



**Centro Universitário de Brasília - UniCEUB**  
**Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS**

**Dângelo Saraiva de Souza**

**O CONTRA-ATAQUE AO ATIVISMO JUDICIAL: O *BACKLASH*  
JURÍDICO NO BRASIL**

Brasília  
2019

DÂNGELO SARAIVA DE SOUZA

**CONTRA-ATAQUE AO ATIVISMO JUDICIAL: O *BACKLASH* JURÍDICO  
NO BRASIL**

Projeto de Pesquisa do Programa de  
Graduação em Direito da Faculdade de  
Ciências Jurídicas e Sociais, do Centro  
Universitário de Brasília – UniCEUB.  
Orientadora: Anna Luiza de Castro Gianasi

Brasília  
2019

## **AGRADECIMENTOS**

Há tanto a agradecer e à tantos. Agradeço a minha mãe que sempre lutou por mim. Gratidão, as minhas “outras mães”, Leila Branco, minha professora na Sala de Recursos para Altas Habilidades e Adriana Barros que me persuadiu a entrar nessa graduação e me emprestou e doou livros, inclusive para escrever este trabalho.

Gratidão a minha família e aos meus amigos, em especial à minha colega e amiga Alyne Thacila que me ouviu milhões de vezes sobre este tema, sempre dando boas contribuições.

Agradecimento a minha orientadora, a professora Anna Gianasi e aos professores.

## RESUMO

A presente monografia tem por objetivo estudar as reações sociais contrárias às decisões proferidas pelo Poder Judiciário, tendo como recorte o Supremo Tribunal Federal, em temas moral ou politicamente sensíveis, fenômeno jurídico ao qual se tem dado o nome de *backlash*. Para tanto, foi feita análise de decisões judiciais controversas, que tenham causado reação social, além de leis, projetos legislativos e bibliografia, em livros ou artigos sobre o tema. Começando, na introdução, por contextualizar as razões que explicam e favorecem a ocorrência do *backlash* no Brasil. Após isto, dar-se a conceituação do fenômeno e em seguida apresenta o debate sobre “quem dá a última palavra” em termos de interpretação constitucional. Por fim, estuda o caso da ADO 26 que equiparou a homofobia a racismo e as reações a decisão do Supremo Tribunal Federal.

**Palavras-chaves:** *Backlash*. Direito Constitucional. Congresso. Supremo Tribunal Federal.

## ABSTRACT

The purpose of this monograph is to study the social reactions contrary to judgments handed down by the judiciary, having as its focus the Federal Supreme Court, in morally or politically sensitive subjects, a legal phenomenon that has been called backlash. To this end, an analysis was made of controversial court decisions that have caused social reaction, as well as laws, legislative projects and bibliography, in books or articles on the subject. Starting, in the introduction, by contextualizing the reasons that explain and favor the occurrence of backlash in Brazil. After this, give the conceptualization of the phenomenon and then present the debate on "who gives the last word" in terms of constitutional interpretation. Finally, it studies the case of ADO 26 that equated homophobia with racism and reaction to the Supreme Court ruling.

**Keywords:** Backlash. Constitutional right. Congress. Supreme Court.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO E CONTEXTUALIZAÇÃO.....</b>	<b>6</b>
<b>2 CONCEITO DE BACKLASH.....</b>	<b>12</b>
<b>3 QUEM DÁ A ÚLTIMA PALAVRA?.....</b>	<b>17</b>
<b>4 ADO 26: CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA.....</b>	<b>25</b>
<b>5 CONCLUSÕES.....</b>	<b>33</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>35</b>

## 1 INTRODUÇÃO E CONTEXTUALIZAÇÃO

Para toda ação sempre há uma reação de mesma intensidade e direção, porém em sentidos opostos. A terceira lei newtoniana da física, acima citada, descreve bem o objeto de estudo no presente trabalho. Como a sociedade moderna é um todo plural, formada por vários subgrupos, operam-se movimentos dialéticos, de tese e antítese, que disputam os rumos da sociedade.

A luta de movimentos sociais, como o feminista e de Lésbicas Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgênero (LGBT) por exemplo, acaba por garantir visibilidade e uma ampliação de direitos, como o casamento igualitário e um eventual direito ao aborto. Ocorre que tais questões não são de concordância unânime por parte dos grupos que compõem esta sociedade. Ante a inércia do parlamento, estes temas são judicializados e as sentenças que, a princípio, deveriam a garantir a coesão social, não raro são bombardeadas por revoltas sociais e legislativas contrárias à decisão. Este é objeto central do trabalho.

Mas antes de tudo são necessárias algumas digressões introdutórias. Um debate antigo, mas ainda atual e relevante sobre o que é a Constituição e qual o seu papel na sociedade. Vários autores tentaram responder a estas indagações clássicas do direito.

Para Ferdinand Lassalle<sup>1</sup>, em essência a Constituição de um país é o conjunto de fatores reais de poder, como o exército, os banqueiros e a própria burguesia, que expressam assim uma correlação de forças políticas, sendo a constituição jurídica mera formalidade, uma folha de papel. Concluiu que os problemas constitucionais não são questões de cunho jurídico, mas sim político. Desta forma, a constituição jurídica seria desprovida de um carácter normativo.

Konrad Hesse<sup>2</sup> defende exatamente o oposto. Segundo Hesse, filiar-se a concepção de Lassalle significaria negar o direito constitucional como ciência jurídica, estando este tão somente a serviço de justificar as relações de poder e não a cultivar uma ordem estatal justa. Representaria também reconhecer que as normas

---

<sup>1</sup>LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 6. ed. Rio de Janeiro, 2001.

<sup>2</sup>HESSE, KONRAD. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

constitucionais nada mais representam que contextos fáticos voláteis, o que não é concebível, afinal a Constituição é dotada de força normativa.

Para tanto, é necessário que haja uma “vontade de constituição”, conforme palavras do próprio Konrad Hesse:

Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se a despeito de juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem.

Até aqui, a história parece corroborar as ideias defendidas por Lassalle. Especialmente quando se debruça sobre a trajetória constitucional brasileira, pode-se perceber que, por diversas vezes, a força superou o direito. Entretanto, pela própria ideia de uma Constituição, como um freio às arbitrariedades perpetradas pelo Estado, no Brasil se fez necessário mudar o padrão de comportamento, ou seja, criar uma cultura de tolerância e respeito à democracia.

Em recente artigo publicado virtude dos trinta anos da Constituição, o Luís Roberto Barroso<sup>3</sup>, mencionou que a ideia de que a Constituição não é uma mera carta de intenções, ou seja, ela é dotada de força normativa que vincula a todos, sendo em síntese aquilo que chamamos de princípio da supremacia constitucional, e que na atualidade parece tão óbvio, ao seu tempo, em 1980, não era uma obviedade. Naquela época, diz Luís Roberto Barroso, quem era criminalista tinha só o Código Penal e de Processo Penal, o civilista manuseava apenas o Código Civil e de Processo Civil e nenhum deles tinha uma Constituição. Portanto houve uma constitucionalização de todos os ramos do direito. Aliás, mais recentemente há um fenômeno constitucionalização do debate público. O relato de Barroso, afasta à teoria de Lassalle, reforça, portanto, que a Constituição tem seu espaço na vida política do país, devendo ser levada sempre em consideração.

Na realidade brasileira, a Constituição de 1988 representou de fato um novo paradigma. Parte do texto constitucional representa uma verdadeira resposta às graves

---

<sup>3</sup>BARROSO, Luís Roberto. *Brasil + 30: o legado de 30 anos de democracia e os desafios pela frente* disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/trinta-anos-democracia-port.pdf>. Acesso em: 30 set. 2018.

violações de direitos em nossa história. O Brasil, o último país americano a abolir a escravidão, passou a tipificar como inafiançável e imprescritível o crime de racismo. Todas as outras Constituições nacionais até aquele momento, primeiro tratavam da estrutura do Estado. A Constituição de 1988 abordou, em seus primeiros artigos os direitos e garantias fundamentais, portanto uma resposta simbólica, mas clara, aos crimes perpetrados pela ditadura civil-militar de 1964.

Com o objetivo de resguardar a observância dos direitos fundamentais, o constituinte ofertou ao cidadão uma série de instrumentos hábeis a judicializar e efetivar tais direitos. Com promulgação da Constituição de 1988 houve um alargamento da atuação judicial, consequência de seu próprio texto que impõe o princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto em seu art. 5 inc. XXXV, mas também por conta de uma escrita extensiva, prolixa e repleta de normas programáticas.

Imbuído desse espírito de preservar a supremacia da constitucional, o constituinte originário ampliou o rol de legitimados ativos para a propositura das ações diretas de inconstitucionalidade, bem como criou mecanismos para sanar eventuais omissões do legislador que viesse a ferir direitos, como o mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade por omissão<sup>4</sup>.

