

DEMOCRACIA E EFEITO BACKLASH NO JUDICIÁRIO: DA INTENÇÃO DEMOCRÁTICA AOS POSSÍVEIS EFEITOS DELETÉRIOS

DEMOCRACY AND THE BACKLASH
EFFECT IN THE JUDICIARY: FROM DEMOCRATIC
INTENT TO POSSIBLE DELETERIAL EFFECTS

MATHEUS TEODORO¹
FERNANDO DE BRITO ALVES²

RESUMO

Contemporaneamente é possível notar o aumento de manifestações populares em desacordo com decisões tomadas pela Corte Constitucional, ensejando o chamado efeito backlash. Portanto, necessária uma análise sobre suas intenções e seus efeitos, de modo a constatar, através do método hipotético-dedutivo, se representa uma maior participação popular, desejável em uma democracia, ou se é sintoma de uma anomalia sistemática. Conclui-se que representa efeito do alijamento do povo nos mecanismos da democracia, de modo que se vê obrigado a reagir, não se olvidando das problemáticas da própria vontade popular.

Palavras-chave: efeito *backlash*; vontade popular; democracia; ativismo judicial; direito constitucional.

ABSTRACT

It is possible to notice the increase in popular demonstrations in disagreement with decisions taken by the Constitutional Court, giving rise to the so-called backlash effect. Therefore, an analysis of its intentions and effects is necessary, in order to verify, through the hypothetical-deductive method, if it represents a greater popular participation, desirable in a democracy, or if it is a symptom of a systematic anomaly. It is concluded that it represents the effect of the jettisoning of the people in the mechanisms of democracy, so that it is forced to react, not forgetting the problems of the popular will itself.

Keywords: *backlash effect; popular will; democracy; judicial activism; constitutional right.*

- 1 Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Especialista em Advocacia Cível e Direito Público pela Escola Brasileira de Direito. Especialista em Direito e Processo Previdenciário pela Damásio Educacional. Advogado. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-5863-0238>.
- 2 Doutor em Direito pela Instituição Toledo de Ensino - ITE / Bauru-SP. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Graduado em Filosofia pela Universidade do Sagrado Coração e graduado em Direito pela Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, é especialista em "História e historiografia: sociedade e cultura" pela Faculdade Estadual de Filosofia, Ciências e Letras de Jacarezinho. Atualmente é Assessor Jurídico da UENP, Editor da Revista Argumenta, Coordenador do Programa de Pós-graduação (Mestrado e Doutorado) em Ciência Jurídica (2014-2022). Realizou estágio de pós-doutorado no Lus Gentium Conimbrigae da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2013-2014), Visiting researcher na Universidad de Murcia (2019). ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-8917-4717>.

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

TEODORO, Matheus; ALVES, Fernando de Brito. Democracia e efeito backlash no Judiciário: da intenção democrática aos possíveis efeitos deletérios. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 17, n. 3, p. 228-241, 2022. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v17i3.9113>.

1. INTRODUÇÃO

Na construção doutrinária recente, tem-se o desenvolvimento do efeito backlash, originado no sistema judicial americano, em que a opinião popular se mostra fortemente contrária a posicionamento tomado por uma decisão estatal, buscando desconstituir sua vigência.

Nacionalmente opera-se movimento no mesmo sentido. Tratando especificamente de decisões provenientes do Judiciário, mormente de nossa Corte Constitucional, o efeito backlash, em um primeiro momento, busca representar a tentativa de trazer maior legitimidade para os atos deste poder, servindo como indicativo de que se afastou em demasia do que a vontade popular espera.

Assim sendo, partindo do pressuposto de que este efeito backlash procura proporcionar maior participação popular nos meandros do exercício do poder estatal, restringindo a análise em face do Judiciário, nasce a problemática se, de fato, contribui com sua finalidade, ou seja, se proporciona maior democratização do Judiciário ou se representa um sintoma em face de uma anomalia do sistema democrático, que é o alijamento popular de seus mecanismos.

Importante considerar, neste contexto, as dificuldades advindas da vontade popular ouvida de modo direto, como as possíveis distorções de seus intentos, bem como potenciais exageros e equívocos populares.

Portanto, através do método hipotético-dedutivo, será objetivado, neste trabalho, a testagem da hipótese aventada, considerando as possibilidades de efeitos deletérios à democracia, ainda que não sejam pretendidos pela teoria base.

2. EFEITO BACKLASH: A CONSTRUÇÃO DOUTRINÁRIA E SUAS CAUSAS

De início, é fundamental que se tenha uma noção, ainda que não exaustiva, sobre a construção doutrinária a respeito do efeito backlash e as causas que ensejaram a criação deste posicionamento.

Assim sendo, fica clara a contribuição para a criação desta tese a existência de um Judiciário cada vez mais ativo, e ativista, de modo que se incursiona, comumente, por diversos campos sociais, inclusive na seara política, de modo a proporcionar fortes reações populares às decisões que são proferidas. Com isto não se quer dizer que o efeito backlash se limite às decisões emanadas do Judiciário, embora tais decisões sejam exemplos comuns.

Relevante considerar que este estudo se restringirá à relação do efeito backlash em face das decisões do Judiciário, reforçando a ciência de que não se restringe a esse Poder. Ainda, oportuno realizar a ressalva metodológica de que se entende, no caso nacional, que a Corte Constitucional integra o sistema judiciário pátrio. É cediço que em outros Estados ela pode estar fora deste sistema.

