



**CENTRO UNIVERSITÁRIO
UNIFAMETRO CURSO DE DIREITO**

ELVES PEREIRA DA SILVA

***BACKLASH: AS REAÇÕES LEGISLATIVAS ÀS DECISÕES DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL E A IMPORTÂNCIA DO DEBATE CONSTITUCIONAL***

FORTALEZA

2021

ELVES PEREIRA DA SILVA

BACKLASH: AS REAÇÕES LEGISLATIVAS ÀS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A IMPORTÂNCIA DO DEBATE CONSTITUCIONAL

Artigo TCC apresentado ao curso de Direito do Centro Universitário Fametro – Unifametro – como requisito para a obtenção do grau de bacharel, sob a orientação da prof. MSc. João Marcelo Negreiros Fernandes.

FORTALEZA
2021

ELVES PEREIRA DA SILVA

BACKLASH: AS REAÇÕES LEGISLATIVAS ÀS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A IMPORTÂNCIA DO DEBATE CONSTITUCIONAL

Artigo Científico apresentado no dia ___ de 2021 como requisito para a obtenção do grau de bacharel em Direito do Centro Universitário Fametro – Unifametro – tendo sido pela banca examinadora composta pelos professores abaixo:

BANCA EXAMINADORA

Prof^o. MSc. João Marcelo Negreiros Fernandes
Orientador – Centro Universitário Fametro - Unifametro

Prof. MSc.
Professor – Centro Universitário Fametro - Unifametro

Prof. MSc.
Professor – Centro Universitário Fametro - Unifametro

Agradecimentos

A Deus, em primeiro lugar, que nos momentos mais delicados me provou o quanto sua eterna misericórdia me cobria e me fortalecia para que eu mantivesse o foco e não desistisse. A Ele, seja toda honra e toda glória.

Aos meus pais, Antônio Vanderlei Estevão da Silva e Antônia Nilce Pereira dos Santos, que, juntamente como minha amada avó Francisca (Kita), sempre estiveram ao meu lado incondicionalmente nos momentos mais felizes e difíceis da minha vida.

Aos meus irmãos Eveline Silva, Evanilson Silva e Érika Silva que sempre me tiveram como referência e acreditam no meu potencial. Eu amo muito vocês!

Aos meus grandes amigos mais chegados que irmãos, Rafael da Costa, Orlando de Lima, Dheymson Rodrigues, Gustavo Queiroz e Marcos Vinícius pelo apoio, companheirismo e pela torcida de sempre. Esta conquista também é de vocês.

Aos irmãos que a Faculdade de Direito me deu, Douglas Poshner e Jorge Façanha. Obrigado por tudo meus irmãos. Vocês são para vida inteira.

A minha amiga, Dra. Addna Guedes, grande incentivadora e quem me deu uma grande ajuda nos ajustes finais deste trabalho. Você é espetacular!

Ao meu amigo, grande incentivador e um dos principais responsáveis por eu ter resolvido enfrentar a Faculdade de Direito, João Paulo Xerez. Obrigado por ter visto em mim uma capacidade que nem eu mesmo conhecia. Serei eternamente grato!

Ao nobre e extraordinário professor, que me deu a honra de tê-lo como orientador, Prof. MSc. João Marcelo Negreiros Fernandes. Obrigado pela dedicação, compreensão, paciência e amizade. Você é fora de série. Se tornou uma referência de profissional e ser humano para mim.

A UNIFAMETRO e a todos os professores e colegas de turma que, de forma direta ou indireta, fizeram parte da minha caminhada.

BACKLASH: AS REAÇÕES LEGISLATIVAS ÀS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A IMPORTÂNCIA DO DEBATE CONSTITUCIONAL

Elves Pereira da Silva¹

João Marcelo Negreiros Fernandes²

RESUMO

O artigo aborda o fenômeno *backlash*, que é um tema relativamente novo no Brasil, contrário do que acontece em outros países, em especial, nos Estados Unidos, país onde se originou esse fenômeno, que objetivamente significa rejeição das decisões dos tribunais. Nesta perspectiva, o texto pretende fomentar a importância do debate constitucional sobre o tema, especialmente por desencadear forte discussão política e jurídica entre Judiciário e Legislativo, como também entre as correntes políticas mais progressistas e as mais conservadoras no Brasil. Pesquisar e debater sobre as reações legislativas às decisões do Supremo Tribunal Federal – STF é fundamental para o amadurecimento da ordem jurídica brasileira. Por isso, pretende-se de maneira geral analisar dedutivamente casos de “*Backlash*” protagonizados pelo STF, aprofundando-se especificamente no conceito “*Backlash*”, noções e análises, para em seguida verificar e explorar casos de maior repercussão no Brasil e o por fim, discernir o lado positivo e o negativo que esse choque de poderes tem causado no Brasil. Realiza-se, então, uma pesquisa bibliográfica de finalidade básica estratégica com objetivo exploratório e abordagem qualitativa com o uso do método de pesquisa dedutivo. Diante disso, verifica-se que o debate é essencial para a democracia e o *backlash* é um reflexo da expansão do do Poder Judiciário, todavia, o choque de poderes causa instabilidade política, jurídica e institucional no país.

Palavras-chave: Direito. Backlash. Supremo Tribunal Federal. Democracia.

¹ Graduando do curso de Direito pelo Centro Universitário Fametro – Unifametro.

² Prof. Orientador do curso de Direito do Centro Universitário Fametro - Unifametro

ABSTRACT

The article discusses the “Backlash” phenomenon, which is a relatively new topic in Brazil, unlike what happens in other countries, especially in the United States, the country where this phenomenon originated, which objectively means rejection of court decisions. In this perspective, the text intends to encourage the importance of the constitutional debate on the subject, especially by triggering a strong political and legal discussion between the Judiciary and the Legislature, as well as between the most progressive and conservative political currents in Brazil. Researching and debating on the legislative reactions to the decisions of the Federal Supreme Court - STF is fundamental for the maturation of the Brazilian legal order. Therefore, it is intended to deductively analyze cases of "Backlash" carried out by the STF, deepening the concept of "Backlash", notions, and analyses, to then verify and explore cases of greater repercussion in Brazil and finally, discern the side positive and negative that this power shock has emitted in Brazil. Then, bibliographic research of basic knowledge with an exploratory objective and a qualitative approach using the deductive research method is carried out. Therefore, the debate is essential for democracy and the setback reflects the expansion of the Judiciary Power, however, the clash of powers causes political, legal, and institutional instability in the country.

Keywords: Law. Backlash. Federal Court of Justice. Democracy.

1. INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, as inúmeras polêmicas e contradições originadas por decisões do Poder Judiciário brasileiro tem provocados fortes reações no campo legislativo, notadamente o Congresso Nacional. A edição de matéria normativa que contraria posições firmadas pelo Supremo Tribunal Federal tem sido uma constante e que tem chamado a atenção de teóricos e especialistas do direito constitucional e da ciência política. A necessidade de debater o tema se soma à grande repercussão recente de inúmeras decisões judiciais que contribuem para alimentar uma polarização política no Brasil, uma vez que o Judiciário e o Poder Legislativo entram em antinomia e antagonia, principalmente por razões ideológicas e exteriorizadas em vários casos, tais como: Proibição das Vaquejadas, Casamento LGBTQIA+, “aborto” ou Legalização da interrupção voluntária da gestação, Legalização e Descriminalização da Maconha, entre outros.