Tais características da Constituição brasileira, fizeram com que vários jurisdicionados, que por mora do Legislativo permanecessem desamparados em seus direitos, bem como atores políticos que perderam a batalha dentro do Parlamento, enxergassem no Poder Judiciário, em especial no Supremo Tribunal Federal (STF), um campo fértil para o embate, na busca de soluções para suas demandas. Como consequência, relevantes debates a respeito de temas morais, sociais e políticos se deslocaram do Poder Legislativo e Executivo para o Poder Judiciário.

---

<sup>4</sup>Interessante observar, que esta opção de alargamento dos legitimados se mantém, como se observa a partir da tramitação da PEC 31 de 2017 no Congresso Nacional. O projeto de emenda pretende ampliar ainda mais o rol de legitimados para propositura de ações de controle concentrado de constitucionalidade, se estendendo ao Defensor Público Geral, equiparando a Defensoria Pública ao Ministério Público. BRASIL. *Projeto de Emenda à Constituição nº 31 de 2017*. Dá nova redação aos arts. 103 e 109, para dispor sobre a legitimidade do Defensor Público-Geral Federal para a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade e o incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/130919>. Acesso em: 27 maio 2019.

Pesquisas com células tronco, cotas raciais para ingresso em universidades públicas, descriminalização da maconha, ampliação das possibilidades de aborto, casamento homoafetivo e criminalização da homofobia são alguns exemplos de temas controversos que passaram a ser debatidos no Supremo Tribunal Federal.

Grupos conservadores, que antes estavam confortáveis com a inação do legislativo e, conseqüentemente, com a manutenção do *status quo*, de uma sociedade heteronormativa, patriarcal e branca, passaram a reagir às posturas tidas como contramajoritária ou progressista<sup>5</sup> do judiciário, à exemplo da permissão do casamento homoafetivo, ampliação das hipóteses de aborto e cotas raciais. Estes setores mais conservadores da sociedade, especialmente os neopentecostais, passam a articular dentro e fora do parlamento a criação de leis que esvaziem o conteúdo das decisões do STF.

Os segmentos mais conservadores da sociedade argumentam que as cortes de justiça carecem de legitimidade democrática, uma vez que seus membros não são escolhidos por meio do voto. Aduzem ainda que essa conduta proativa representa violação à separação dos poderes, invasão competência por parte do judiciário em relação ao legislativo ou ao executivo, posto que não estaria os órgãos julgadores autorizados a legislar ou interferir minuciosamente nos conteúdos de políticas públicas.<sup>6</sup>

E mesmo em casos urgentes, como fez no caso do reconhecimento da massiva violação de direitos humanos e fundamentais perpetradas no âmbito do sistema carcerário brasileiro, ao importar o instituto jurídico colombiano do Estado de Coisas Inconstitucional<sup>7</sup>, as instâncias do Judiciário não são criadas originalmente para monitorar políticas públicas.

Os acórdãos proferidos pelos tribunais não dispõem de meios para fiscalizar e acompanhar o cumprimento das políticas públicas. Além disso, a própria importação do

---

<sup>5</sup>Esta postura é defendida como um suposto papel “iluminista” das Cortes Constitucionais BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/notas-palestra-luis-robertobarroso.pdf>. Acesso em 14 mar. 2019.

<sup>6</sup>FONTELES, Samuel Sales. *Direito e backlash*. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

<sup>7</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF/DF 347, Rel. Min. Marco Aurélio. Data da publicação 19/02/2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em 29 maio. 2019.

referido instituto se deu de maneira errônea, conforme descrevem José Ribas Vieira e Rafael Bezerra<sup>8</sup>:

Em análise do caso brasileiro, constata-se que esta preocupação, por hora, de fato não aconteceu. Pelo contrário, o que se viu, tendo em vista as duas medidas deferidas liminarmente fora uma reprodução da idéia de Roberto Schwarz, desenvolvida nos anos 70, de “ideias fora do lugar”, haja vista que tanto os pedidos formulados como a decisão liminar mantiveram a contumaz perspectiva deliberativa do STF: mandatória e monológica, bem como, refletiram um profundo alheamento em relação à necessária construção de uma jurisdição supervisora e de sentenças estruturantes, em frontal contraste com a jurisprudência da CCC.

Há uma série de argumentos levantados contra o ativismo judicial que são invariavelmente usados para justificar as reações contrárias às decisões judiciais. Inclusive, mesmo aqueles que defendem uma postura mais proativa da justiça, como Luiz Roberto Barroso<sup>9</sup>, concordam que não só há a falta de legitimidade, mas também há riscos quanto à politização da justiça.

Levando-se em consideração os últimos acontecimentos no cenário político brasileiro é relevante o debate sobre o fenômeno do *backlash*, que pode ser compreendido em síntese, como uma reação social à uma decisão judicial tida, na maior parte das vezes, como progressista. À luz dos autores apresentados nos primeiros parágrafos desta introdução, que embora não tenham se debruçado especificamente sobre o *backlash*, ainda assim, é possível dizer que, o fenômeno pode ser entendido, na ótica de Hesse, como uma afronta a efetividade das normas constitucionais, por significar o esvaziamento da decisão judicial. Por outro lado, para Lassale, apenas mais um argumento apto para reforçar a sua tese de que o que importa é a conjuntura de forças e não às normas escritas.

O trabalho visa num primeiro momento conceituar esse fenômeno denominado *backlash*. A partir dessa compreensão, dialogar sobre quem em tese deve “dar a última palavra” em termos de decisão e interpretação constitucional. Em seguida, serão

---

<sup>8</sup>VIEIRA, José Ribas; BEZERRA, Rafael. *Estado de Coisas Fora do Lugar (?)*. Jota, Brasília, 5 out. 2015. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/estado-de-coisas-fora-lugar-05102015>. Acesso em 29 maio 2019.

<sup>9</sup>BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. *Thesis*, Rio de Janeiro, v. 5 n. 1, p. 23-32, 2012.

explorados os fundamentos adotados no julgamento da ADO 26, que reconheceu a inércia do legislativo, para assim equiparar lgbtfobia ao racismo, bem como, primeiro analisando os argumentos que ensejaram a discussão e posteriormente as reações sociais e legislativas contra a decisão do Supremo Tribunal Federal.

## 2 CONCEITO DE BACKLASH

Em linhas gerais o positivismo jurídico tratou de separar a moral do direito, superando o jusnaturalismo. Entretanto tal receita acabou por dar forma a Estados, que embora legalistas, foram autoritários, como o caso da Alemanha nazista. Ante a barbárie desse período, a neutralidade dentro da teoria do direito pareceu inaceitável. Deste modo, após a Segunda Guerra Mundial constatou-se que a separação entre moral e direito poderia ser maléfica, logo passou-se a pensar num novo paradigma jusfilosófico: o pós-positivismo.

Nomeado por diversos autores como neoconstitucionalismo<sup>10</sup>, tal movimento tem por base a reaproximação da ética, da moral ao direito, reconhecendo a normatividade dos princípios, em especial o da supremacia das normas constitucionais, que dá uma grande margem de atuação embasada em fundamentos principiológicos como igualdade, liberdade entre outros. Passou-se a judicializar temas eminentemente políticos, com conseqüente deslocamento de funções que antes residiam nos Poderes Legislativo e Executivo para o Judiciário.

Para professor Daniel Sarmento<sup>11</sup>, no neoconstitucionalismo, a visão clássica do princípio da separação de poderes “cede espaço a outras visões mais favoráveis ao protagonismo judicial em defesa dos valores constitucionais”. Tal compreensão deu margem para um fenômeno de atuação mais proativa da Justiça, a qual seus críticos, entre as quais Lenio Streck, têm dado o nome de ativismo judicial.

Luís Roberto Barroso<sup>12</sup> distingue judicialização e o ativismo judicial. Para ele ambos são primos, de uma mesma família, entretanto, com características distintas. A judicialização decorre do modelo constitucional adotado nacionalmente, do próprio princípio da inafastabilidade da jurisdição, enquanto o ativismo é uma escolha do julgador. Portanto, enquanto uma trata da conduta dos jurisdicionados e o outro versa sobre conduta do julgador.

---

<sup>10</sup>SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2 ed., 3 reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

<sup>11</sup>SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2 ed., 3 reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

<sup>12</sup>BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. *Thesis*, Rio de Janeiro, v. 5 n. 1, p. 23-32, 2012.

Como já se pode notar até aqui, em relação a este tema, é possível afirmar: nem todas as decisões proferidas pelos tribunais são vistas com bons olhos por todos os membros da sociedade. Posicionamentos tidos como ativistas, contramajoritários ou progressistas, tomados pelas cortes tem sido constantemente objeto de críticas num primeiro momento e não raro, há a articulação de grupos na sociedade ou no parlamento para mudar o posicionamento adotado. Este fenômeno de reação tem-se dado o nome de *backlash*.