Ainda, é dever pontuar que o efeito backlash também alcança decisões de outros tribunais ou mesmo juízes de piso, integrantes inequívocos do sistema judiciário. Como esclarece

Fonteles (2019, p. 34), “também é um erro supor que o *backlash* sempre nasce para contestar decisões colegiadas de Tribunais. O mais rotineiro é que o seja, contudo (...) pode perfeitamente ocorrer contra decisões proferidas por juízos singulares”.

Na senda do que ensina Martins (2021, p. 83-85), o efeito *backlash* representa uma forte reação em face de um ato público, seja uma lei, uma decisão judicial ou um ato da Administração Pública. Na seara do Judiciário, normalmente posta-se em face do ativismo judicial, ou seja, da atividade exagerada do Judiciário, podendo partir tanto da população quanto de outro poder. Esta rejeição, por sua vez, é robusta na busca de resistência em face do cumprimento da determinação.

Neste mesmo sentido, Sunstein sustenta que o efeito *backlash* trata-se de uma reação forte em face de uma decisão judicial controversa, sendo acompanhado de medidas agressivas para a remoção de sua força jurídica (SUNSTEIN, 2007, p. 1).

Necessário ponderar que parte da doutrina relaciona este efeito com posicionamentos conservadores, considerando que as decisões atacadas geralmente ameaçam o *status quo* (POST; SIEGEL, 2007, p. 389). Contudo, atentando-se à cientificidade da abordagem, não se pode olvidar posicionamentos contrários, como os de Kleinlein e Petkova, afirmando que as decisões ensejadoras do movimento nem sempre ameaçam o *status quo*. Desta feita, embora não seja exemplo tão comum, nada impede a existência do efeito *backlash* calcado em posicionamentos não conservadores (KLEINLEIN; PETKOVA, 2017, p. 1075).

A fim de exemplificar esta possibilidade, basta observar as resistências às políticas da Administração de Donald Trump, em sua recente presidência dos Estados Unidos da América. Outro exemplo histórico na América do Norte pode ser visto no caso *Bowers v. Hardwick* (1986), ocasião em que a Suprema Corte Americana não se manifestou sobre a inconstitucionalidade de determinada lei que criminalizava a sodomia. Exemplo mais antigo tem-se no caso *Dred Scott v. Sandford* (1857), considerando a negativa da Suprema Corte Americana em reconhecer legitimidade de postulação ativa de um escravo que objetivava sua liberdade, ferindo sua cidadania. Portanto, necessário que se entenda o conceito do efeito *backlash* de forma expandida.

Como bem esclarece Fonteles (2019, p. 30), este alargamento da visão sobre o conceito do *backlash* evita “pré-compreensões equivocadas, a exemplo da pressuposição de que o fenômeno tem sempre como escopo conservar o *status quo* de classes dominantes ou impedir o direito de minorias. Essa visão maniqueísta e ideológica atrapalha avaliações posteriores”.

Na visão de Tushnet, inserido no Constitucionalismo Popular, a história dos Estados Unidos da América demonstra uma tendência ao Constitucionalismo popular, defendendo o ponto de vista de que as interpretações da Constituição se devem ao povo, independentemente de, por vezes, contrariar as interpretações dadas pelos Tribunais (TUSHNET, 2006, p. 991).

De outro lado, para o Constitucionalismo Democrático, é necessário um ponto de equilíbrio entre a posição centrada na decisão do Judiciário e o Constitucionalismo Popular, que enfraquece vigorosamente esta prerrogativa. Assim, a Corte Constitucional detém a legitimidade para suas funções interpretativas, porém respaldando-se nos valores e ideais populares (POST; SIEGEL, 2007, p. 374-379).

Assim, para esta doutrina, o *backlash* termina por ser mostrar um movimento natural, considerando que a própria ideia de Constituição é construída com base no diálogo entre autoridades estatais e os cidadãos (POST; SIEGEL, 2007, p. 374).

Como é possível notar, o conceito de backlash não é unívoco. Porém, pode-se entendê-lo como uma reação popular em face de uma decisão controversa emanada de ente estatal como, na hipótese deste estudo, o Judiciário.

Partindo do cenário de estudo deste trabalho, qual seja, o Judiciário, vislumbra-se como principal mote desta reação são as decisões judiciais controversas, que por sua vez são oriundas de uma maior participação do Judiciário no exercício do poder, ainda que político, sustentadas pelo ativismo judicial. Aqui cumpre rememorar a diferenciação entre Judiciário ativo e ativista, feita por Martins (2021, p. 83), quando afirma a maior atividade do Judiciário pelo Neoconstitucionalismo, ao passo que o ativismo judicial se trata de exacerbo deste poder, interferindo em campos que são atribuições dos demais poderes.

Destaca-se, com o supra exposto, uma das principais causas proporcionadoras do ativismo judicial, que é o novo modo hermenêutico que se instaurou no pós-segunda guerra mundial, atribuindo ao Judiciário uma função ativa de concretização de direitos em face das omissões estatais.

Na lição de Bernardes e Ferreira, o termo Neoconstitucionalismo não é unívoco, sendo consoante a “tantas quantas forem as tendências atuais a encarar os rumos dos problemas constitucionais”. Portanto, para diversos autores, representa uma faceta pejorativa, afirmando se tratar de uma doutrina enfraquecedora da supremacia da Constituição, dado que busca atenuar a rigidez constitucional. De outro vértice, esta corrente é caracterizada por parte da doutrina como movimento de superação do positivismo Jurídico, tornando a Constituição “repletas de princípios e regras, bem como pela enunciação de extenso catálogo de direitos fundamentais e, às vezes, de normas peculiares a respeito da interpretação e aplicação das normas constitucionais (BERNARDES; FERREIRA, 2016, p. 58-59).