Diante disso, faz-se extremamente necessário compreender a diferença entre o Direito Consuetudinário ou Natural e o Positivo, além de conceituar o fenômeno do “*Backlash*”, para então, iniciar as articulações científicas e explicar as minúcias dessa discussão que beira o campo da Ciência Política, o que tornaria o artigo parcial. Contudo, não é a finalidade do trabalho e assim, pretende-se abster de posicionamentos indiretos e citações voltadas apenas para uma linha de pesquisa.

O objetivo consiste em analisar dedutivamente os casos de “*Backlash*” protagonizados pelo STF em discordância com o que desejaria o Congresso Nacional, para isto, esta pesquisa aprofunda-se de forma mais específica no conceito de “*Backlash*”, noções e análises, para então explorar casos de maior repercussão e o por fim, distinguir o lado positivo e o negativo que esse choque de poder causa no ordenamento jurídico brasileiro.

A metodologia aplicada é bibliográfica, haja vista que o discernimento articulado não é empírico e será fundamentado em literatura de finalidade estratégica e abordagem qualitativa, visto que não foi utilizada pesquisa de campo. Além disso, o texto tem objetivo exploratório por buscar dialogar com o objeto de estudo, aprofundando o conhecimento acerca do mesmo, utilizando o método dedutivo de pesquisa ao trazer razões teóricas antes de analisar casos específicos.

As sessões presentes neste trabalho trarão discussões acerca do Estado Laico, do Casamento entre pessoas de mesmo sexo, de Conservadorismo e

Marxismo. Contudo, a verdade é que não se busca aprofundar sobre a epistemologia filosófica de cada tema, mantendo a linha de raciocínio voltada para o Constitucionalismo e o Neoconstitucionalismo que proporcionam o “*Backlash*”.

Por fim, registre-se que esse fenômeno tem colocado em choque os poderes do Estado em prol de um posicionamento político ou filosófico acerca de uma jurisprudência específica que altera ou entra em antinomia com alguma norma Constitucional ou não. Há quem diga que causa uma crise político-jurídica no país, ou até mesmo institucional e resulta em uma desconfiança popular que pode atingir as grandes massas sociais em busca dos direitos fundamentais.

2. O FENÔMENO DO *BACKLASH*: EM BUSCA DE UM CONCEITO POSSÍVEL

“*Backlash*” tem sua etimologia derivada do inglês, sendo *back* (de volta, atrás, antes, para trás ou resposta) e *lash* (chicote, açoite, ou associado à hostilidade ou contrariedade), ou seja, significa chicote de volta, resposta contrária ou resposta hostil. Trata-se, na verdade, de uma reação adversa do espaço político (Parlamento), que por sua vez, propõe medidas legislativas em sentido contrário ao que fora exarado na instância judicial, por motivações de conservadorismo x progressismo, logo o enfoque do ataque não seria a decisão em si, mas provavelmente a vertente ideológica que supostamente pode estar por trás do tema decidido.

Primeiramente, faz-se necessário entender a teoria da separação dos poderes. O Estado é dividido em três (Legislativo, Executivo e Judiciário), sendo certo que todos devem coexistir de forma harmônica nos moldes da Constituição Federal de 1988. A priori, o Poder Legislativo exerce a função de criação de Leis; o Executivo é o que executa as leis mediante decretos, vetos e sanções ao fim do processo parlamentar, enquanto que o Poder Judiciário atua na aplicação dessas leis para compor lides, punir transgressores e controlar a constitucionalidade e assegurar a autoridade da ordem jurídica.

Todavia, o Poder Judiciário, atualmente, vem tendo uma ascensão ao tomar frente e assumir um forte protagonismo no campo de uma democracia constitucional, decidindo questões que não foram objeto de tratamento pelo Poder Legislativo, o que comumente se denomina de ativismo judicial. É nesse momento de ativismo que

o Parlamento toma uma reação adversa e nasce o *backlash*, de maneira que “Na visão de Cass Sunstein, seria uma intensa desaprovação pública de determinada decisão da Suprema Corte, que se expressaria, em termos práticos, por uma atuação política e social cujo objetivo é retirar sua força normativa”. (SUNSTEIN *apud*. ABOUD, 2021)

Nessa perspectiva, Acácio e Martins (2018) explicam que o *backlash* é basicamente, uma reação contrária a um julgamento específico, geralmente de viés conservador. Paralelo a isso, sabe-se que tais conservadores afirmam que a Constituição deve ser rígida e não pode ter interpretação difusa que visa modificar o texto da Carta Magna.

Todavia, a própria Constituição Federal de 1988 estabelece limites para possibilidade de mutação do entendimento do texto constitucional, como, as cláusulas pétreas, que estão previstas no rol taxativo do art. 60, § 4º, da Constituição Federal de 1988: “§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais”. (BRASIL, 1988). Diante disso, pela lógica, o Supremo Tribunal Federal – STF, entende que o controle difuso de constitucionalidade é sim permitido, pois a própria CF/88 diz o que não pode ser alterado, deixando a crer que todo o resto pode, desde que respeitando o Estado Democrático de Direito e o Devido Processo Legal.

Nota-se que essas reações são raras nos setores mais progressistas, apesar de existirem, e são notórias nos setores mais conservadores. (MARMELESTEIN, 2016). No mesmo cerne, Silva e Remmê (2021, p. 115):

Essa dinâmica de reações do poder legislativo em face às decisões do poder judiciário em um regime Constitucional democrático, no qual ocorre o conflito de interesses diversos resultando na reação legislativa dentro dos limites normativos e competências constitucionais, é denominada pela doutrina como “efeito backlash”. “Backlash”, em tradução livre, significa forte reação negativa, resposta contrária, repercussão.

No Brasil, é notória a presença desse efeito que pode ser visto como fruto da reação política ao aumento do protagonismo judicial nas últimas décadas. Além disso, é cada vez mais evidente a ascensão de grupos políticos conservadores que levam retrocesso em determinados temas.

Marmelstein (2016), entende que o backlash pode se manifestar de diferentes

maneiras e em várias frentes, como, na interferência política no preenchimento de vagas em Tribunais, fazendo com que os juízes sejam obedientes, na remoção ou *impeachment* de juízes progressistas e inadequados ao conservadorismo ou na restrição de medidas de controle de constitucionalidade.

De acordo com estudos de Santos (2019) O mesmo ocorre na Suprema Corte quando o assunto é corrupção, já que alguns mecanismos da Carta Magna são utilizados de maneira imprópria como uma espécie de blindagem, existentes desde a Constituinte de 1988, ou seja, no Poder originário, responsável por criar o foro especial por prerrogativa de função (“foro privilegiado”) e a imunidade parlamentar que dificultam o combate à corrupção.

No mesmo cerne, acredita-se que o assunto acima é relevante para o *backlash* para entender o debate acerca da prisão em segunda instância que findou por soltar o ex-presidente Lula e torna-lo inelegível ao retirar a competência do foro da Justiça Federal de Curitiba-PR, palco da “operação lava-jato”. Já que Santos (2019), lembra que sete dos onze atuais Ministros do Supremo Tribunal Federal, foram indicações de ex-presidentes filiados ao Partido dos Trabalhadores – PT, não que isso seja ilegal, até porque é constitucional, mas segundo o autor gera desconfiança na sociedade quanto a parcialidade na hora de julgar quebra de foro especial por prerrogativa de função para que o mandato seja cassado e o responsável por corrupção passiva ou ativa comprovada pela primeira instância do judiciário receba a pena que lhe cabe.