Para CassSunstein<sup>13</sup>, defensor de um comportamento mais restritivo, o minimalismo judicial, o *backlash* público pode ser definido como sendo uma “intensa e sustentada desaprovação pública de uma decisão judicial, acompanhada de medidas agressivas para resistir a essa decisão e remover sua força legal”. Ainda de acordo com o autor a mera possibilidade de *backlash* da decisão judicial justificaria a própria necessidade de uma autocontenção.

De acordo com o Cambridge Dictionary, *backlash* é um “forte sentimento entre um grupo em reação a uma mudança ou evento recente na política”. Marmelstein afirma que *backlash* refere-se a esse contra-ataque, “uma reação não-desejada a atuação judicial”<sup>14</sup>. Para o autor, esse fenômeno segue uma sistemática que pode ser sintetizada da seguinte forma:

(1) Em uma matéria que divide a opinião pública, o Judiciário profere uma decisão liberal, assumindo uma posição de vanguarda na defesa dos direitos fundamentais. (2) Como a consciência social ainda não está bem consolidada, a decisão judicial é bombardeada com discursos conservadores inflamados, recheados de falácias com forte apelo emocional. (3) A crítica massiva e politicamente orquestrada à decisão judicial acarreta uma mudança na opinião pública, capaz de influenciar as escolhas eleitorais de grande parcela da população. (4) Com isso, os candidatos que aderem ao discurso conservador costumam conquistar maior espaço político, sendo, muitas vezes, campeões de votos. (5) Ao vencer as eleições e assumir o controle do poder político, o grupo conservador consegue aprovar leis e outras medidas que correspondam à sua visão de mundo. (6) Como o poder político também influencia a composição do Judiciário, já que os membros dos órgãos de cúpula são

<sup>13</sup> SUNSTEIN, Cass R. *Backlash's Travels*. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, v. 42, p. 435, março 2007. Disponível em: [http://web.archive.org/web/20100215023412/http://www.law.harvard.edu/students/orgs/crcl/vol42\\_2/C\\_RCL422.pdf](http://web.archive.org/web/20100215023412/http://www.law.harvard.edu/students/orgs/crcl/vol42_2/C_RCL422.pdf). Acesso em 27 mai. 2019. Tradução livre.

<sup>14</sup> MARMELSTEIN, George. *Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas ao ativismo judicial*. In: SEMINÁRIO ÍTALO-BRASILEIRO, 3. Bolonha, 2016.

indicados politicamente, abre-se um espaço para mudança de entendimento dentro do próprio poder judicial. (7) Ao fim do processo, pode haver um retrocesso jurídico capaz de criar uma situação normativa ainda pior do que a que havia antes da decisão judicial, prejudicando os grupos que, supostamente, seriam beneficiados com aquela decisão.

Samuel Sales Fonteles<sup>15</sup>, por outro lado, entende que a conceituação fornecida por Marmelstein descreve tão somente o *backlash* conservador, quando na realidade o *backlash* pode ser uma reação progressista a uma decisão conservadora, conforme será demonstrado mais adiante.

Marmelstein presume que a “consciência social ainda não está bem consolidada”, havendo portanto uma grande indecisão social sobre temas como a união homoafetiva, o aborto entre outros. Fonteles, entende que tal compreensão não teria correspondência no mundo real em alguns casos<sup>16</sup>. Fonteles elucida a questão com pesquisas de opinião, demonstrando que nem sempre há uma indecisão, em alguns casos, a sociedade brasileira, tem demonstrado um certo padrão de entendimento ao longo dos anos, por exemplo temas como pena de morte, drogas e aborto.

Samuel Sales Fonteles afirma que o *backlash* jurídico pode ser entendido em um sentido amplo e em um sentido estrito:

Em um sentido amplo, o *backlash* pode ser compreendido como toda reação social vocacionada a hostilizar atos do poder público (v. g. leis, atos administrativos, atos políticos, decisões judiciais, decisões administrativas etc.) ou de quem lhe faça às vezes, o que inclui até mesmo fenômenos como a Inconfidência Mineira, Conjuração Baiana, Revolta da Vacina, e outros movimentos sociais. Em um sentido estrito, o *backlash* designa relações sociais (*backlash* nacional) ou estatais (*backlash* internacional), lícitas ou ilícitas, que hostilizam atos e decisões, ainda que não jurisdicionais, do Judiciário (juízes ou Tribunais), Cortes Constitucionais, Tribunais administrativos ou Órgãos Internacionais (v. g Cortes de Direitos Humanos), usualmente conservadoras do *status quo*.

Portanto num sentido amplo, *backlash* é qualquer movimento contrário a uma decisão de Estado, que não necessariamente será judicial. Em sentido estrito, a decisão notadamente será judicial ou quase judicial, porém ainda vista de forma ampla,

---

<sup>15</sup> FONTELES, Samuel Sales. *Direito e backlash*. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

<sup>16</sup> FONTELES, Samuel Sales. Op. cit. p. 68

uma vez que pode abarcar reações contrárias às sentenças proferidas por Corte de Direitos Humanos, algo não citado por outros autores como Marmelstein e Barsaglia.

Por fim, salienta-se que a mera reação legislativa à uma decisão judicial, não constitui em si um *backlash*. A exemplo da Emenda Constitucional 39/2002 que foi aprovada, como reação a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que considerava inconstitucional a cobrança de taxas de iluminação pública.

Como se sabe, a Constituição disciplina que taxas são tributos vinculados, remuneradas pelo exercício do poder de polícia ou por serviço público disponível ou posto à disposição do contribuinte. Entretanto tal serviço deve ser divisível e específico. Ocorre que é impossível determinar quem é o exato beneficiário, ou o quanto cada um se beneficia pelo serviço de iluminação pública, sendo toda a coletividade a beneficiária, portanto um serviço inespecífico.

Desta forma, não se poderia remunerar tal serviço público por taxa, mas sim por outro tributo. Este era o entendimento do Supremo Tribunal Federal, daí a reação legislativa, em que o Congresso Nacional criou uma nova espécie de contribuição social para custeio do serviço de iluminação pública que seria cobrado pelos Municípios e pelo Distrito Federal, como forma de custear o serviço<sup>17</sup>.

Como se vê, houve uma reação legislativa ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Reação necessária para garantir que o serviço de iluminação público fosse custeado. Entretanto, não se poderia afirmar que se trata de um *backlash*, vez que não se vislumbra aqui um grande desacordo moral ou político na sociedade. Relevante sim na medida em que trata de um serviço essencial, sobretudo para os grandes centros urbanos e por, também, versar sobre o direito dos contribuintes, todavia, o debate encontra-se tão somente na forma de se tributar.

Portanto, conclui-se que o *backlashé* o fenômeno jurídico, caracterizado por uma reação social hostil a determinada decisão judicial, proferida em temas moral e politicamente sensíveis da sociedade. Estas reações podem variar desde protestos, críticas nas redes sociais, pedidos de impeachment de ministros do Supremo Tribunal

---

<sup>17</sup>Este entendimento restou sumulado primeiramente pela súmula 670, que acabou por converter-se na Súmula Vinculante 41 do STF, na qual “o serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa”.

Federal, até mesmo em articulação legislativa para reverter o decidido. Tendo conceituado o fenômeno do backlash, cabe agora indagar “quem dá a última palavra” sobre a interpretação constitucional.

### 3QUEM DÁ ÚLTIMA PALAVRA?

Há um velho ditado que diz “decisão judicial não se discute, se cumpre”. Este dito popular sintetiza uma visão tradicional de que ao STF cabe a decisão final, inclusive por disposição do próprio art. 102 Constituição Federal segundo o qual “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição”. No julgamento do Mandado de Segurança 26.603/DF, os ministros confirmaram este entendimento, resultando na seguinte ementa<sup>18</sup>:

CONSTITUIÇÃO E O MONOPÓLIO DA ÚLTIMA PALAVRA, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM MATÉRIA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. - O exercício da jurisdição constitucional, que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição, põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do Supremo Tribunal Federal, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder. - No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que "A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la". Doutrina. Precedentes. - A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal - a quem se atribuiu a função eminente de "guarda da Constituição" (CF, art. 102, "caput") - assume papel de fundamental importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso País conferiu, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental.

Seguindo esse raciocínio, segundo o qual ao Judiciário dar a última palavra, Carlos Ayres Britto<sup>19</sup>, quando questionado sobre o afastamento do senador Renan Calheiros da presidência do Senado, respondeu que “a ordem [estabelecida pela Constituição] é essa: Legislativo, Executivo e Judiciário. Isso é uma ordem tão lógica como cronológica. Assim como não se pode impedir a imprensa de falar primeiro sobre as coisas, não se pode impedir o Judiciário de falar por último”.