A pesquisa em análise não se debruçará sobre o mérito da questão do Neoconstitucionalismo, porém assenta-se a ideia de que, por meio desta jusfilosofia, o texto constitucional representa uma verdadeira “Constituição Invasora”, uma vez que invade “todos os assuntos e setores da vida política, social, econômica, cultural, religiosa e jurídica do Estado, condicionando a atividade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário” (BULOS, 2014, p. 79-81).

Logo, considerando que a Constituição é prolixa, aliado a inafastabilidade jurisdicional e ao Neoconstitucionalismo, é evidente que o Judiciário acaba manifestando-se sobre temas em que a divisão entre os campos jurídico e político se mostra tênue.

Isto se deve, dentre outros fatores, ao modo estrutural da Constituição Federal vigente, visto que acaba por concentrar funções e prerrogativas no Supremo Tribunal Federal. Como é notório suas prerrogativas não se limitam às funções de uma corte constitucional, mas também se consubstanciam como “foro judicial especializado e tribunal de última instância recursal” (CLÈVE; LORENZETTO, 2016, p. 222).

Clève e Lorenzetto se manifestam nos seguintes termos:

Talvez o Judiciário pudesse assumir um papel mais modesto, uma vez reconhecido o fato de que os direitos devem ser garantidos também pelos demais Poderes, às vezes mais próximos da realidade social e detentores de legitimação democrática. Cumpre reconhecer que, nos últimos tempos, multiplicaram-se as objeções quanto a possíveis excessos verificados em decisões judiciais (CLÈVE; LORENZETTO, 2016, p. 221).

Desta nova sistemática surge um fenômeno, que é a reação em face de decisões judiciais, incomuns nos modelos anteriores, especialmente pelo trato constitucional sintético e pela contenção do Judiciário.

Notório que o efeito backlash tem cunho popular, no sentido de uma reação da população em face de um exagero estatal. Contudo, ainda que em um primeiro momento possa avultar contornos democráticos, elementar que se analise cautelosamente suas possibilidades e resultados, com a finalidade de se observar se, de fato, é benéfico para a democracia.

3. O EFEITO BACKLASH E AS MANIFESTAÇÕES DE DEMOCRACIA

Se à primeira vista o efeito backlash ostenta um caráter democrático, pelo fato de haver resistência popular em face de uma extrapolação estatal, é certo que também pode ser ferramenta para, justamente, afastar a democracia.

A principal causa que ataca a legitimidade do efeito backlash é a ausência de mecanismos para que se constate se de fato é manifestação representante da população, sob pena de gerar dois efeitos indesejados e antidemocráticos, a saber, a utilização deste fenômeno como álibi de posicionamentos pessoais dos julgadores e a modificação de entendimentos democráticos por uma minoria organizada.

É o que conceitua Zagrebelsky, ao indicar as possibilidades de autocracias revestirem-se de contornos democráticos, aparentando respeitar o sistema, mas que em verdade pretendem aquisição e manutenção do poder, incorrendo na possibilidade de um julgamento jurídico passar a ser um julgamento político (ZAGREBELSKY, 2012, p. 95-108).

Tratando do primeiro tema, o fenômeno em estudo pode servir de método para legitimação de decisões judiciais, por mais paradoxal que possa parecer, dado que se há movimento legitimamente democrático se opondo há um posicionamento judicial, as decisões em contrário ganham força. Essa problemática recai na crítica de Streck em face dos métodos interpretativos.

Como aponta Streck as críticas são robustas e numerosas em razão dos métodos de interpretação legais utilizados contemporaneamente, uma vez que disfarçam as ideologias e crenças pessoais que impregnam as decisões judiciais, gerando “o álibi teórico para emergência das crenças que orientam a aplicação do Direito”. Com isto, embora aparentemente vertidos do caráter científico, estes métodos acabam por reforçar a crença de que o Judiciário é alheio a ideologias políticas, buscando transmitir neutralidade à sociedade (STRECK, 2020, p. 244-247).

Pertinente a associação entre a interpretação dos efeitos do backlash com os métodos interpretativos constitucionais e legais, posto que com a aproximação do Direito e da Moral, pretendida pelo Neoconstitucionalismo, o argumento da democracia é extremamente relevante para a interpretação e aplicação do Direito, por meio de decisões judiciais, ainda que seja conceito relativamente abstrato.

Com isto, possibilita-se a argumentação de descrédito em face de determinada decisão judicial, em nome do efeito backlash, em favor de outra, como forma de manipular o julgamento

da lide, especialmente no âmbito colegiado da Corte Constitucional, que trata diretamente com a Constituição e suas abstrações.

Neste contexto, pertinente é a observação de Clève e Lorenzetto, quando sustentam que é necessário vigiar mais proximamente as atividades das Cortes Constitucionais, mormente na contemporaneidade, dada a maior atividade conferida pelos desenhos institucionais traçados atualmente. Esta vigilância deve se atentar, especialmente, no momento em que as decisões tangenciam questões políticas, considerando que a Corte Constitucional, pela estrutura política adotada, tem “capacidade de tomar decisões que afetam de maneira decisiva, para melhor ou para pior, a vida da comunidade” (CLÈVE; LORENZETTO, 2016, p. 59).