Todavia, quando o assunto é progressismo no STF, mesmo sem ter conexão, esse progresso humanitário, assistencialista ou justo é desmerecido pelo discurso conservador falacioso dotado do que Shoppenhauer (1831) em sua Obra Dialética Erística chamava de argumento *ad hominem* (tipo de falácia que não rebate os argumentos, mas sim, ataca a pessoa, mesmo que sem conexão), em detrimento de uma possibilidade de “toma lá, da cá”, haja vista que conforme observou Santos (2019) todo Ministro do STF é indicado pelo chefe do Executivo e sabatinado no Senado Federal, havendo a suposta possibilidade da chamada “troca de favores” como pode ser observado por Santos (2019, p. 9) no texto a seguir:

No Brasil, o tema do combate à corrupção se tornou muito presente, sobretudo com o fortalecimento de instituições com a função de accountability como a Controladoria Geral da União (CGU), Polícia Federal e o próprio Ministério Público, a partir do ano de 2003. Pois, mesmo o Brasil sendo signatário de três convenções internacionais de combate a

corrupção, quais sejam: a da Organização para a Cooperação do Desenvolvimento Econômico (OCDE) – promulgada por Decreto Presidencial em novembro de 2000, a da Organização dos Estados Americanos (OEA) – promulgada por Decreto Presidencial em outubro de 2002, e, posteriormente, a da Organização das Nações Unidas (ONU) – promulgada por Decreto Presidencial em janeiro de 2006, as ações efetivas somente passaram a se dar a partir do fortalecimento das instituições de controle. Em outras palavras, reconhecidamente, até 2003, a Procuradoria Geral da República, órgão máximo do Ministério Público Federal (MPF), mais arquivou processos de corrupção contra a elite política ligada ao governo de Fernando Henrique Cardoso (PSDB) do que seguiu com as investigações, tanto que o Procurador-Geral passou a ser chamado de “Engavetador Geral da República” (ABRÚCIO, 2011, p. 133). Panorama que só se alterou a partir do momento em que o Poder Executivo começou a promover uma política voltada ao fortalecimento do conjunto dessas instituições.

Dito isto, é possível intertextualizar os estudos de Santos (2019), com as frentes mostradas por Marmelstein (2016), que afirma ter interferência política no preenchimento das vagas em Tribunais.

Sobre esse aspecto, basta lembrar que em meio a discussão sobre o casamento homoafetivo no STF, o Congresso Nacional interveio amparado no texto constitucional para afirmar que casamento envolve tão somente a figura do homem e da mulher. O ponto de vista conservador foi levado parcialmente em consideração, apesar de ser arcaico, segundo os progressistas e com isso, a Suprema Corte acabou optando por viabilizar o reconhecimento da União Estável entre casais homoafetivos como manobra de fechamento de lacuna, haja vista que os pares gozam dos mesmos direitos de um casamento civil ou religioso, o que ainda incomoda a opinião conservadora.

O feito acima demonstra que apesar de mais progressista, o STF atua de forma mais parcial quando o assunto debatido em plenário é polêmico e divide opiniões. Isso porque o que se entende por conservadorismo, em termos gerais, é que se trata de uma corrente de pensamento que busca uma defesa ávida da manutenção das instituições sociais tradicionais no contexto da cultura e da civilização, ou seja, a manutenção do que se entende como família tradicional, o que para os progressistas é uma herança da exclusão da homossexualidade que sempre existiu e do patriarcado que oprime a mulher, portanto deve modernizar-se.

Ainda com base no caso citado, o STF adotou uma postura mais progressista e isso contribuiu para ascensão de pontos de vistas contrários com ideias conservadoras, pois quando existe essa possibilidade de mudança jurídica, os parlamentares sentem-se na obrigação de explicitarem seus pontos de vista e,

assim, encontram indivíduos com ideias afins e, nesse processo, um sentimento de intolerância até então escondido pela necessidade de boa convivência vem à tona de maneira mais enérgica. (MARMELSTEIN, 2016).

Segundo Vasconcelos (2017), é flagrante que decisões judiciais, que tendem a ameaçar a perpetuação de pensamentos conservadores, são prontamente combatidas e geram reações dos setores mais reacionários que ganham voz com isso e passam a eleger líderes e tornar mais difícil que a sociedade atual seja refletida nas decisões jurídicas.

Pimentel (2017) aponta que uma grande parcela da população é cristã e isso torna difícil a compreensão lógica entre a religião e a realidade, além do pensamento altruísta de se pensar em uma coletividade. No entanto, apesar do Estado Brasileiro ser laico, sabe-se que é democrático e a vontade da maioria é imposta a vontade de uma minoria, ainda que preconceituosa como no caso da União Homoafetiva.

Marinoni; Sarlet e Mitidiero (2019) entendem que o *Backlash* é o fenômeno que mostra o lado fraco da democracia, porém, sabe-se que também é a melhor forma de percebê-la, já que consiste na defesa da voz dos conservadores em face da defesa da voz das minorias. Contudo, quando existem falácias nos argumentos e as chamadas *fake news* (falsas notícias), ou até mesmo uma justificativa religiosa para tornar imutável uma parte da norma que não é cláusula pétrea, como no exemplo da União Homoafetiva citada acima, tendo por certa a laicidade do Estado brasileiro.

Diversos casos como estes foram vistos no Brasil ao longo dos últimos anos, dentre eles, os mais conhecidos foram, a proibição das Vaquejadas, o aborto de feto anencéfalo, a tentativa de descriminalização e legalização da maconha, dentre outras decisões que geraram conflitos e debates entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário (STF), mostrando a expansão dos órgãos da justiça no controle de constitucionalidade difuso.

No mesmo contexto, as decisões supracitadas eram desmerecidas por falácias que tinham por objetivo diminuir o Ministro relator ou a maioria dos votantes, pondo em pauta decisões passadas de arquivamento ou Habeas Corpus que favoreciam algum candidato supostamente corrupto, ou seja, parcela da população que é de senso comum mais conservador acusam a Suprema Corte de engavetar processos destes parlamentares que gozam de imunidade parlamentar e foro por prerrogativa de função, acusando o Supremo, também, de vender sentenças de Habeas Corpus e até de ter ligações com organizações criminosas (SANTOS, 2019).

Contudo, ainda que tais acusações fossem supostamente verídicas, não tem nexos com o valor social da decisão. Portanto, é falacioso fazer uso destes argumentos para diminuir uma jurisprudência mais progressista. (MARMELSTEIN, 2016; VASCONCELOS, 2017). Diante de tudo que foi dito nesse tópico se tem um conceito estabelecido e algumas noções preliminares sobre o tema, e a par dessas considerações, é bem verdade que tem sido apresentado no âmbito doutrinário aspectos positivos e negativos com relação ao backlash e que merecem ser adiante analisados.

3 A TRIPARTIÇÃO DOS PODERES E O *BACKLASH*, O ATIVISMO JUDICIAL EM FORMA DE NORMA E AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

A tripartição dos poderes do Estado significa a separação de competências para promover a dialética entre o executivo (governantes), o legislativo (o parlamento) e o judiciário (Suprema Corte e o magistrado), no entanto, alguns fenômenos ocorrem com essa dialética e dentre eles, o principal é o *backlash*, que nada mais é que a resposta conservadora do parlamento ao progressismo do ativismo judicial, como foi visto no tópico anterior. (BONAVIDES, 1994)

Costa e Terin (2010), afirmam que na obra “A Política” de Aristóteles foi à primeira vez em que a tripartição dos poderes foi mencionada. Contudo, de maneira não colegiada e por uma única pessoa, sendo cada poder referente a uma função simples: organizar, administrar e julgar os poderes.