<sup>18</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS nº 26.603/DF, Rel Min. Celso de Mello. Julg. 04.10.2007

<sup>19</sup>MENDONÇA, Ricardo. Ayres Britto: ninguém pode impedir o judiciário de falar por último. Disponível em: <https://www.valor.com.br/politica/4798603/ayres-britto-ninguem-pode-impedir-o-judiciario-de-falar-por-ultimo>. Acesso em 18 mar. 2018

É certo que com trânsito em julgado das sentenças judiciais ou acórdãos põe fim ao processo, seu objetivo principal é justamente acabar com o litígio em definitivo, até mesmo porque se assim não fossem, de que serviria o processo? Ainda assim é necessário indagar se o Poder Judiciário é intérprete exclusivo e suas decisões são mesmo finais. Há situações em que a *decisum* acaba por fomentar ainda mais o debate sobre o tema em julgamento.

Um célebre caso é a questão do aborto nos Estados Unidos. No caso *Roe vs. Wade*<sup>20</sup>, em 1973, no Estado do Texas, Jane Row recorreu ao judiciário após ver seu pedido de aborto negado, uma vez que embora tendo alegado que havia sido estuprada, não havia registro nos órgãos policiais.

Roe por sua vez ajuizou uma ação questionando a constitucionalidade das leis de aborto no estado texano, resultando no posicionamento da Suprema Corte no sentido de entender que nesses casos haveria uma prevalência do direito à privacidade positivados na Décima Quarta Emenda da Constituição Americana.

Grupos religiosos insatisfeitos, reunidos no Partido Republicano, passaram a usar a decisão para cooptar eleitores. As reações<sup>21</sup> foram as mais diversas, de menor à maior grau, como por exemplo, associações católicas que pediram a excomunhão dos magistrados da corte, pressionando o presidente Reagan a indicar apenas pessoas contrárias ao aborto, desaguando em ações extremas, como ataques com explosivos em clínicas de abortamento.

Samuel Sales Fonteles discorre sobre os tipos de reações radicais ocorridas neste caso, nos Estados Unidos. Reações extremadas que envolveram atentados às clínicas, chegando a culminar no assassinato, em 2019, do médico George Tiller, que realizava procedimento de abortamentos.

Ainda segundo o autor, na esfera legislativa, várias leis foram propostas. Ainda que nenhuma destas leis tenha conseguido esvaziar completamente a decisão, ainda assim, representam óbices ao pleno exercício do direito ao aborto. Pode se citar leis que determinavam que as mulheres vissem o feto no exame de ultrassom ou

---

<sup>20</sup>ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Roe v. Wade*, 410 US 113 (1973). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/>. Acesso em: 16 maio. 2019.

<sup>21</sup>DWORKIN, Ronald. Direito da Liberdade 2006 apud. FONTELES, Samuel Sales. Direito e Backlash 2019 p. 151

escutassem os batimentos cardíacos do feto, exigências de prazo reflexivo para saber se a gestante de fato queria passar pelo procedimento e em alguns casos, os conservadores articulavam leis que a despeito de regulamentar o funcionamento das clínicas tornavam excessivamente oneroso a obtenção do licenciamento, fazendo com que estas clínicas muitas vezes desaparecessem.

Como é possível perceber no caso americano, as decisões judiciais não encerram o debate constitucional e político sobre o assunto. Sendo, portanto, correto rechaçar a ideia de que os tribunais são intérpretes exclusivos e finais, uma vez que ao criar leis, os parlamentos estaduais, também estavam interpretando e limitando a extensão do direito.

No Brasil também há casos em que o acórdão do Supremo não põe fim ao debate constitucional sobre determinado assunto, ocasionando reações sociais e legislativas contra a decisão. Nesse sentido, o Congresso Nacional também interpreta a Constituição, inclusive para rever posições do Poder Judiciário, além disso, ao emendar a Constituição o parlamento não só interpreta, mas também modifica o próprio texto.

O próprio STF assentou em diversos julgados que as decisões em ADI não vinculam o Legislador em sua função típica, que é a de legislar, contendo mais que necessária, em observância ao princípio 'da separação dos poderes. Cita-se a exemplo o julgamento mais recente, em que por maioria de votos acompanharam o relator, Ministro Luiz Fux<sup>22</sup>, no sentido de flexibilizar a ideia de "última palavra" dada pelo STF, reconhecendo que os pronunciamentos do tribunal devem ser entendidos como última palavra provisória:

1. O hodierno marco teórico dos diálogos constitucionais repudia a adoção de concepções juriscênticas no campo da hermenêutica constitucional, na medida em que preconiza, descritiva e normativamente, a inexistência de instituição detentora do monopólio do sentido e do alcance das disposições magnas, além de atrair a gramática constitucional para outros fóruns de discussão, que não as Cortes. 2. O princípio fundamental da separação de poderes, enquanto cânone constitucional interpretativo, reclama a pluralização dos intérpretes da Constituição, mediante a atuação coordenada entre os poderes estatais – Legislativo, Executivo e Judiciário – e os diversos segmentos da sociedade civil organizada, em um processo contínuo, ininterrupto e republicano, em que cada um destes players contribua, com suas capacidades específicas, no embate dialógico, no afã de

---

<sup>22</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5105/DF, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 1º/10/2015

avançar os rumos da empreitada constitucional e no aperfeiçoamento das instituições democráticas, sem se arvorarem como intérpretes únicos e exclusivos da Carta da República. 3. O desenho institucional erigido pelo constituinte de 1988, mercê de outorgar à Suprema Corte a tarefa da guarda precípua da Lei Fundamental, não erigiu um sistema de supremacia judicial em sentido material (ou definitiva), de maneira que seus pronunciamentos judiciais devem ser compreendidos como última palavra provisória, vinculando formalmente as partes do processo e finalizando uma rodada deliberativa acerca da temática, sem, em consequência, fossilizar o conteúdo constitucional. 4. Os efeitos vinculantes, ínsitos às decisões proferidas em sede de fiscalização abstrata de constitucionalidade, não atingem o Poder Legislativo, ex vi do art. 102, § 2º, e art. 103-A, ambos da Carta da República. 5. Consectariamente, a reversão legislativa da jurisprudência da Corte se revela legítima em linha de princípio, seja pela atuação do constituinte reformador (i.e., promulgação de emendas constitucionais), seja por inovação do legislador infraconstitucional (i.e., edição de leis ordinárias e complementares), circunstância que demanda providências distintas por parte deste Supremo Tribunal Federal.

Existem correntes acerca de como se interpretar a Constituição que podem auxiliar o interlocutor a se posicionar contra ou a favor ao *backlash*, bem como podem nortear a atuação dos membros do Poder Judiciário em seus julgamentos, merecem uma breve explanação. Trata-se da distinção entre Constitucionalismo Democrático e o Constitucionalismo Popular.

Para o Constitucionalismo Popular<sup>23</sup> as decisões relativas à interpretação constitucional devem ser tomadas pelo povo, que é o senhor proprietário da Constituição, apregoa um esvaziamento dos tribunais e a devolução do poder decisório sobre a interpretação constitucional ao povo. Portanto, é contra não apenas o ativismo judicial, mas ao próprio *judicial review*, ou seja, ao modelo de controle de constitucionalidade exercido pelo judiciário, uma vez que estes carecem de legitimidade democrática.

Segundo Jeremy Waldron<sup>24</sup>, um dos expoentes dessa corrente, uma sociedade pode ser ao mesmo tempo comprometida com a existência de direitos básicos e discordar sobre o conteúdo e as interpretações e extensões de tais direitos. Esta controvérsia deve ser realizada pelo processo majoritário e representativo:

---

<sup>23</sup>SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2 ed., 3 reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

<sup>24</sup>SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. 2012 apud WALDRON, Jeremy. 2010

A discordância sobre direitos não é irracional e as pessoas podem discordar sobre direitos e ainda levá-los a sério. Nessas circunstâncias, elas precisam, para resolver suas discordâncias, adotar procedimentos que respeitem as vozes e as opiniões das pessoas - milhões delas - cujos direitos estão em jogo nessas discordâncias e tratá-las como iguais nesse processo.

Seguido a mesma premissa do Constitucionalismo Popular, pelo minimalismo judicial a noção de que o Judiciário ao proferir suas sentenças deve se ater a matéria de fato, evitando juízos de valores e considerações expansionistas que tentem se aplicar a todos os casos. Alguns dos argumentos<sup>25</sup> utilizados por quem defende o minimalismo é o de que uma postura mais restritiva reduz os erros judiciais e diminui os danos causados por decisões expansionistas. Acredita-se também que tal postura favorece a democracia, no sentido de exigir um maior debate público e conseqüentemente reduz os riscos de uma reação social contra decisão.