Dito isto, como Zagrebelsky elucida, há plena possibilidade de manipulação da vontade popular pelos detentores do poder, com a finalidade de fortalecimento de suas posições, enquanto atores sociais:

O povo não era ator, mas apenas uma peça no tabuleiro, mesmo se iludindo de ser o protagonista principal. Este é justamente o uso instrumental da “democracia” (...) não precisamos dizer quais sejam hoje as forças dogmáticas (de matriz não somente religiosa, mas também ideológica, nacionalista, racista etc.) que se adequam instrumentalmente à democracia, utilizando-a apenas como um caminho; um caminho, no momento presente, mais fácil que os outros. Nem nos cabe indicar quais sejam as forças cuja aceitação da democracia mal esconde a aspiração ao poder puro. Forças que se tornam fanáticas pela sua verdade. Forças sem alma, para as quais tudo é instrumental, até mesmo a ênfase exibida sobre valores como liberdade, família, solidariedade, amor de pátria. Tudo isso nos é evidente, embora nem todos nós concordemos sobre a identificação concreta dessas verdades. Provavelmente para alguns poderiam parecer dogmáticas as forças que outros achariam céticas, e vice-versa. O campo político é onde as opiniões são mais contrastantes. Para nós, todavia, é importante aqui, falando sobre a democracia, concordar sobre a existência dessas forças, sejam quais forem. A questão é que todas elas concordam em conceber a democracia somente como um meio. Quando a atitude das forças em relação à democracia é amigável, o é apenas como a dos amigos interesseiros. É a democracia dos hipócritas (ZAGREBELSKY, 2012, p. 108).

Isto posto, avulta-se um fator alarmante: como se reconhece que determinadas manifestações populares contrárias à um posicionamento judicial são, de fato, representantes da maioria popular?

Ainda em Zagrebelsky, a fim de ilustrar o que está sob análise, tem-se a passagem do julgamento de Jesus e do clamor popular por sua morte. Como destaca o autor, as manifestações da população que exigiam sua pena capital eram advindas de uma parte ínfima do povo judeu, porém foi tomado como representação da coletividade por interesses políticos (ZAGREBELSKY, 2012, p. 111).

Com isto, incorre-se na segunda problemática, que é a possibilidade de pequenos grupos organizados exercerem pressão através de opinião pública, transmitindo-se a impressão de que suas pautas representam a maioria democrática. Aqui tem-se um debate muito presente na doutrina, que é o governo da maioria em face da defesa da minoria.

Como Agra bem aduz, é pilar de democracia respeitar-se a vontade da maioria, o que de forma alguma deve representar movimento para “tolher direitos fundamentais das minorias que

foram instituídos pela Carta Magna. As minorias devem acatar as decisões políticas tomadas pela maioria, desde que elas não atinjam aqueles direitos considerados essenciais pela Constituição” (AGRA, 2018, p. 667).

Mendes afirma que uma das principais funções da Corte Constitucional é, justamente, “garantir que as decisões políticas majoritárias não desrespeitem um núcleo básico de regras sobre as quais aquela sociedade política se assenta” (MENDES, 2008, p. 3).

Desta feita, se de um lado tem-se a correta impossibilidade de impor-se a vontade da maioria em face da minoria quando lhe atinja direitos fundamentais, evidentemente que não deve uma minoria impor sua vontade à maioria, quando as decisões políticas não representem prejuízos para este núcleo primordial de direitos.

Importante que se destaque este ponto, uma vez que com a ampla possibilidade de judicialização de quase qualquer tema, bem como com os preceitos e princípios abstratos da Constituição, aliado às posições Neoconstitucionalistas, mostra-se possível que a minoria derrotada democraticamente busque um atalho à democracia através do Judiciário.

Cumprido pontuar que o Neoconstitucionalismo instala uma nova forma de interpretação, fortemente principiológica, considerando que “os princípios são maleáveis pois seu significado não pode determinar-se no plano abstrato, mas somente em casos específicos”, delineando-se o “perigo da discricionariedade” (ALVES; SCHERCH, 2018, p. 81)

Com isto aventado, imperioso considerar as diferenças de contexto entre as sociedades americana, originária do conceito de backlash, e da brasileira. Da observação da participação social na política nacional, destaca-se a passividade.

Neste sentido, é histórico que a instauração da República no Brasil, exemplificando esta ausência de participação popular na política nacional, se deu através de um golpe militar, ressaltando-se o que afirma Baleeiro (2012, p. 26): “os assalariados do comércio e os operários ou artesãos praticamente não tiveram voz na Constituinte”.

Nesta senda manifesta-se Beras (2013, p. 174), declarando que da observação da democracia nacional, importada do modelo europeu, não vislumbra-se a existência de sociedade civil organizada ou valores liberais arraigados no ideário social, consoante apresentava-se no sistema modelo.

Assim, a possibilidade de um pequeno grupo organizado politicamente fazer prevalecer a impressão de que suas manifestações são as mesmas da maioria da população é presente. Especialmente se considerado este histórico de passividade de participação popular na política nacional. Inconscusamente o perigo à democracia que daí advém.

A potencialização desta usurpação da maioria democrática é justamente pela falta de mecanismo para aferição da vontade popular. Em verdade, é a falta de mecanismo alternativo, uma vez que o Legislativo é, por excelência, esta ferramenta de representação da vontade do povo, ainda que apresente falhas.