De acordo com os estudos de Costa e Terin (2010), depois foi a vez de John Locke que segundo os autores é o pai do liberalismo, foi ele que detalhou de maneira distinta cada um deles em sua obra “Segundo Tratado Sobre o Governo Civil”. Mas foi Montesquieu em sua obra “O espírito das leis” que definiu que tais poderes seriam autônomos e suas funções seriam estatais, ou seja, independentes, porém, harmonicos.

Diante dos estudos de Costa e Terin (2010), é possível perceber que a Constituição Federal de 1988 é rígida, complexa e neoconstitucional, mas é de acordo com a difundida na filosofia contratualista de Montesquieu. Porém, o pós-segunda guerra foi fundamental para o avanço do contitucionalismo histórico em direção ao progresso do Estado Democrático de Direito que mostrou as garantias e os direitos fundamentais dos seres humanos.

No entanto, tais garantias no final do século XX eram destinadas a maioria, que são aqueles que se enquadram nos padrões estabelecidos pela sociedade. Contudo, a modernização do ser humano e o avanço do princípio da dignidade da pessoa humana estão alcançando mais pessoas a cada dia, quando garante direitos aos homossexuais, a mulher, o negro ou a outra classe, etnia ou sexualidade pouco representada no parlamento, é onde entra o controle de constitucionalidade difuso e a dicotomia com o direito positivo defendido pelo parlamento em detrimento ao ativismo judicial.

Bonavides (1994) mostrou que as garantias constitucionais se transformam em garantias institucionais na teoria da tripartição dos poderes, haja vista que o poder emana do povo. Entretanto, por meio de seus representantes que tem a garantia de representar seus eleitores de acordo com suas convicções em conexão e respeito a Teoria do Estado Democrático de Direito.

É nessa dicotomia acima, entre eleitor e eleito que nascem o mandato e o direito ao voto, que possibilita a mudança, se assim for de interesse do “eleitor arrependido”, caso sua nova opinião seja adequada à maioria. Sendo assim, as mudanças sociais (costumes) em paralelo ao sufrágio, são fundamentais para que o direito natural seja transformado em norma judicial.

Contudo, a dialética entre o parlamento e o magistrado deve seguir de maneira fundamentada a Constituição Federal de 1988 e seus direitos e garantias fundamentais. Por esse motivo, e até para diminuir o lado negativo do *backlash* é que a Carta Magna brasileira prevê que o Ministro da Suprema Corte deve ser uma pessoa capaz, de notório saber jurídico e indicado pelo chefe do executivo para depois ser sabatinado no Senado Federal para então assumir sua função.

Por aí se percebe a amplitude das garantias constitucionais bem como seu valor instrumental de meio defensivo, invariavelmente vinculado a uma prestação do Estado, ou seja, dos poderes públicos, quer pela via constituinte constituída (a reforma da Constituição pelo Legislativo), quer pelas vias regulares e ordinárias de exercício da função jurisdicional (Poder Judiciário). Mas não é possível fazê-las eficazes senão num ordenamento que concretize em toda a plenitude os postulados do Estado de Direito, sem os quais nem vinga a liberdade nem os direitos humanos têm adequada proteção. (BONAVIDES, 1994, pág. 546)

Para Maia (2014) o ativismo judicial tem legitimidade democrática no Brasil ao transformar o direito natural em positivo em combate a qualquer ideologia contrária ou preconceito que exista nos padrões estabelecidos pela civilização humana e pela

unidade familiar normal defendida pelos conservadores. Sabe-se que o Estado é laico, democrático e de direito, sendo dessa forma, a criação das normas judiciais.

Parece ser razoável a tomada de duas conclusões: a primeira é que uma conceituação de ativismo que leve em consideração tão somente a dimensão do *hard activism* esvaziaria o seu sentido [...] a segunda é que o ativismo judicial em terras brasileiras não se dá a margem do direito positivo ou com base unicamente em padrões morais, pelo contrário, nota-se que ele busca alicerçar-se na Constituição. Mas, isso não quer dizer que a questão seja menos dificultosa ou que o potencial criativo seja irrelevante. Uma vez que a vagueza, a indeterminação e o caráter plurissignificativo dos princípios permitem as mais variadas interpretações e concretizações do texto. (MAIA, 2014, págs. 36 e 37)

Essa indiferença iniciou nos Estados Unidos e foi para as Américas, diante de decisões judiciais sobre assuntos polêmicos, tais como descriminalização ou legalização do “aborto”, da maconha, da vaquejada e etc. Além da segregação racial, *impeachments*, prisões ou solturas de políticos, dentre outros assuntos que causam argumentações distintas de diversas perspectivas, antagônicas entre si, algumas mais conservadoras, outras mais progressistas e o fim disso é o Estado Democrático de Direito, ou seja, independente da retórica ou dialética aplicada, as instituições democráticas devem decidir entre elas o que será configurado no ordenamento jurídico.

Diante disso, mostra-se importante ter uma Suprema Corte constitucional, imparcial e justa. No entanto, na Palestra: A Suprema Corte de Justiça Uruguaia e o Supremo Tribunal Federal Brasileiro, organizada pelo Professor Rogério Silva da Unifametro para promover o debate e a dialética no Direito comparado. O Professor Émerson Castelo Branco falou que as escolhas para composição dos cargos de Ministro no STF usa o critério da amizade e não o do saber jurídico e a prova disso é que foi feito um levantamento na academia que mostrava os maiores doutrinadores e mestres do Direito Brasileiro e notou-se que nenhum deles foi Ministro da Suprema Corte. Além disso, Branco (2021) mostra que as decisões do STF são impopulares e parciais, repletas de contorcionismo em prol de decisões profanadas para beneficiar políticos ou partidos, embora tudo isso seja disfarçado de dialética constitucional. (BRANCO, 2021)

Paralelo a isso, Gabardo, Lazzarotto e Watzko (2021), também mostrou que a ética pública é questionável pela própria realidade, uma vez que o STF busca de alguma maneira ou de outra, arquivar ou adiar a discussão de processos

importantíssimos para a justiça, como, as prisões de políticos e a parcialidade no combate à corrupção, como no caso do *The Intercept* Brasil vs. Operação Lava Jato que resultou no fim da operação com as medidas tomadas pela Suprema Corte, como pode ser visto na citação abaixo:

[...] a Constituição de 1988 estabeleceu o sistema acusatório no processo penal, no qual as figuras do acusador e do julgador não devem se misturar. Nesse modelo, compete ao magistrado analisar de maneira imparcial as alegações das partes e as provas, sem qualquer interesse no resultado da ação. Ao Ministério Público, por outro lado, compete a função de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. (GABARDO, LAZZAROTTO E WATZKO, 2021, pág. 167)

Todavia, a instabilidade ética do Supremo, não anula suas decisões mais justas. Diante da argumentação de que o ativismo judicial é benéfico para a Democracia e o Ministro do STF, Edson Fachin, na ADI 4227 / DF, mostrou que a “homossexualidade é um fato de vida” e para questões como essas, é dever dos Tribunais garantir a essas minorias, seus direitos individuais e humanos, como pode ser visto a seguir:

Há indivíduos que são homossexuais e, na formulação e na realização de seus modos e projetos de vida, constituem relações afetivas e de assistência recíproca, em convívio contínuo e duradouro – mas, por questões de foro pessoal ou para evitar a discriminação, nem sempre público – com pessoas do mesmo sexo, vivendo, pois, em orientação sexual diversa daquela em que vive a maioria da população. (ADI 4227/DF)

Diante de tudo, sabe-se que cada Poder do Estado tem sua importância e quanto mais institucional e distribuída for à república, melhor para a fuga da tirania e do fascismo. Diante das assimetrias desse tópico, mostra-se importante a análise de casos de *backlash* no Brasil e no direito comparado.