O Constitucionalismo Democrático<sup>26</sup>, por outro lado, confere legitimidade a atuação do Judiciário através da abertura semântica possibilitada pelo uso de princípios constitucionais. Deve prevalecer, portanto os entendimentos proferidos pelas Cortes Constitucionais, afinal a própria Constituição atribuiu a ela a solução de eventuais problemas interpretativos. Inclusive, porque se a Constituição não é dotada de supremacia em si, acabará por ser uma mera folha de papel sem força normativa, valendo tão somente a vontade dos atores políticos, como leciona Ferdinand Lassalle<sup>27</sup>.

Para Robert Post e Reva Siegel<sup>28</sup>, muito embora o *backlash* represente a vontade de um povo livre em influir no conteúdo do que é a Constituição, ao mesmo tempo representa risco a independência Direito.

*Backlash* é um fenômeno novo no Brasil, até mesmo porque ele decorre do conflito entre Estado de Direito vs. Estado Democrático, ou seja, da atuação limitadora

<sup>25</sup> FONTELES, Samuel Sales. *Direito e backlash*. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

<sup>26</sup> PIMENTEL, Mariana Barsaglia. Backlash às decisões do Supremo Tribunal Federal sobre união homoafetiva. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 54, n. 214, p. 189-202, abr./ jun. 2017. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril\\_v54\\_n214\\_p189.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p189.pdf). Acesso em: 23 mar. 2018.

<sup>27</sup> LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 6. ed. Rio de Janeiro, 2001.

<sup>28</sup> POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*. New Haven, 2007. FacultyScholarship Series. 169. Disponível em: [https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1168&context=fss\\_papers](https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1168&context=fss_papers). Acesso: em 16 maio de 2019.

do direito frente à vontade democrática da maioria. Como o Estado Democrático de Direito só se operou no Brasil efetivamente após 1988, natural que só agora esses conflitos venham a lume. Portanto, a grande problemática que se discute com o presente trabalho é a ocorrência de um fenômeno novo na nossa história constitucional e que permanece provisoriamente sem respostas.

O *backlash* também pode indicar uma necessidade de diálogo. Mais que isso, não deve ser visto como uma patologia do sistema que mereça ser expurgada, mas também como uma vontade do cidadão de influenciar no processo e no conteúdo interpretativo da Constituição a qual está vinculado. Revela que o cidadão se importa efetivamente com a sua Constituição, como prescreve Peter Haberle<sup>29</sup> ao afirmar que “quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos co-interpretá-la”, a considerar que as Constituições são criadas para as pessoas, para a sociedade e não apenas para um seletivo grupo. Trata-se também de um ideal republicano, de que os cidadãos participem da vida e das decisões de sua comunidade política.

De acordo com Fonteles<sup>30</sup> na maioria das vezes se imagina que a decisão judicial será progressista e a reação à essa decisão será retrógrada, dado o caráter contramajoritário de atuação Judiciário, entretanto há casos em que isso não se confirma. No século XIX, em julgamento emblemático<sup>31</sup> a Suprema Corte americana bloqueou iniciativas por parte do legislativo de limitação da escravidão naquele país. Para a Corte, o Compromisso do Missouri, que declarava livre todos os territórios a oeste do Missouri era inconstitucional, adotando assim uma postura conservadora, pela manutenção da escravidão no país. Entretanto houve reação social e política contra a decisão.

---

<sup>29</sup>HABERLE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997.

<sup>30</sup>FONTELES, Samuel Sales. *Direito e backlash*. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

<sup>31</sup>ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1856) Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/60/393/>. Acesso em: 28 mar. 2019. Neste caso em que a Suprema Corte americana em março de 1857 decidiu que um escravo, que residia em um estado e território onde a escravidão foi proibida, não tinha direito à sua liberdade; que “um negro livre da raça africana, cujos ancestrais foram trazidos para este país e vendidos como escravos, não é um “cidadão” dentro do significado da Constituição dos Estados Unidos”, portanto, mesmo tendo a lei federal vedada a escravidão em novos territórios, sequer poderia estes se socorrer às cortes de justiça.

No Brasil é possível afirmar que houve um *backlash* progressista em relação ao julgamento da ADPF 153, que declarou recepcionada lei de anistia. Segundo Katya Kozicki<sup>32</sup>, a referida lei se deu de forma ilegítima, discutida dentro de gabinetes da própria ditadura e impossibilitou não somente a punição em seu caráter penal, mas também obsta a busca da verdade histórica.

O julgamento que em tese deveria pôr a termo o debate sobre o tema, fez o oposto, fomentou várias reações contrárias, como por exemplo manifestações em frente à sede da Federação das Indústrias de São Paulo, denunciando a participação e o financiamento de empresários a ditadura, a aprovação de leis locais com a mudança de nomes de ruas e pontes, iniciativas por parte de membros do Legislativo tentando revisar a lei de anistia.

Também como reação à decisão, passados dez meses do julgamento do STF, a Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou o Brasil, no caso Gomes Lund, a investigar o desaparecimento forçado de 62 militantes na região do Araguaia. Além disso, também após o julgamento, governo tratou de enviar ao Congresso Nacional um projeto de lei que acabou por instituir a Comissão Nacional da Verdade.

Por fim, algumas reações aos julgamentos do STF são ilegítimas, como por exemplo a recusa de se cumprir decisão judicial, o corte de verbas do poder judiciário como forma de retaliação, o impeachment de ministros do Supremo<sup>33</sup> por discordância de ideias usadas nos julgamentos. Sem falar, tentativas de mudar a composição da corte, seja diminuindo a idade de aposentadoria compulsória, seja aumentando o número de membros do tribunal<sup>34</sup>. Quando isso ocorre o STF pode e deve fazer uma autoanálise de sua atuação, desde que isso obviamente não implique em

---

<sup>32</sup> KOZICKI, Katya. Backlash: as “Reações Contrárias” à Decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 153. In: SOUZA JUNIOR, José Geraldo de; SILVA FILHO, José Carlos Moreira da; PAIXÃO, Cristiano; FONSECA, Livia Gimenes Dias da; RAMPIN, Talita Tatiana Dias. *O direito achado na rua: introdução crítica à justiça de transição na América Latina*. Brasília: UnB, 2015. v. 7

<sup>33</sup> Boldrini, Angela. Deputados pedem impeachment de ministros que votaram por criminalização da homofobia. Folha de São Paulo, Brasília, fev. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/02/deputados-pedem-impeachment-de-ministros-que-votaram-por-criminalizacao-da-homofobia.shtml>. Acesso em 2 jul. 2019

<sup>34</sup> BRASIL. *Emenda à Constituição nº 88 de 2015*. Altera o art. 40 da Constituição Federal, relativamente ao limite de idade para aposentadoria compulsória de servidor público geral, e acrescenta dispositivo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. 7 de abril de 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc88.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc88.htm). Acesso em: 30 mar. 2019.

autocontenção desmedida, ignorando seu papel contramajoritário na proteção dos grupos vulneráveis.

Apontado pelo Ministro Luiz Fux há que se reconhecer “pluralização dos intérpretes da Constituição, mediante a atuação coordenada entre os poderes estatais – Legislativo, Executivo e Judiciário – e os diversos segmentos da sociedade civil organizada”. A saída para tal impasse, está na própria Constituição, quando conduz os poderes a atuarem em harmonia. Portanto, uma atuação pautada no diálogo institucional de correções recíprocas.

#### 4 ADO 26: CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA

Em 2014 o Partido Popular Socialista ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26<sup>35</sup> contra o Congresso Nacional, tendo em vista não somente a morosidade, mas também a “pura e simples má vontade institucional”, nas palavras da parte autora, do parlamento brasileiro em não criminalizar a lgbtfobia.

A ação proposta pelo PPS visava obter do Supremo do Tribunal Federal o reconhecimento da criminalização específica de “todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero”. Para tanto, argumentou que:

- a) a Constituição traz mandamentos de criminalização de discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais
- b) o princípio da proporcionalidade veda a proteção insuficiente, uma vez que os demais ramos do direito não se mostram suficientes na tarefa de coibir tais violências,
- c) da homofobia e a transfobia deveria ser equiparada ao racismo e por fim,
- d) Em relação a tese de que não cabe ao Supremo Tribunal legislar, pugnou-se pela aplicação da *corrente concretista geral do mandado de injunção*. Pela similitude dos instrumentos, afinal tanto o Mandado de Injunção quando a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão versam sobre omissões de órgãos que deveriam regulamentar normas constitucionais,mas não agem.

O autor da ação alegou que os crimes cometidos contra homossexuais se equiparam ao racismo, na medida em que o racismo é “toda ideologia que pregue superioridade/inferioridade de um grupo relativo a outro”. Sendo assim, os crimes de ódio contra a comunidade LGBT são decorrentes da inferiorização desse grupo

---

<sup>35</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Inconstitucionalidade por Omissão. ADO 26. Requerente: Partido Popular Socialista. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Celso de Mello. Brasília, 13 de junho de 2019 Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em 22 ago. 2019.

minoritário frente as pessoas cis gênero, ou seja, pessoas que se identificam com o gênero com a qual nasceram, grupo majoritário da população.