Como ensina Tavares (2016, p. 967), “tradicionalmente, como se sabe, a incumbência de redigir e editar as leis gerais, que devem reger a sociedade, encontra-se atribuída ao Poder Legislativo”.

Streck e Oliveira indicam que esta separação de poderes é doutrina que remonta à “Grã-Bretanha do século XVII, associada, umbilicalmente, a compreensão do *rule of law*”, embora já hajam conceitos pertinentes em Aristóteles e em Cícero (CANOTILHO *et al*, 2018, p. 145).

Aqui cabe descortinar uma crítica realizada ao Legislativo e Executivo, que é a falta de representatividade popular. É notável que há uma crise de representatividade nestes poderes, vislumbrada nas explícitas manifestações de desacordo popular. Contudo, como ensina Gargarella, este defeito no sistema de representação deve incentivar a busca pelo seu aperfeiçoamento e não seu completo abandono (GARGARELLA, 1997, p. 62).

De fato, na senda do que propõe o autor, as críticas dirigidas ao Legislativo e Executivo não autorizam sua substituição pelos juízes, do mesmo modo como não se justifica a instauração de uma ditadura quando há crise no Parlamento (GARGARELLA, 1997, p. 62).

A participação popular na elaboração e estruturação dos processos políticos é basilar para uma democracia saudável, buscando a “conformação com o princípio democrático, capaz de fluir um discurso onde os envolvidos concordem de um modo geral que a decisão foi a melhor escolha possível, no momento em que se produziu” (ALVES; SCHERCH, 2018a, p. 805).

Assim, importante que se compreenda que a existência do backlash é fenômeno da coletividade, fato social, não é, por si, causa de males, mas sim o sintoma de mudanças estruturais na sociedade que acabam por adoecer a separação dos poderes e o ideário democrático, assim como indica certa exclusão do povo do exercício do poder na democracia.

Ademais, para além desta indicação da existência de um descompasso na estruturação de política democrática, forçoso considerar que o efeito backlash pode ser ferramenta de distorções do próprio sistema democrático, como constatado.

4. AS MUDANÇAS DE PARADIGMAS E A REAÇÃO SOCIAL

Há quem defenda a positividade do efeito backlash, como sendo importante mecanismo de manifestação social em relação ao exercício do poder. É o caso do chamado Constitucionalismo democrático.

Para esta corrente, o backlash representa engajamento popular na sociedade aberta de intérpretes, nos moldes de Häberle, uma vez que é manifestação contrária a interpretação judicial que se descola do ideário popular. Assim, “o povo deve encarnar seu protagonismo na interpretação constitucional, deixando de ser um mero coadjuvante, à espera de uma decisão judicial” (MARTINS, 2021, p. 118-121).

Este fenômeno social é visto como modo de evitar-se o governo de juízes. Necessário considerar que a jurisdição constitucional possui função contramajoritária e tem como objetivo último garantir a incolumidade da Constituição que, por sua vez, pretende garantir a democracia. Assim, quando há invalidação de leis que ofendem a Constituição busca-se a defesa da própria democracia, ainda que se contrarie a vontade da maioria popular. Entretanto sempre há o risco de recair-se em um governo de juízes, de modo a ditar “de forma monolítica as interpretações oficiais a serem dadas aos diversos dispositivos da Constituição”. Assim, uma solução apresentada seria a criação da chamada “sociedade aberta de intérpretes da Constituição”, no modelo de Häberle (BINENBOJM, 2014, p. 282-283).

Entretanto, o fenômeno social em análise, como já dito, não é necessariamente causa de melhora no quesito democrático. Não é participação social que demonstre o bom funciona-

mento do sistema, dados os já existentes mecanismos de representação da vontade popular. Se se faz necessário que a população se poste contra uma decisão judicial, nestes contornos, evidencia-se que o sistema em si está adoecido. Havendo esta necessidade de reação, aclara-se que há falha na representação social pelo Legislativo, como também uma extrapolação de limites pelo Judiciário, alheio às vontades populares.

De fato, nestes termos se verifica que a vontade popular restou tão à margem da atenção estatal que se mostrou necessária uma reação brusca para que o povo se faça ouvir dentro de sua própria democracia. É contradição em seus próprios termos.

A questão demonstra sua complexidade. Como apontam Nascimento e Alves, há problemática, especialmente no âmbito nacional, referente a representação social, ou sua carência, no Legislativo ao passo que o Judiciário é “muitas vezes considerado como um grupo de pessoas apartadas da realidade social” (NASCIMENTO; ALVES, 2020, p. 264).

Este estado de coisas tangencia as afirmações de Zagrebelsky sobre a democracia dogmática e cética, nas quais a vontade popular não é de fato interesse dos que ocupam posições de poder, representando somente ferramentas manipuláveis para a manutenção do poder político ou para a defesa dogmática de suas ideologias, comportamentos contrários ao que se espera de uma democracia crítica (ZAGREBELSKY, 2012, p. 107-143).

Com isto não se quer dizer que o efeito backlash é um problema em si, mas que é sinal de uma dificuldade social muito mais gravosa, para além da possibilidade de sua corrupção a fim de que deixe de ser uma manifestação popular para ser utilizado como ferramenta de subversão da democracia.