4. UMA VISÃO SOBRE O FENÔMENO NO DIREITO COMPARADO E OS ASPECTOS NEGATIVOS E POSITIVOS NO CENÁRIO CONTEMPORÂNEO

Conforme visto antes, o *backlash*, em síntese, significa a discordância entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, colocando em pauta a visão progressista e a visão conservadora como dicotomia política, pelo que assim explica Marmelstein (2016). Diante dessa visão, é possível comparar as teorias no Direito e debater o lado positivo e o negativo de se discernir o tema nos anais acadêmicos.

Dentre as manifestações do fenômeno em outros países do globo, é possível

citar que os Estados Unidos e suas instituições jurídicas protagonizaram diversos casos de *backlash*, dentre os quais, pode-se citar o caso *Brown vs Board of Educations* (1954), que reconheceu a inconstitucionalidade da segregação racial que existia em escolas públicas entre brancos e negros; o caso *Miranda vs Arizona* (1966) que deu origem aos debates sobre os direitos e garantias do detento, *Fuman vs Georgia* (1872) que causou discussões acerca da pena de morte onde o Parlamento se posicionou em sua maioria a favor, dentre outros inúmeros casos.

Mas o exemplo mais emblemático do fenômeno em estudo foi sem dúvidas o primeiro caso oficial em que a nomenclatura *backlash* foi utilizada no Direito Comparado de diversas doutrinas jurídicas espalhadas pelo mundo, o caso a que esse parágrafo se refere é o *Roe vs Wade* (1978).

4.1 O Caso *Roe vs Wade*

Quanto ao aborto, dentre as manifestações do fenômeno em outros países do globo, é possível citar que nos EUA tem-se o caso *Roe vs Wade*, que ocorreu no Estado do Texas, em 1978, quando uma jovem, conhecida como “*Jane Roe*” foi violentada sexualmente e engravidou, seu desejo de interromper a gravidez, devido os traumas que suportou foi de encontro aos interesses conservadores do Texas, representados pelo Promotor de Justiça, *Henry Wade*. O caso ficou conhecido como “*Roe vs Wade*” e resultou na legalização do aborto em casos de estupro nos Estados Unidos, esse foi a origem do *backlash* que se tem conhecimento. (ZAGURSKI, 2017)

A justificativa e os argumentos defendidos por *Henry Wade* foram adaptados ao cinema no filme *Jack's Room* (O quarto de Jack), roteiro também adaptado e inspirado no livro “O Quarto”, de Emma Donoghue. O filme conta a história de uma jovem que engravidou ao ser violentada sexualmente. No entanto, optou por ter o bebê, uma vez que sentiu a companhia da criança quando foi mantida em cárcere privado pelo criminoso. Além da bela arte, o filme foi indicado a vários Oscars, incluindo a de melhor filme em 2015, mas ganhou apenas a premiação referente a melhor atriz.

Voltando ao caso *Roe vs Wade*, nos Estados Unidos, grupos pro vida conseguiram reverter a legalização total do aborto para a legalização parcial somente em casos de estupro e risco de vida da gestante, retrocedendo a conquista feminista da época. Como mostra, Zagurski (2017, pp. 94/95):

Vale destacar que o conceito de ativismo judicial no Direito Americano não é o mesmo que no Brasil. Com sistema diverso (*common law*) no Direito estadunidense, o papel criativo dos juízes consiste na busca, dentro dos princípios constitucionais, de soluções para problemas concretos, transformando questões políticas em jurídicas. [...] No Brasil, o conceito de ativismo é bastante polêmico e tem sido objeto de debate na doutrina. Por vezes é invocado “como forma de legitimar a integração da legislação onde não existia norma escrita, configurando mecanismo desejado, que colabora para a rápida prestação da justiça”, por outro lado, alguns doutrinadores vislumbram no instituto uma “forma de invasão da função jurisdicional no âmbito de atuação do próprio Poder Legislativo”.

É possível perceber os reflexos do caso estadunidense de backlash no Brasil e em diversos outros países. O próximo sub-tópico pretende comparar mais com o Direito interno, não deixando de citar exemplos promissores da legalização do aborto, que ocorreu no Uruguai. Vale destacar, inclusive, que no próximo tópico será visto mais especificamente sobre casos de backlash que ficaram conhecidos no Brasil, ou seja, será falado novamente sobre a legalização do aborto, mas apenas voltado ao de feto anencéfalo, já que a lei brasileira já permitia em casos de risco de vida da gestante e em caso de gravidez resultante de estupro.

4.2 A legalização do Aborto no Uruguai e o PL 424/2021 no Brasil (Estatuto do Nascituro)

No Brasil se fala muito sobre a precariedade das clínicas clandestinas de aborto. Entretanto é justamente esse o ponto, são essas clínicas que irão findar com a legalização, mas não é o que pensa o Parlamento brasileiro, baseado em uma política provida uma comissão de Deputados Federais criaram um Projeto de Lei na Câmara dos Deputados que virá a ser votado em breve, trata-se do Estatuto do Nascituro, PL 434/2021. Por outro lado, no Uruguai, a legalização total do aborto diminuiu o número de mulheres mortas e o número de abortos também, ou seja, em alguns países, a legalização reduziu o número de abortos em clínicas clandestinas.

Pois bem, é certo que se tem comentado sobre os aspectos positivos e negativos do *backlash* e diante disso, entende-se que o lado bom é superior ao ruim, haja vista que, na maioria dos casos, a Constituição Federal, ora foi modernizada pelas decisões da expansão do Poder Judiciário, ora foi preservada com as políticas conservadoras dos chamados “bons costumes” que pregam a preservação da família tradicional brasileira.

Contudo, aqueles que eram mais adeptos aos preceitos laicos do Estado, ficam pouco satisfeitos com algumas jurisprudências que tinham como objetivo, tornar a sociedade mais progressista, diante de toda argumentação jurídica e sociológica das minorias.

O lado negativo ou ruim é, sem dúvidas, a crise jurídica que se estabelece, por isso, muitas vezes, leis ficam paralisadas e não são apreciadas em tempo hábil devido ao choque normativo entre os Poderes: judiciário (hoje, de maioria progressista) e legislativo (hoje, de maioria conservadora). Além da propagação de falácias com apelo emocional, que tem a intenção de colocar a pauta política do legislador ou jurista acima da necessidade real da população ou da sociedade, acredita-se que determinadas medidas devem ser tomadas, não só por ser progressista ou conservadora e sim, por ser necessária e viável ao caminho democrático.