Ainda nesse sentido, a ação traz o argumento de que deixar de punir a homotransfobia, com o mesmo rigor que se pune o racismo, seria hierarquizar as opressões. Esta hierarquização de opressões dariam a impressão à sociedade de que uma conduta é mais grave que a outra, o que seria vedado pelo princípio da isonomia ou da igual proteção do direito penal.

Subsidiariamente alegou que, caso o STF desconsiderasse como uma espécie racismo, deveria ser entendido como sendo uma discriminação atentatória contra os direitos e liberdades fundamentais. Tal entendimento está positivado no art. 5º inciso XLI da Constituição Federal: “a lei punirá discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais”. Nesse caso, a própria Constituição retirou do legislador ordinário qualquer possibilidade de analisar a conveniência e oportunidade de criação da lei criminalizadora.

Dentro do parlamento, grupos contrários à criminalização, notadamente os que compõe a chamada Bancada Evangélica, tem atuado de modo frear o avanço de qualquer projeto de lei que dê especial proteção aos LGBT's. Uma das medias tomadas foi o pedido de apensamento do PLC 122/06 ao novo Código Penal, afinal, um projeto de lei que discute um código demoraria mais para ser aprovado do que uma simples lei, tratando-se, portanto, de uma estratégia procrastinatória.

Caso o STF reconhecesse a mora inconstitucional, por parte do Congresso Nacional em legislar, vez que há projeto de lei em discussão sobre o tema em debate desde 2001, foi pedido ao Supremo Tribunal Federal que desse um ano, como prazo para a elaboração da referida norma criminalizadora.

Além disso, segundo o autor da ação, caberia ao Supremo mais do que decidir, efetivamente concretizar o decidido, sob pena de que as normas constitucionais se “tornem meros conselhos despidos de imperatividade jurídica”<sup>36</sup>.

---

<sup>36</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação de Inconstitucionalidade por Omissão. ADO 26. Requerente: Partido Popular Socialista. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Celso de Mello. Brasília, 13 de junho de 2019 Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em 22 ago. 2019.

Em seu voto, o ministro relator Celso de Mello iniciou os trabalhos pontuando possíveis reações sociais negativas advindas do seu posicionamento no julgamento da ação, ou seja, o efeito *backlash* à decisão que o Supremo estaria por proferir. O ministro reconheceu que sua posição entra em colidência com setores mais conservadores da sociedade, especialmente o religioso, diz o ministro<sup>37</sup>:

Sei, que em razão de meu voto e de minha conhecida posição em defesa dos direitos das minorias (que compõem os denominados “grupos vulneráveis”), serei inevitavelmente incluído no “Index” mantido pelos cultores da intolerância cujas mentes sombrias – que rejeitam o pensamento crítico, que repudiam o direito ao dissenso, que ignoram o sentido democrático da alteridade e do pluralismo de ideias, que se apresentam como corifeus e epígonos de sectárias doutrinas fundamentalistas – desconhecem a importância do convívio harmonioso e respeitoso entre visões de mundo antagônicas!

Ainda assim, mesmo ciente das repercussões negativas, o ministro relator não adotou uma postura de autocontenção. Celso de Mello reconheceu a mora inconstitucional por parte do Congresso Nacional em legislar, bem como julgou válida a pretensão de equiparar homofobia a racismo.

No julgamento, restou consignado que a repressão à prática de homofobia, por meio do direito penal, não alcança ou restringe a liberdade religiosa. Este era o tema mais espinhoso do debate. Portanto, ficou assegurado o direito dos líderes religiosos e de seus liderados de pregarem e de divulgar, livremente, por qualquer meio, o seu pensamento, suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados. É dizer, externar suas crenças, seja o espaço privado ou público, de forma individual ou coletiva.

Em seu voto<sup>38</sup>, o ministro relator aduziu que pelo atual regime constitucional, a liberdade religiosa está preservada ante a necessidade de se criminalizar a homofobia, mas mesmo assim, isto não significa salvo conduto para a prática de crimes, como o

---

<sup>37</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal. Voto do relator Min. Celso de Mello no julgamento da ADO 26. Requerente: Partido Popular Socialista. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Celso de Mello. Brasília, 13 de junho de 2019 Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em 22 ago. 2019

<sup>38</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal. Voto do relator Min. Celso de Mello no julgamento da ADO 26. Requerente: Partido Popular Socialista. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Celso de Mello. Brasília, 13 de junho de 2019 Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 2 ago. 2019

discurso de ódio, ou seja, aquelas exteriorizações que incitem à discriminação, à hostilidade ou à violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, uma vez que nenhum direito é absoluto:

O regime constitucional de proteção às liberdades do pensamento permite asseverar que a adoção pelo Estado de meios destinados a impedir condutas homofóbicas e transfóbicas em hipótese alguma poderá coarctar, restringir ou suprimir a liberdade de consciência e de crença, nem autorizar qualquer medida que interfira nas celebrações litúrgicas ou que importe em cerceamento à liberdade de palavra, seja como instrumento de pregação da mensagem religiosa, seja, ainda, como forma de exercer o proselitismo em matéria confessional, quer em espaços públicos, quer em ambientes privados.

[...]

A livre expressão e divulgação de ideias não deve (nem pode) ser impedida pelo Estado, cabendo advertir, no entanto – precisamente por não se tratar de direito absoluto –, que eventuais abusos cometidos no exercício dessa prerrogativa constitucional ficarão sujeitos à apreciação do Poder Judiciário, mediante controle jurisdicional “a posteriori”.

Vê-se, portanto, que na prática, a decisão tratou por afastar a hipótese de censura prévia, mas ainda assim abriu a possibilidade de punição para discursos de ódio. Membros da Bancada Evangélica por sua vez, argumentam que o Supremo não deixou claro o que pode ser caracterizado como discurso de ódio. Sendo um conceito aberto estaria relegado aos aplicadores das normas (delegados, promotores, advogados e juízes) definirem, caso a caso, o que pode ser configurado como sendo o *hate speech*.

Para tentar desembaraçar a questão, afastar os efeitos do julgamento dos sermões e homilias religiosas, o ministro relator abordou em seu voto a intenção subjetiva do agente. Os textos sagrados e as pregações decorrentes deles, não são capazes de ofender qualquer bem jurídico, como a honra por exemplo, porque falta a intenção de cometer o crime. A conduta do religioso que reproduz os ensinamentos bíblicos sobre a homossexualidade não chega a ser um delito contra a honra, porque carece da vontade de cometer o delito. Como ninguém pratica injúria de forma culposa, a conduta seria atípica para o direito penal. Não podendo o sujeito ser punido.

Dos dos 11 ministros do Supremo Tribunal Federal, 10 acompanharam o relator e votaram por reconhecer a omissão legislativa, sendo o vencido o Ministro Marco Aurélio. Ante a omissão, 8 ministros votaram por equiparar homotransfobia ao racismo,

qualificando-a como espécie do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo no julgamento do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), tipificado na Lei nº 7.716 de 1989, até que o Congresso Nacional legisle sobre a matéria.

Por maioria também restou assentado que os homicídios praticados em razão do ódio homofóbico são qualificados pelo motivo torpe, previsto no art. 121 §2º inc. I. Do Código Penal. Ficou, ainda, decidido que a equiparação da homofobia ao racismo só se aplicará aos casos ocorridos após a conclusão do julgamento. Discordaram da equiparação apenas os ministros Dias Toffoli, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski que enxergavam no princípio da reserva legal um óbice, pois só o Congresso Nacional estaria legitimado a criar um novo tipo penal.

O acórdão do Supremo Tribunal Federal desencadeou uma série de reações na sociedade. Houve quem aplaudisse o posicionamento do tribunal, à exemplo de entidades de defesa dos direitos da comunidade LGBT. Entretanto, também houve muitas críticas, principalmente de grupos ligados à igrejas neopentecostais, o que caracteriza um verdadeiro *backlash* à decisão do Supremo.

No Brasil, a eleição presidencial de 2018 já evidenciava um forte confronto entre progressistas e conservadores. Uma disputa extremamente polarizada, com debates no que tange à compreensão valores morais da sociedade, dentre as quais a criminalização ou não da homofobia. Foi nesse contexto, de intenso acirramento, que o Supremo Tribunal Federal decidiu pautar o julgamento da ADO 26.

Dessa disputa eleitoral, o representante da parcela mais conservadora da sociedade se sobressaiu, que não só se elegeu, mas também garantiu que seu partido, até então inexpressivo, viesse a ser o segundo maior da Câmara dos Deputados. Houve um aumento significativo da Bancada Evangélica, impulsionada não somente pelo aumento de adeptos da religião nos últimos anos, mas principalmente pelo forte apelo aos temas morais na referida eleição.