De mais a mais, não se pode olvidar a possibilidade do equívoco da própria vontade popular, bem como de sua volatilidade. O efeito backlash se assemelha ao *referendum* e as pesquisas de opinião com finalidade de conhecimento de posicionamento político, institutos que geram ressalva para uma democracia crítica, considerando a plena possibilidade de manipulação, como também de equívoco na vontade manifesta (ZAGREBELSKY, 2012, p. 135-144).

Nesta mesma toada postam-se as afirmações de Nascimento e Alves, ao assentarem que uma parte razoável da população deixa-se seduzir pelo discurso do “vox Populi vox dei” (NASCIMENTO; ALVES, 2020, p. 265).

Na esteira de Brega Filho e Alves, não é razoável manter-se o ideário de que a vontade popular é infalível. Em verdade “o povo, ao contrário, é limitado e falível, não possui qualidades sobre-humanas (onipotência e infalibilidade, por exemplo) e sua autoridade não deveria ser deduzida dessas supostas qualidades” (BREGA FILHO; ALVES, 2015, p. 126).

De outro vértice, vislumbra-se que um fator importante da problemática são os preceitos neoconstitucionalistas adotados pelo sistema jurídico pátrio. Como ensina Bulos, esta corrente jusfilosófica tem fortes concepções axiológicas do direito, ensejando a interferência direta da moral no campo jurídico. Para o doutrinador, o Neoconstitucionalismo representa deturpação da valorização das “normas-princípio”, de modo que “tudo virou princípio, muitos juízes deixam de aplicar as normas jurídicas, em nome de ilações e mais ilações, transformando conjecturas em certezas, probabilidades em axiomas, deturpando a grande importância que os princípios, verdadeiramente, possuem” (BULOS, 2014, p. 81-86).

Na toada de Ramos, as decisões judiciais ativistas são melhores percebidas quando advindas de interpretações constitucionais, haja vista que sua estruturação se dá, em grande medida, por normas-princípio, bem como possui vagueza e ambiguidade semântica, permitindo fluidez ao texto. Ademais, há supremacia do Judiciário no modelo pátrio, uma vez que é o incumbido de interpretar a Constituição através do “controle de constitucionalidade de atos e omissões legislativas (sistema europeu), quer por se tratar do órgão de cúpula do Poder Judiciário e que, nessa condição, tem a palavra final sobre questões constitucionais (sistema estadunidense)” (RAMOS, 2015, p. 142-143).

Como ensina Fernandes, em contrário às manifestações aprofundadas prolatadas pelo Judiciário, posta-se a corrente minimalista, sustentando que seria profícuo à democracia uma postura cautelosa da Corte Constitucional. Por isto, entende-se que suas manifestações devem ser estreitas e superficiais “no sentido de favorecer passos curtos e cautelosos, construindo paulatinamente o futuro, a partir das decisões e práticas sociais do passado” (FERNANDES, 2017, p. 206-207).

Assim, quanto mais cautelosa for a Corte Constitucional, menor as chances de produzir-se backlash e comprometer o “capital político do Tribunal, o que poderia afetar, a longo prazo, as suas próprias metas”, dado que deixaria as questões sensíveis amadurecerem na seara política (FERNANDES, 2017, p. 207).

Como declara Fonteles, a Constituição atribui à Pretória Corte somente a função contramajoritária, com a incumbência de respeitar a vontade popular estampada no Texto Maior, “portanto, é tecnicamente correto se servir dela *moderadamente*”. Deste modo, avulta-se a crítica em face das pretendidas funções representativa e iluminista da Corte, consistindo na tentativa de exteriorizar a vontade popular ainda não analisada pelo Parlamento e a de se opor em face da própria vontade do povo, que “estaria paralisada por um obscurantismo”, respectivamente (FONTELES, 2020, p. 64).

A problemática é complexa. Se de um lado não se pode descartar completamente as manifestações da vontade popular, de outro possibilita-se manipulações e eventuais equívocos advindos destas manifestações. Na senda do que ensina Zagrebelsky (2012), é necessário cautela em face da vontade popular. Evidente que em um sistema democrático ela é suprema, porém não deve ser ilimitada. Isto porque há plena possibilidade de que a vontade popular esteja equivocada, bem como o próprio agir das massas pode estar inserido em um contexto de “massa psicológica”, que ausenta o povo das noções de responsabilidade e proporciona a sensação de invencibilidade (ZAGREBELSKY, 2012, p. 125-139).

Repise-se, a força política originada da vontade popular pode ser manipulada, sendo de mais fácil ocorrência quando se relaciona com manifestações diretas do povo, considerando a dificuldade de obter ciência se as referidas manifestações são de fato da maioria popular (ZAGREBELSKY, 2012).

Portanto, a democracia deve buscar sua faceta crítica, vedando a possibilidade de que autocratas usem dos mecanismos democráticos, assim como a vontade popular, para manutenção de suas posições de poder (ZAGREBELSKY, 2012, p. 14-15, 151-152).

De outro vértice, mostram-se antidemocráticas as posições que alijam a vontade popular dos mecanismos políticos. Não há que se falar em democracia sem observação da vontade política advinda das manifestações do povo. Deste contexto possibilita-se o surgimento de

“moderadores” da vontade do povo, incorrendo no conceito de democracia acrítica de Zagrebelsky, como já assentado.