Paralelo a isso, Ingo Sarlet (2017), entende que a mutação constitucional é necessária para a atualização da norma aos costumes. Contudo, no caso da Vaquejada, o debate foi mais normativo que ideológico, haja vista que conservadorismo e progressismo não eram o foco principal e sim, a dicotomia entre o Direito dos animais e a preservação do movimento cultural da Vaquejada. Diante de tudo, entende-se que existe uma necessidade de se debater o tema, analisando sempre o que seria melhor para a sociedade.

5. OS CASOS DE BACKLASH QUE FICARAM MAIS CONHECIDOS NO BRASIL

Tendo em vista que o “*Backlash*” consiste em um plexo de esforços político-jurídicos, envidados por setores políticos que se opõem às decisões judiciais contrárias aos seus interesses, usualmente conservadores.

As formas de retaliação de que fala Marlestein (2016) explica o quão político pode ser a carreira de magistrado no Brasil, mesmo assim, o concurso público que é o certame e qualificador para ocupação de cargo na esfera administrativa da justiça é a solução para o problema. Além disso, o princípio da imparcialidade do juiz e do juiz natural também são formas de solucionar os vícios políticos no judiciário, e é por isso que algumas decisões repercutem bastante nas conversas entre operadores do direito.

Dito isto, é importante analisar os casos de *backlash* que ficaram mais

conhecidos no Brasil. Para Marmelstein (2016), este fenômeno, nada mais é que um contra-ataque à atuação judicial que pode se manifestar em diversas frentes, desde a indicação de uma pessoa para ocupar uma cadeira de desembargador até mesmo o *impeachment* de um juiz.

Contudo, sabe-se que são características da democracia a discussão e o debate e, nesse sentido, é como Dante cita na Divina Comédia, a democracia é o pior sistema de governo, mas só se você desconsiderar todos os outros. Nesse contexto, segundo Santos (2019) basta perceber que os últimos chefes do executivo, desde a redemocratização, são adeptos de partidos e opiniões distintas sobre economia, saúde, gestão pública, segurança, corte de gastos, educação, privatizações, política externa, assistencialismo, desenvolvimento humano e etc.

Por outro lado, essa característica no Judiciário está mais voltada para o progressismo e os costumes da justiça que a democracia em si. Sendo incumbência do referido poder, preencher as lacunas deixadas pelo Legislativo. É normalmente nesse momento que o fenômeno do *backlash* é gerado, sempre travestido de democracia, com finalidade de barrar decisões que possam trazer melhorias a sociedade ainda que a priori sejam duvidosas quanto ao paralelismo junto ao Estado Democrático de Direito.

5.1 A Proibição das Vaquejadas

Como foi mostrado no tópico anterior, um caso emblemático de “*Backlash*”, no Brasil, foi a decisão favorável a proibição da vaquejada, que é tradição no Nordeste brasileiro. Por decisão da Suprema Corte em 2016, revogou-se uma lei estadual que regulamentava a prática que, por sua vez, consiste em um vaqueiro montado em um cavalo, derrubando um boi pelo rabo. O Supremo Tribunal Federal discerniu que havia maus tratos aos animais, declarando que a lei estadual era inconstitucional, indo contra a previsão do art. 225 da CF/88. (STF, ADI 4983/CE, 2016). (MARMELSTEIN, 2016; VASCONCELOS, 2017; MARINHO; MARTINS, 2018).

Contudo, após revolta de parte população nordestina que vive da prática, o Congresso Nacional elaborou a Lei Federal Nº 13.364/2016, que atribuiu à vaquejada "à condição de manifestação da cultura nacional e de patrimônio cultural imaterial". Diante disso, nota-se que mais uma vez o embate entre ideias conservadoras e progressistas. (MARINHO; MARTINS, 2018).

Nesse panorama, surgiu uma discussão entre os juristas naturalistas, adeptos do Direito Natural ou Consuetudinário e os juristas positivistas, adeptos do Direito Positivo, ou compreensão fria da lei “*dura lex sed lex*” (a lei é dura, mas é a lei). Esta discussão perdeu força no período neoconstitucional, quando surgiu o jusnaturalismo, oriundo de um meio termo entre esta dicotomia. No entanto, estes avanços jurídicos não são observados na Ciência Política que ainda insiste no separatismo extremista entre conservadores e progressistas. (MARINHO; MARTINS, 2018).

5.2 Legalização da Interrupção Terapêutica da Gravidez de Feto Anencéfalo

Segundo Marmelstein (2016), o aborto recreativo é uma decisão liberal demais, até para os mais progressistas, sob a argumentação feminista “meu corpo, minhas regras”. Mesmo assim, a vida é um direito constitucional inviolável desde a concepção, mas alguns casos foram revistos e os legisladores entenderam necessário relativizar e deixar o conservadorismo de lado, legalizando em casos de estupro e risco de vida da gestante. No entanto, em abril de 2012, o STF resolveu discutir sobre a antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo em um acórdão sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio, e por oito votos a dois, a maioria decidiu que poderia, ocorreu a partir desta decisão, mais um caso de “Backlash:

Do mesmo modo, a decisão do Supremo Tribunal Federal de não criminalizar a antecipação terapêutica do parto, em caso de anencefalia do feto, bem como a decisão favorável à realização de pesquisas científicas com células-tronco embrionárias, provocou o fortalecimento político de grupos mais conservadores, favoráveis ao chamado Estatuto do Nascituro, projeto de lei cujo objetivo principal é proibir absolutamente o aborto e as pesquisas com células-tronco (Marmelstein, 2016, p. 11)

A antecipação terapêutica do parto, em caso de anencefalia do feto, deixou em choque o grupo conservador do Congresso Nacional com a Suprema Corte. Todavia, foi visto que a manobra de envolver religião iria contra a laicidade do Estado, as críticas da opinião pública quando em contato com tais discursos são afloradas de falácias e desinformação, o que acaba distorcendo a real necessidade da medida. Apesar disso, o aborto recreativo que nunca foi pauta, passou a ser enfatizado, mas logo caiu por terra. De acordo com Nadir Jr. (2018, *apud*. FONTELES, 2018, p. 60):

A primeira maneira de desqualificar uma decisão é endereçando-lhe críticas mordazes, que demonstrem, por exemplo, a sua irracionalidade ou a sua injustiça. As críticas são como uma faísca na opinião pública, que pode ou não incendiar-se, evoluindo para outras etapas de hostilização. Exatamente por esse risco, alguns Tribunais estão expedindo notas públicas justificadoras das suas decisões, como uma maneira de tentar proteger a credibilidade da instituição e a reputação dos seus juizes. Por exemplo, isso foi feito pela Corte Constitucional da Georgia e também é uma prática da Corte Constitucional da Romênia. De maneira similar, estudos evidenciam que a Corte Constitucional da Indonésia também é bastante vulnerável à opinião pública, inclusive, ouvindo com muita deferência os pleitos formulados por Organizações Não Governamentais (ONGs) e revelando uma maior propensão para julgar favoravelmente as petições que contam com um maior apoio numérico de pessoas.

A partir da citação acima, percebe-se que a valorização do Estado Democrático de Direito é desrespeitada muitas vezes, visto que existe um deficit de informação ou pessoas que são atraídas por dogmas religiosos que os impedem analisar a decisão.

5.3 Casamento e União Estável de Casal Homoafetivo

Outro caso, já citado na sessão anterior, foi quando o STF começou a discutir sobre a constitucionalidade ou não, do casamento homoafetivo, causando revolta na ala conservadora do Congresso Nacional que argumentou a inconstitucionalidade de uma decisão que venha a reconhecer o casamento homossexual, haja vista, que o texto do § 3º do art. 226 da CF/88, só permitia o casamento entre homem e mulher.