O presidente eleito, Jair Bolsonaro, após o encerramento do julgamento da ADO 26 criticou veemente a decisão. Para ele o STF teria legislado e acirrado a luta de classes, além disso, destacando que se houvesse um ministro evangélico no tribunal, esse processo sequer teria sido julgado, afinal este poderia em pedir vista e em suas palavras “sentar em cima” do processo.

Sinalizando apoio à esta parcela conservadora, contrária a decisão, o presidente disse que indicaria ao Supremo Tribunal Federal “um ministro terrivelmente evangélico”. Com isso, Bolsonaro adotou postura semelhante ao presidente norte-americano Donald Trump, que garantiu levar à Suprema Corte Americana nomes conservadores. Os novos ministros conservadores, teriam por objetivo reverter a decisão que legalizou o aborto nos EUA, no julgamento do caso *Roe vs. Wade* em 1973<sup>39</sup>.

Como já mencionado ao longo do trabalho, além das reações legislativas, a mudança na composição das cortes, por meio das indicações políticas estratégicas do presidente, bem como as ameaças de impeachment dos ministros do tribunal são algumas das formas de se exteriorizar o backlash. Conforme Samuel Fonteles<sup>40</sup>, os grupos tentam obter um *overruling* do decidido, ou seja, a mudança do entendimento.

Os cristãos criticam a decisão do Supremo de equiparar homofobia a racismo, primeiro porque acreditam que tal decisão representa uma usurpação de competência legislativa, e segundo por acreditarem que ela tolhe a liberdade de expressão. Uma vez que a Bíblia desaprova a homossexualidade, as lideranças religiosas temem sofrer ações penais ao externar seus dogmas nos cultos.

Uma vez julgada a ADO 26, a Frente Parlamentar Evangélica, que conta atualmente com 195 deputados e 8 senadores, e que antes impedia qualquer avanço de projetos de lei que viessem a criminalizar a homofobia ou mesmo garantir o casamento igualitário, passaram então a trabalhar em duas frentes.

A primeira conduzida pelo senador Marcos Rogério e pela deputada Bia Kicis, tentam esvaziar a aplicação da decisão do Supremo por meio de projetos de lei e decretos legislativos. A segunda, encabeçada pelo deputado federal e pastor Marcos Feliciano, articula a criação de uma lei que harmonize a criminalização da homofobia com o respeito à liberdade de crença.

Marcos Rogério é autor de projeto de decreto legislativo que susta os efeitos da decisão. Para o senador, o Supremo Tribunal Federal agiu de forma equivocada, pois

---

<sup>39</sup>TACKETT, Michael. Trump Fulfills His Promises on Abortion, and to Evangelicals. The New York Times, Estados Unidos, Washington, maio, 2019. Acesso em 10 set. 2019. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2019/05/16/us/politics/trump-abortion-evangelicals-2020.html>

<sup>40</sup>FONTELES, Samuel Sales. *Direito e backlash*. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

em sua visão, o tribunal criminaliza a livre manifestação de opinião e iguala a noção de raça à orientação sexual e à identidade de gênero.

A deputada federal Bia Kicis é autora do Projeto de Lei nº 4075/2019<sup>41</sup> que tem objetivo vedar a tipificação de conduta ou a criação de tipo penal, por decisão em ação direta de inconstitucionalidade, na ação declaratória de constitucionalidade e na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, sendo que na justificativa do referido projeto a deputada cita expressamente a decisão no caso da homofobia.

Os membros da Bancada Evangélica argumentam ainda que não há omissão do Congresso Nacional, mesmo quando este arquiva projetos de lei sobre a matéria. Para eles, o simples fato de haver uma tramitação de projetos e debates, afastaria a omissão alegada pela parte autora da ADO 26. Além disso, os parlamentares da Bancada Evangélica argumentam de que o Congresso Nacional não estaria obrigado a legislar nesse sentido, posto que se trata de um juízo político e de conveniência.

Por outro lado, outros parlamentares da Bancada Evangélica, grupo notadamente liderado pelos deputados federais e pastores Marco Feliciano e Sóstenes Cavalcante passaram a trabalhar pela aprovação do Projeto de Lei 2672/2019<sup>42</sup>, que criminaliza homofobia ao mesmo passo que tenta preservar a liberdade religiosa. Este grupo conduzido por Feliciano conseguiu o apoio das presidências das respectivas casas do Congresso Nacional para pautar o projeto àquela época.

O deputado Marcos Feliciano argumentou que há uma colisão entre direitos fundamentais. De um lado estaria o direito dos religiosos de expressarem aquilo que pensam sobre a homossexualidade, do outro, os direitos da comunidade LGBT à liberdade sexual, fazendo-se necessário uma ponderação, como se tem na justificativa do projeto de lei:

---

<sup>41</sup>BRASIL. *Projeto de Lei N. 4075 de 2019* (da Câmara dos Deputados). Veda a tipificação de conduta ou a criação de tipo penal, por decisão na ação direta de inconstitucionalidade, na ação declaratória de constitucionalidade, e na ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2212100>. Acesso em: 10 set. 2019.

<sup>42</sup>BRASIL. Projeto de lei 2672/2019. Altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, para dispor sobre os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, procedência nacional ou orientação sexual. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2200471>. Acesso em: 13/09/2019

Dito isso, e diante da colisão entre os direitos de liberdade de consciência (no qual está inserta a livre orientação sexual) e da liberdade de crença e culto, há de procurar-se uma solução razoável e proporcional, que atenda à mediana das expectativas dos vários atores de uma sociedade que tem como fundamento constitucional o pluralismo e que abarca grande diversidade de pensamento.

Pelo Projeto de Lei nº 2.672/2019, de autoria do deputado Marcos Feliciano, propõe-se a alteração da Lei nº 7.716, que dispõe sobre os crimes resultantes do preconceito de raça ou cor, para equiparar a homofobia ao racismo. De se ver, entretanto, que o principal ponto do projeto está no parágrafo único do art. 1º, segundo o qual:

Parágrafo único. Não incorrem nos crimes previstos nesta lei aqueles que professarem visão discordante a determinado comportamento social, desde que a mesma se dê no contexto do uso regular dos direitos de liberdade de crença e de livre exercício dos cultos religiosos, e que não incite a prática de violência.

A preocupação do Deputado está, pois, em assegurar que os pastores e padres possam continuar a professar sua crença a respeito da homossexualidade, sem que sejam punidos pelo Direito Penal, daí a necessidade, de deixar expressa a excludente de ilicitude.

Importante observar que essa articulação política feita pelos conservadores, visando a aprovação de uma lei alternativa ao julgamento do Supremo, só se deu com o início da votação da ADO 26. Tal negociação estabeleceu um diálogo entre progressistas e conservadores dentro do parlamento, antes disso, os grupos conservadores se recusaram a aprovar qualquer projeto nesse sentido.

Este fato reforça a tese de que os tribunais não devem se acanhar ao decidir, nem sopesar a eventual ocorrência *backlash*. O diálogo estabelecido entre parlamentares da Bancada Evangélica e parlamentares progressistas para aprovação de uma lei que criminalize a homofobia ao mesmo tempo em que preserva a liberdade religiosa mostra que a atuação do STF foi importante.

## 5 CONCLUSÕES

A partir dos trabalhos estudados até aqui é possível afirmar que não há respostas fáceis e simples para a problemática da ocorrência do fenômeno *backlash*. Existem argumentos que legitimam ou tentam afastar esse tipo de reação às decisões judiciais, de modo que depende do interlocutor, a partir de seus entendimentos sobre o papel do Judiciário na vida em sociedade e sobre o que este Judiciário está decidindo, optar por concordar ou rechaçar o fenômeno.

Pode ser que uma mesma pessoa diga a priori que cabe às Suprema Cortes dar a última palavra sobre interpretação constitucional, dizer o que é e o que não é constitucional, mas esta mesma pessoa, ao ver sendo julgado um tema que lhe é sensível em seu desfavor, passe a defender arduamente a necessidade de reagir a decisão. Reagir com movimentos de rua, seja na articulação de leis ou mesmo emendas constitucionais. *O backlash* é um dado da realidade, que precisa ser estudado.

George Marmelstein contrariamente ao posicionamento de autocontenção das cortes ou ao *chillingeffect* (efeito inibidor em português), defende que os tribunais tomem suas decisões sem medo, afinal, ficará a cargo das forças conservadoras justificarem seus pontos de vista e seus preconceitos. Se o intérprete constitucional não se posiciona, acaba por manter o status quo, que é muitas vezes injusto e opressor.

Conforme escreveu Mariana Barsaglia<sup>43</sup>:

A Suprema Corte vem decidindo questões sensíveis ao imaginário da sociedade brasileira, como a interrupção da gestação de fetos anencéfalos, pesquisas com células-tronco, responsabilidade criminal de agentes públicos, entre outras, não é surpreendente que a população tenha cada vez mais se engajado nas discussões desses temas e reagido (positiva ou negativamente) a essas decisões.

