of Certiorari**. Roe v. Wade. 410 U.S. 113 / 1973. Jane Roe, et al., v. Henry Wade, District Attorney of Dallas County. Opinião Majoritária: Harry Blackmun. Washington, District of Columbia. Julgado em 22 jan. 1973.

_____. Suprema Corte. **Petition for the Writ of Certiorari**. Obergefell v. Hodges. 576 U.S. James Obergefell, et al., Petitioners v. Richard Hodges, et al. Voto de Justice Kennedy. Opinião Majoritária: Justice Kennedy. Washington D.C. Julgado em 26 jun. 2015.

FONTANA, David; BRAMAN, Donald. Judicial backlash or just backlash? Evidence from a national experiment. **Columbia Law Review**, p. 731-799, maio, 2012.

GREENHOUSE, Linda e SIEGEL, Reva. Backlash to the Future? From Roe to Perry. **UCLA L. Rev. Discourse**, v. 60, p. 240-246, 2013.

_____. Before (and after) Roe v. Wade: New questions about backlash. **Yale Law Journal**, Yale, v. 120, n. 8, 2011. Disponível em: <<http://www.yalelawjournal.org/feature/before-and-after-roe-v-wade-new-questions-aboutbacklash>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

KLARMAN, Michael. Brown and Lawrence (and Goodridge). *In: Michigan Law Review*, v. 104, n. 3, p. 431-489, 2005.

_____. Brown, racial change, and the civil rights movement. *In: Virginia Law Review*, Vol. 80, p. 7-150, fev. 1994.

_____. Courts, Social Change, and Political Backlash. *In: Hart Lecture at Georgetown Law Center*, March 31, 2011 – Speaker’s Notes. Disponível em: <<http://tinyurl.com/bz4cwqk>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

_____. How Great Were the " Great" Marshall Court Decisions?. **Virginia Law Review**, v. 87, n. 6, p.1111-1184, out. 2001.

_____. Race and the Court in the Progressive Era. *In: Vanderbilt Law Review*, v. 51, p. 881-952, 1998.

_____. Rethinking the Civil Rights and Civil Liberties Revolutions. *In: Virginia Law Review*, v. 82, n. 1, p.1-67, fev. 1996

_____. The Racial Origins of Modern Criminal Procedure. *In: Michigan Law Review*, v. 99, n. 1, p.48-97, out. 2000

_____. The White Primary Rulings: A Case Study in the Consequences of Supreme Court Decisionmaking, *In: Florida State University Law Review*, v. 29, p. 55, 2001.

_____. Windsor and Brown: Marriage Equality and Racial Equality. *In: Harvard Law Review*, v. 127, p. 127-160, nov. 2013.

KRIEGER, Linda Hamilton. Afterword: Socio-Legal Backlash. *In: Berkeley Journal of Employment and Labor Law*, v. 21, n. 1, p. 476-520, 2000.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. Salvador: Juspodivm, 2014.

MARCHIORI, Carolina Milani. **ANÁLISE DA ADPF 54: MAPEAMENTO DA DECISÃO E VERIFICAÇÃO DE UMA POSSÍVEL FORMAÇÃO DE PRECEDENTE**. 2012. p.103. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2012.

MARMELSTEIN, George. **Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas ao ativismo judicial**. Texto-base de palestra proferida durante o Terceiro Seminário Italo-Brasileiro, proferida em outubro de 2016, em Bolonha-Itália.

MARINONI, Luiz Guilherme. APROXIMAÇÃO CRÍTICA ENTRE AS JURISDIÇÕES DE CIVIL LAW E DE COMMON LAW E A NECESSIDADE DE RESPEITO AOS PRECEDENTES NO BRASIL. *Revista da Faculdade de Direito Ufpr*, [s.l.], v. 49, p.11-58, 31 dez. 2009. Universidade Federal do Paraná.

MONTEIRO, Maurício Gentil. A "verticalização" das coligações partidárias nas eleições gerais de 2002. *Revista da Esmese*, Aracaju, n. 3, p. 277-294, 2002.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage. Democratic Constitutionalism and Backlash. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 2007; Yale Law School, Public Law Working Paper, nº 131.

PULIDO, Carlos Libardo Bernal. Direitos fundamentais, juristocracia constitucional e hiperpresidencialismo na América Latina. Tradução por: DE FREITAS, Graça Maria Borges. *In: Revista Jurídica da Presidência Brasília*. v. 17 n. 111, p. 15-34, fev./maio 2015.

SCHACTER, Jane S. Courts and the politics of backlash: Marriage equality litigation, then and now. *In: Southern California Law Review*. v. 82, p. 1153-1289, 2009.

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.

SIEGEL, Reva. **Same-sex marriage and backlash: constitutionalism through the lens of consensus and conflict**. The lecture was delivered on 16 March 2016. Disponível em: <<http://diana-n.iue.it:8080/handle/1814/41324>>. Acesso em 19 mar. 2017.

SUNSTEIN, Cass R. Backlash's Travels. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, v. 42, p. 435, março 2007.

UNITED STATES OF AMERICA. **Louisiana Civil Code Online**. Disponível em: <<https://www.law.lsu.edu/clo/louisiana-civil-code-online/>>. Acesso em: 07 abr. 2017.

WILLEMANN, Marianna Montebello. Consitucionalismo Democrático, Backlash e resposta legislativa em matéria constitucional no Brasil. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 33, janeiro/fevereiro/março de 2013. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-33-JANEIRO-2013-MARIANNA-WILLEMANN.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2017.

ZIEGLER, Mary. Beyond Backlash: Legal History, Polarization, and Roe v. Wade. **Wash. & Lee L. Rev.**, v. 71, p. 969, 2014.