Entretanto, de maneira sagaz, a Suprema Corte legalizou a união estável entre os casais homoafetivos, fugindo da letra da lei e fechando a lacuna axiológica existente, tendo em vista que os conceitos de casamento e união estável não se confundem, mas a partir da decisão, os casais de mesmo sexo que conviviam juntos, gozaram dos mesmos direitos de um casamento. (SANTOS; DIAS; NETO, 2020).

Não obstante, o Conselho Nacional de Justiça pacificou o entendimento acima e viabilizou inclusive a possibilidade do casamento desde que não religioso, haja vista que deve existir liberdade religiosa, uma vez que o Estado é Laico. Sendo assim a resolução Nº 175 de 14/05/2013 viabilizou a existência até mesmo de casamento civil entre casais de mesmo sexo, esse avanço foi notório para os direitos e garantias individuais no Brasil. (SANTOS; DIAS; NETO, 2020).

5.4 Descriminalização e Legalização da Maconha

Outro exemplo muito conhecido e discutido é a descriminalização da maconha, que desde os anos 60, mobiliza artistas, usuários, liberais e progressistas. Com o objetivo da descriminalização do uso recreativo da erva *Cannabis sativa*, grupos passaram a lutar apenas pela legalização do Canabidiol, que é usado como terapia para algumas doenças em diversos países. O STF, por diversas vezes, discutiu o tema, ressaltando aqui a figura do Ministro Luis Roberto Barroso. Contudo, os discursos do jurista inflamaram o lado conservador do Congresso Nacional, causando mais um caso de “*Backlash*”, como pode ser visto por Marmelstein (2016, pp 13-14):

No contexto desse debate, Luís Roberto Barroso, que defende a inconstitucionalidade da criminalização do porte de maconha para uso próprio, mencionou explicitamente o efeito “backlash” como um dos fatores que influenciou sua decisão de liberar apenas o uso da maconha e não de todas as demais drogas. Para ele, seria preciso ser mais cauteloso nessa matéria, tanto para “conquistar a maioria do tribunal” quanto para evitar “o risco de haver uma reação da sociedade contra a decisão, o que os americanos chamam de backlash”. Em seguida, defendeu: “a minha ideia de não descriminalizar tudo não é uma posição conservadora. É uma posição de quem quer produzir um avanço consistente” (SCHREIBER, 2015). A confissão do Min. Luís Roberto Barroso certamente pode suscitar muitas discussões acadêmicas interessantes. Por exemplo, é de se perguntar se é legítimo que razões de natureza estratégica (como “conquistar a maioria” ou “evitar o backlash”) sejam incorporadas às decisões judiciais (implícita ou explicitamente). Em segundo lugar, é de se perguntar se é ou não constitucionalmente adequada e socialmente desejável uma atuação do STF como catalisador da agenda política, visando produzir um “avanço consistente”.

Diante de tudo, entende-se que esta discussão política entre os poderes, mostra a expansão do Poder Judiciário nos assuntos mais polêmicos da sociedade e este empoderamento causa forte clamor e pressão social, alimenta falácias da oposição e mostra o valor do Estado Democrático de Direito.

5.5. A Prisão em Segunda Instância e a Limitação da Delação Premiada: O caso mais recente de *backlash* no Brasil

Segundo Costa (2020), o caso de backlash mais recente no Brasil foi a prisão em segunda instância, que juntamente com a retirada da competência da Vara Federal de Curitiba-PR para julgar o caso do triplex e do Sítio em Atibaia relativo ao ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva, acabou com a sua soltura e elegibilidade

para as eleições presidenciais de 2022, diante da presunção de inocência.

Trata-se da discussão jurídica acerca do art. 283 do Código de Processo Penal que dispõe em seu 'caput' que: "Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado." O STF decidiu, por maioria de votos, que só haverá prisão em segunda instância, observando o que diz no art. 5º, inciso LVII da CF/88: "Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" (BRASIL, 1988, planalto.gov).

Durante o processo, ocorreram três entendimentos do Supremo entre os anos de 2009 a 2016. O primeiro estava previsto no Código de Processo Penal, em seu art. 391, que estabelecia que o réu poderia ser preso de imediato após sentença de primeiro grau. Ademais, essa posição vigorou até 2009, pois logo depois no julgamento do HC – 84.078, o STF passou a garantir ao réu que o mesmo só poderia cumprir pena quando todas as possibilidades de recurso fossem esgotadas, culminando posteriormente na edição da Lei 12.403/2011 que revogou o dispositivo supracitado (art. 391 do CPP).

Todavia, esse segundo entendimento não é mais válido em detrimento do terceiro, haja vista que após 2016, ocorreu o julgamento do HC 126.292 que indeferiu as ADCs (Ações Declaratórias de Constitucionalidade) 43 e 44, permitindo que o réu somente seja preso após condenação em segundo grau de jurisdição.

Há quem diga que é um mecanismo em corroboração aos parlamentares corruptos condenados pela operação lava-jato. Entretanto, a justificativa mais coerente com a realidade é de que o STF estaria prevenindo as superlotações em presídios, além de que, sempre pode existir solturas até a sentença em segundo grau através de Habeas Corpus ou suspensão da sentença mediante recursos.

Além disso, mesmo após a prisão em segunda instância, assim como antes dela, no ordenamento jurídico sempre existiu e ainda vigora prisões especiais antes do trânsito em julgado, tais como a temporária e a preventiva. Costa (2020, p. 16) mostra que: "A referida ação impetrada pelo Partido Ecológico Nacional – PEN e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados - OAB, questionou a constitucionalidade do artigo 283 da lei processual penal, inserida pela redação da Lei n.º 12.403/11." Não obstante, Costa (2020, p. 16) também mostra em sua pesquisa que:

Cabe ressaltar que o texto da Lei foi alterado, pelo que ficou conhecido como “pacote anticrime”, resultando na redação: “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação.” - Lei 13. 964/19, de 24 de dezembro de 2019. Conforme se pode atestar, a nova redação não retirou o princípio da presunção de inocência sobre o qual se assenta a tese, neste artigo, embora a exclusão do trecho “o curso da investigação ou do processo” cause estranheza, isso pode ter sido uma estratégia de refinamento do texto anterior. Não se retira, portanto, a decisão do STF assentada nas ADCs 43, 44 e 54.

Nesse cerne, Segundo Costa (2020), a manobra da Defesa do ex-presidente Lula para torna-lo livre e elegível causou o ultimo fenômeno *backlash*, onde o Supremo é acusado de privilegiar o ex-presidente que, como foi dito por Santos (2019), detinha sete dos oito Ministros da Suprema Corte como indicações de seu partido “PT” (Partido dos Trabalhadores) no passado. Sem dúvidas apesar de bem elaborada, toda afirmação parlamentar parecer apontar para um jogo político conspiratório, uma vez foram sancionadas leis como Juiz de Garantias, Lei de Limitação da Delação Premiada e a própria decisão que permitiu a prisão em segunda instância foi votada.