Agravando a já complicada questão, tem-se a própria estrutura da Constituição, que buscou condensar direitos em seu arcabouço, ainda que referentes a uma sociedade heterogênea, com ideologias, religiões e concepções de mundo muito diversas. Assim “cumpre, também, reconhecer que a amplitude dos direitos positivados possibilita a leitura e a defesa de posições substantivas muitas vezes opostas” (CLÈVE; LORENZETTO, 2016, p. 61-62).

De fato, é questão complexa e de difícil equilíbrio. Como Nascimento e Alves avultam, o efeito backlash revela a tensão existente entre as correntes que defendem o protagonismo do Parlamento, apoiadas nas ideias de democracia eleitoral, representativa, entre outras formas; o protagonismo Judicial; que se calcam nas teorias do constitucionalismo e humanismo; e do protagonismo popular, que demandam limitações para que não se ameace a própria democracia (NASCIMENTO; ALVES, 2020, p. 264-265).

Cumprir pontuar que o constitucionalismo, como teoria, não busca limitar somente o poder do Parlamento, por meio do controle de constitucionalidade realizado pelo Judiciário. Isto porque representa, similarmente, limites ao poder do próprio órgão julgante, uma vez que sua finalidade maior é a limitação do Poder do Estado, conformando cada ator social ao seu devido papel, delineado pela Constituição.

Quando se possibilita que atores sociais, sejam quais forem, atuem para além dos limites constitucionais, permite-se um desequilíbrio na democracia, de modo que se vê em ameaça. Do mesmo modo que é plenamente possível que desrespeitos à Constituição se originem do Parlamento, também podem ter gênese no Judiciário ou na própria vontade popular.

Assim, o que se denota é o papel de indicação da existência de problemas na democracia que desempenha o efeito backlash. Portanto, se a consideração da vontade popular no exercício do poder deve afastar-se do “vox populi vox dei”, tratando-se de efeito backlash também deve-se atentar para eventuais exacerbações dos poderes estatais.

Com estas considerações é possível notar que o efeito backlash tem dupla função, para além da manifestação social em si. Uma destas funções já restou destacada, qual seja, a indicação de que há um desarranjo no funcionamento dos mecanismos democráticos. Outra função é a indicação de desejo social por uma mudança de paradigma.

Esta transformação ou mudança pode significar, após analisada a manifestação popular com todas as cautelas que são necessárias, um certo amadurecimento do próprio sistema democrático onde há clamor popular por maior participação. Em outros termos, se decisões extravagantes provenientes do Estado fossem aceitas passivamente ficaria demonstrada a imaturidade da democracia inerente ao ideário social. Se há manifestação, para além da indicação de um desarranjo, também se demonstra certo clamor social por maior participação popular na política.

Como Paulino indica, na medida em que há amadurecimento e solidificação da democracia, maior clamor social para que a última palavra sobre direitos passe da jurisdição constitucional para uma “autoridade democraticamente eleita” (PAULINO, 2018, p. 140).

O autor parte do pressuposto de que em sociedades onde o sistema democrático ainda não se encontra consolidado, comumente instaurado após governos não democráticos, mos-

tra-se necessário o fortalecimento do controle de constitucionalidade pelo Judiciário, a fim de garantir que a maioria, legitimada pela democracia, não persiga minorias. Nas palavras do autor, o “uso do constitucionalismo aliado a uma corte constitucional restringindo o poder da autoridade democrática, pode contribuir para a própria estabilização da democracia constitucional”, dado que facilitaria a transição cultural antiga para uma democrática, visando respeito aos direitos (PAULINO, 2018, p. 139-140).

Portanto, conforme já exposto neste trabalho, se de um lado não se mostra razoável o tratamento idólatra do “vox Populi vox dei”, também não se pode alijar manifestações da vontade popular em um sistema democrático.

Logo, operando-se o efeito backlash, para além da constatação de um mal funcionamento no sistema democrático, tem-se um indicador de um possível amadurecimento popular, clamando menor controle judicial sobre defesa de direitos em favor de uma maior participação social nesta tarefa, através dos poderes que se estruturam por votação.

Esta maior participação social não implica na extinção do controle exercido pelo Judiciário, mas sim seu uso em casos extraordinários, em uma atuação mais contida, na medida do fortalecimento do sentimento democrático no arcabouço da cultura popular.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme analisado na pesquisa em comento, o efeito backlash representa reação popular em face de decisões estatais, especialmente judiciais, que extrapolam seus campos de atuação, invadindo competências de outros poderes, em claro ativismo judicial.

Esta indevida interferência ocorre por diversos fatores, entre eles as omissões do Legislativo e Executivo, do novo modo hermenêutico defendido pelo Neoconstitucionalismo e do tratamento extenso dado pela Constituição para os mais diversos campos sociais, através de princípios e normativas abstratas que possibilitam alargada margem interpretativa para o julgador.

Neste contexto, não raramente vê-se decisões proferidas pelo Judiciário que provocam questionamento social, em face de eventual politização da Corte Constitucional, uma vez que, pelos fatores acima indicados, os limites entre política e direito se mostram dúbios.

Desta feita, embora o efeito backlash apresente contornos democráticos, em verdade indica anomalias no funcionamento do sistema democrático, uma vez que o povo se vê obrigado a reagir fortemente a fim de que seja ouvido pelos atores políticos. Assim, corrobora-se a constatação de que há falha na representação da vontade popular, ficando o povo alheio de efetiva participação política.