Atualmente tramita no Senado Federal a PEC 199/19 que prevê o cumprimento da pena apenas após a condenação em segunda instância, a comissão parlamentar ficou de ser votada em 2020, mas devido a pandemia (covid-19) foi adiada e deve ser votada do final do corrente ano ao ano de 2022.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer do texto pode-se observar que o *backlash* é um fenômeno universal, originado no direito constitucional americano que recentemente aflorou no Brasil devido a reação contrária aos julgamentos de casos polêmicos pelo STF, semelhante ao que ocorre no direito americano, por parte do Poder Legislativo brasileiro e da sociedade e que tem colocado em choque os poderes do Estado.

Por certo que a expansão do Poder Judiciário brasileiro tem gerado alguns efeitos negativos causando uma instabilidade jurídica, política e institucional no país, fomentando uma grande variedade de debates acirrados entre as alas conservadoras e progressistas no Congresso Nacional e conseqüentemente no seio social.

Por outro lado, tem-se o efeito positivo do *backlash*, pois, a discussão

fortalece o sistema democrático que governa o país, já que não é sumariamente necessário que todas as decisões tomadas pela Suprema Corte brasileira, sejam majoritariamente apoiadas pelo Legislativo e pela população, mas é fundamental permitir e valorizar as manifestações contrárias a fim de fortalecer a legitimidade e eficácia à essas decisões.

Também não se pode desconsiderar a necessidade de algumas medidas pontuais como manter o diálogo com o Legislativo, consultar periodicamente a população, realizar audiências públicas e buscar um possível consenso, com o intuito de amenizar os efeitos nefastos do backlash no Brasil e beneficiar a jovem democracia.

Além disso vale sempre recorrer ao direito comparado de forma mais específica para observar importância do debate e do diálogo entre os poderes e a sociedade, enquanto que o lado negativo é a instabilidade política, jurídica e institucional que atrasa o que poderia ser célere, causando morosidade e as frentes de retaliação ou oposição ao interferir de forma ideológica nas nomeações de cargos importantes nos Tribunais, visando influencia em decisões. Sendo a Suprema Corte o órgão que resiste e acaba sofrendo retaliações populares, mediáticas e políticas.

As sessões trouxeram discussões acerca do Estado Laico, do Casamento entre pessoas do mesmo sexo, de Conservadorismo e Progressismo. Contudo, não buscou aprofundar-se na abordagem filosófica de cada tema, mantendo a linha de raciocínio voltada apenas para o Constitucionalismo e o Neoconstitucionalismo que existe no “*Backlash*”.

Paralelo a isso, o presente artigo chegou à conclusão de que o *Backlash* é um fenômeno que tem colocado em choque os poderes do Estado em prol de um posicionamento político ou filosófico acerca de uma jurisprudência específica que altera ou entra em antinomia com alguma norma Constitucional ou não, apenas por religião ou política. Sendo o caso mais recente a prisão em segunda instância que resultou na PEC 199/99 que ainda tramita no parlamento brasileiro.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. **Banalização do impeachment de ministros do STF: *backlash* à brasileira**. Revista Consultor Jurídico, 1 de abril de 2021. Disponível no link: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-01/abboud-banalizacao-impeachment-ministros-stf>

- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. Vol. 30, 35ª Ed. São Paulo SP: Malheiros, 1994.

- BRASIL, Rel: MELO, Min. Marco Aurélio de. Plenário. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 Distrito. EMENTA: **FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA**. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. ACÓRDÃO STF 12/04/2012. Disponível em: < [acordao-interruptao-gravidez-anencefalo.pdf](#) > Acessado em 02/jun 2021 às 23h48min.

- BRANCO, Émerson Castelo. 53h24min da: **LIVE | Palestra: A Suprema Corte de Justiça Uruguaia e o Supremo Tribunal Federal Brasileiro**. 2021. Disponível no link: < https://www.youtube.com/watch?v=34io-l_MSuY > Acessado às 14h43min de 29/dez de 2021

- COSTA, Leonardo Clemencio; TERIN, Vitor José. **Tripartição dos poderes**. ETIC-ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA-ISSN 21-76-8498, v. 6, n. 6, 2010.

- FONTELES, Samuel Sales. **Direito e *Backlash***. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Programa de Mestrado da Escola de Direito de Brasília. Instituto Brasiliense de Direito Público – idp. Brasília. 2018.

- GABARDO, Emerson; LAZZAROTTO, Gabriel Strapasson; WATZKO, Nicholas Andrey Monteiro. **Ética pública e parcialidade no combate à corrupção: o caso**

The Intercept Brasil vs. Operação Lava Jato: Public ethics and partiality in the fight against corruption: The Intercept Brasil vs. Operation Car Wash.

International Journal of Digital Law, v. 2, n. 1, p. 151-198, 2021.

- MAIA, Vinícius Lins. **A Legitimidade Democrática do Supremo Tribunal Federal: contribuições para a prática do ativismo judicial.** Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Estadual Paulista. Faculdade de Ciências Humanas e Sociais. Franca: [s.n.], 2014. 236 f.

- MARMELSTEIN, George. **Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas ao ativismo judicial.** Texto-base de palestra proferida durante o Terceiro Seminário Ítalo-Brasileiro, no mês de outubro de 2016, em Bolonha-Itália.

- MARINHO, Rodrigo Fonseca; MARTINS, Júlia Parreiras. **Os Poderes Judiciário e Legislativo no Caso das Vaquejadas: “Efeito *Backlash*”.** ATHENAS. Ano VII - Vol. I. FUMEC. Belo Horizonte-MG, 2018.

- MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 8. ed. São Paulo: Saraivajur, 2019.

- PIMENTEL, Mariana Barsaglia. ***Backlash* às decisões do Supremo Tribunal Federal sobre união homoafetiva.** RIL Brasília a. 54 n. 214 abr./jun. 2017 p. 189-202

- SARLET, Ingo Wolfgang. **Novamente a proteção constitucional dos animais no Brasil - o caso da EC 96/2017.** Consultor Jurídico, 7 jul. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-07/direitos-fundamentais-protECAo-constitucional-animais-ec-962017>. Acesso em: 27 maio 2019.

- SANTOS, Y. C. N; DIAS, I. S; NETO, J. B. **Decisões Progressistas e *Backlash*: Reações Conservadoras ao Reconhecimento Judicial do Direito de União Entre Pessoas do Mesmo Sexo no Brasil.** REVISTA DIGITAL CONSTITUIÇÃO E GARANTIA DE DIREITOS, Natal, v. 13, n.1, jan./jul. 2020.

- SILVA, M. G. M; REMMÊ, R. S. **“Emenda da Vaquejada”. Efeito *Backlash* e o**

Controle de Constitucionalidade da Emenda Constitucional *Amendment*

96/2017. REVISTA DO DIREITO PÚBLICO, Londrina, v. 16, n. 2, p. 104-125, ago. 2021. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2021v16n2 p104.

- SUNSTEIN, Cass. R. **A Constitution of many minds: why the founding document doesn't mean what it meant before?**, Princeton-Oxford: Princeton University Press, 2009, p. 153.

- VASCONCELOS, Brenda Aguiar. **Uma análise do efeito *backlash* no contexto jurídico-político brasileiro atual**. TCC do Curso de Direito da UFC. Fortaleza-CE. 2017.

- ZAGURSKI, Adriana Timoteo dos Santos. **BACKLASH: UMA REFLEXÃO SOBRE DELIBERAÇÃO JUDICIAL EM CASOS POLÊMICOS**. Revista da AGU – Brasília-DF, v. 16, n. 03, p. 87-108, julho/setembro 2017.