De outro lado, a manifestação da vontade popular também possui pontos de cautela, uma vez que estas exteriorizações, mormente através do efeito backlash, tema do trabalho, pode proporcionar a impressão de representação da maioria social, ao passo que não o é. Assim, seria possível uma minoria impor seus desejos pela transmissão à Corte Constitucional de uma falsa percepção de maioria popular, contrariando o cerne da democracia.

De mais a mais, o contato direto com a vontade popular, sem qualquer filtro, possibilita, para além de eventuais exageros e equívocos da vontade do povo, manipulação pelos detentores do poder, no sentido de se utilizarem destas manifestações não para efetivamente ouvir o povo, mas para criar álbis para suas posições políticas e filosóficas, como ensina Zagrebelsky.

Isto porque a visão da vontade do povo através do efeito backlash é um estreito recorte da vontade da coletividade, incorrendo, portanto, em risco de manipulações, mal-entendidos e equívocos.

Em outra senda, o efeito backlash também pode indicar certo amadurecimento popular no sentido de desejar-se maior participação na política e no trato com direitos e menor interferência direta do Judiciário.

Isto é possível quando se constata desenvolvimento do sentimento democrático bastante na cultura social, de modo que não há necessidade de recorrentes interferências do Judiciário para garantia de direitos e da democracia.

Portanto, embora o efeito backlash não seja um malefício em si, indica a existência de falhas no sistema democrático. Assim, é sintoma de um desarranjo mais grave na democracia, de modo que se mostram necessárias correções para que estas manifestações não mais ocorram, não por proibição, mas pelo razoável funcionamento dos mecanismos democráticos.

Conclui-se que o efeito backlash é ferramenta de exteriorização da vontade popular e é indicador social que deve ser observado pelos atores políticos. Entretanto, necessário que se faça com cautela, observando se o movimento não representa uma parcela ínfima da sociedade que está em condições de veicular suas opiniões de forma alarmante. Ato contínuo, necessário cuidado com o relacionamento direto entre o ente estatal, no caso da hipótese deste trabalho o Judiciário, e a vontade popular, a fim de que não se recaia em uma democracia acrítica, como aduz Zagrebelsky.

Assim, embora haja ressalvas em face do efeito backlash, mostra-se como um movimento social que contribui com a democracia, seja pela própria opinião popular externada seja pelo indicativo de que há alijamento social dos mecanismos decisórios, que é um desarranjo nos mecanismos democráticos em si, evidenciando a necessidade de correções para maior participação do povo nesta sistemática.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ALVES, Fernando de Brito; SCHERCH, Vinícius Alves. Decisões políticas e direitos fundamentais: a perspectiva do constitucionalismo popular. **RJLB - Revista Jurídica Luso-Brasileira**, v. 4, p. 781-808, 2018a.

ALVES, Fernando de Brito; SCHERCH, Vinícius Alves. Discricionariedade judicial ou juízes legisladores: anotações sobre o limite e o alcance da atividade interpretacional dos juízes por meio de uma concepção coerente da discricionariedade. **Revista Brasileira de Teoria Constitucional**, v. 4, n. 2, p. 66-87, 2018b.

BALEEIRO, Aliomar. **1891**. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

BERAS, Cesar. **Democracia, cidadania e sociedade civil**. Curitiba: InterSaberes, 2013.

BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Direito Constitucional**: Tomo I – Teoria da Constituição. 6. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2016.

- BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional** - legitimidade democrática e instrumentos de realização. 4. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- BREGA FILHO, Vladimir; ALVES, Fernando de Brito. Termidorizar a deliberação: o papel das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Brasileira de Direito**, n. 11, p. 124-134, 2015.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CANOTILHO, J. J. Gomes et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. **Governo democrático e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017.
- FONTELES, Samuel Sales. **Direito e backlash**. Salvador: Editora JusPODIVM, 2019.
- FONTELES, Samuel Sales. **Hermenêutica Constitucional**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2020.
- GARGARELLA, Roberto. La dificultad de defender el control judicial de las leyes. **Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**, n. 6, p. 55-70, 1997.
- KLEINLEIN, Thomas; PETKOVA, Bilyana. Federalism, Rights, and Backlash in Europe and the United States. **International Journal of Constitutional Law (I.CON)**, v. 15, n. 4, p. 1066-1079, 2017.
- MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.
- MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2008.
- NASCIMENTO, Arthur Ramos do (org); ALVES, Fernando de Brito et al. DIREITOS humano-fundamentais e a pesquisa jurídica na UFGD: os olhares da academia sobre os paradigmas contemporâneos. São Paulo: Liber Ars, 2020.
- PAULINO, Lucas Azevedo. **Jurisdição constitucional sem supremacia judicial**: entre a legitimidade democrática e a proteção de direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, v. 42, p. 373-433, 2007.
- RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. 2. ed. Belo Horizonte: Coleção Lenio Streck de Dicionários Jurídicos; Letramento; Casa do Direito, 2020.
- SUNSTEIN, Cass. Backlash's travels. **Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper**, n. 157, 2007.
- TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.
- TUSHNET, Mark. Popular Constitutionalism Political Law. **Chicago-KentLawReview**, v. 81, p. 991-1006, 2006.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. **A crucificação e a democracia**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 23/02/2021
- Controle preliminar e verificação de plágio: 02/03/2022
- Avaliação 1: 15/04/2021
- Avaliação 2: 24/07/2022
- Decisão editorial preliminar: 24/07/2022
- Retorno rodada de correções: 22/09/2022
- Decisão editorial/aprovado: 08/10/2022

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2