E o fato de que os julgamentos serem televisionados e reportados pela imprensa tem aproximado o debate da Corte com o debate das ruas, dos bares, restaurantes e

---

<sup>43</sup>PIMENTEL, Mariana Barsaglia. Backlash às decisões do Supremo Tribunal Federal sobre união homoafetiva. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 54, n. 214, p. 189-202, abr./ jun. 2017. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril\\_v54\\_n214\\_p189.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p189.pdf). Acesso em: 23 mar. 2018

lares brasileiros. Hoje, o nome dos ministros do Supremo Tribunal Federal está na boca do povo, uma vez que protagonizaram os julgamentos de temas importantes como os citados por Barsaglia, bem como o julgamento da Ação Penal 470 (Mensalão) e mais recentemente os recursos oriundos da Operação Lava-Jato. Para o bem ou para o mal, o Poder Judiciário está em constante evidência, o que têm aumentado um maior “controle social” sobre suas ações.

O *Backlash* representa um enorme desafio, não só para o Supremo Tribunal Federal, mas para todas as instituições, pois ao fim e ao cabo, trata-se de uma discussão sobre os limites da atuação do Judiciário e sobre o modelo adotado de separação de poderes.

Entretanto, parece que uma saída adequada, seria aquela apresentada pelo próprio art. 2º da Constituição Federal segundo o qual se tem que os poderes não são apenas independentes entre si, mas devem atuar em harmonia, estabelecendo uma necessidade constitucional de diálogo entre as instituições com a sociedade. Desta forma, como destacado por Daniel Sarmiento tem-se que ao se deparar com a declaração de inconstitucionalidade de uma lei cujo objeto é socialmente sensível e sem consenso é conveniente que o STF repense os fundamentos que levaram o parlamento a editar esta lei, sempre se pautando pelo diálogo entre os poderes.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, Brenda Vasconcelos. *Uma análise do efeito backlash no contexto jurídico-político brasileiro atual*. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2017.

BACKLASH. Dicionário online de Cambridge. Disponível em: <http://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/backlash>. Acesso em: 27 fev. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. *Brasil + 30: o legado de 30 anos de democracia e os desafios pela frente*. 2017. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/trinta-anos-democracia-port.pdf>. Acesso em: 30 set. 2018.

\_\_\_\_\_. *Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas*. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/notas-palestra-luis-robertobarroso.pdf>. Acesso em 14 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. *Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*. *Thesis*, Rio de Janeiro, v. 5 n. 1, p. 23-32, 2012.

BOLDRINI, Angela. Deputados pedem impeachment de ministros que votaram por criminalização da homofobia. *Folha de São Paulo*, Brasília, fev. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/02/deputados-pedem-impeachment-de-ministros-que-votaram-por-criminalizacao-da-homofobia.shtml>. Acesso em: 2 jul. 2019

BOLONHA, Carlos; GANEM, Fabrício; ZETTEL, Bernardo. Parâmetros deliberativos para os diálogos constitucionais: razão pública, ética do discurso e backlash. *Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 7, n. 25, p. 170-190, out./dez. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do Min. Luís Roberto Barroso no julgamento da ADI 4578/DF. Data da Publicação 29 jul.2012. Ementa: ações declaratórias de constitucionalidade e ação direta de inconstitucionalidade em julgamento conjunto. Lei complementar nº 135/10. Hipóteses de inelegibilidade. Art. 14, § 9º, da constituição federal. Moralidade para o exercício de mandatos eletivos. Inexistência de afronta à irretroatividade das leis: agravamento do regime jurídico eleitoral. Ilegitimidade da expectativa do indivíduo enquadrado nas hipóteses legais de inelegibilidade. Presunção de inocência (art. 5º, lvii, da constituição federal): exegese análoga à redução teleológica, para limitar sua aplicabilidade aos efeitos da condenação penal. Atendimento dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Observância do princípio democrático: fidelidade política aos cidadãos. Vida progressa: conceito jurídico indeterminado. Prestígio da solução legislativa no preenchimento do conceito. Constitucionalidade da lei. Afastamento de sua incidência para as eleições já ocorridas em 2010 e as anteriores, bem como e para os mandatos em curso. Requerente: Confederação Nacional das Profissões Liberais-CNPL. Requerido: Congresso Nacional.

Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília. 29 de julho de 2012. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=74860064&tipoApp=.pdf](http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=74860064&tipoApp=.pdf). Acesso em 14 jul. 2018

\_\_\_\_\_. [Constituição 1988]. *Constituição Federal da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em 27 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADI/DF 5105. Ementa: direito constitucional e eleitoral. Direito de antena e de acesso aos recursos do fundo partidário às novas agremiações partidárias criadas após a realização das eleições. Reversão legislativa à exegese específica da constituição da república pelo supremo tribunal federal nas adis 4490 e 4795, rel. Min. Dias toffoli. Interpretação conforme do art. 47, § 2º, ii, da lei das eleições, a fim de salvaguardar aos partidos novos, criados após a realização do pleito para a câmara dos deputados, o direito de acesso proporcional aos dois terços do tempo destinado à propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão. Lei nº 12.875/2013. Teoria dos diálogos constitucionais. Arranjo constitucional pátrio conferiu ao stf a última palavra provisória (viés formal) acerca das controvérsias constitucionais. Ausência de supremacia judicial em sentido material. Justificativas descritivas e normativas. Precedentes da corte chancelando reversões jurisprudenciais (análise descritiva). Ausência de instituição que detenha o monopólio do sentido e do alcance das disposições constitucionais. Reconhecimento prima facie de superação legislativa da jurisprudência pelo constituinte reformador ou pelo legislador ordinário. Possibilidade de as instâncias políticas autocorrigirem-se. Necessidade de a corte enfrentar a discussão jurídica sub judice à luz de novos fundamentos. Pluralismo dos intérpretes da lei fundamental. Direito constitucional fora das cortes. Estímulo à adoção de posturas responsáveis pelos legisladores. Standards de atuação da corte. Emendas constitucionais desafiadoras da jurisprudência reclamam maior deferência por parte do tribunal, podendo ser invalidadas somente nas hipóteses de ultraje aos limites insculpidos no art. 60, crfb/88. Leis ordinárias que colidam frontalmente com a jurisprudência da corte (leis in yourface ) nascem presunção iuris tantum de inconstitucionalidade, notadamente quando a decisão ancorar-se em cláusulas superconstitucionais (cláusulas pétreas). Escrutínio mais rigoroso de constitucionalidade. Ônus imposto ao legislador para demonstrar a necessidade de correção do precedente ou que os pressupostos fáticos e axiológicos que lastrearam o posicionamento não mais subsistem (hipótese de mutação constitucional pela via legislativa). Requerente: Solidariedade. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Min. Luiz Fux. 1 outubro de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10499116>. Acesso em: 27 maio 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. MS nº 26.603/DF. Ementa: mandado de segurança – questões preliminares rejeitadas – o mandado de segurança como processo documental e a noção de direito líquido e certo – necessidade de prova pré-constituída – a compreensão do conceito de autoridade coatora, para fins mandamentais – reserva estatutária, direito ao processo e exercício da jurisdição –

inoponibilidade, ao poder judiciário, da reserva de estatuto, quando instaurado litígio constitucional em torno de atos partidários “interna corporis” – competência normativa do tribunal superior eleitoral – o instituto da “consulta” no âmbito da justiça eleitoral: natureza e efeitos jurídicos – possibilidade de o tribunal superior eleitoral, em resposta à consulta, nela examinar tese jurídica em face da constituição da república - consulta/tse nº 1.398/df - fidelidade partidária – a essencialidade dos partidos políticos no processo de poder – mandato eletivo – vínculo partidário e vínculo popular – infidelidade partidária – causa geradora do direito de a agremiação partidária prejudicada preservar a vaga obtida pelo sistema proporcional – hipóteses excepcionais que legitimam o ato de desligamento partidário – possibilidade, em tais situações, desde que configurada a sua ocorrência, de o parlamentar, no âmbito de procedimento de justificação instaurado perante a justiça eleitoral, manter a integridade do mandato legislativo – necessária observância, no procedimento de justificação, do princípio do “dueprocessoflaw” (cf, art. 5º, incisos liv e lv) – aplicação analógica dos arts. 3º a 7º da lei complementar nº 64/90 ao referido procedimento de justificação - admissibilidade de edição, pelo tribunal superior eleitoral, de resolução que regulamente o procedimento de justificação – marco inicial da eficácia do pronunciamento desta suprema corte na matéria: data em que o tribunal superior eleitoral apreciou a consulta nº 1.398/df – obediência ao postulado da segurança jurídica – a subsistência dos atos administrativos e legislativos praticados pelos parlamentares infiéis: consequência da aplicação da teoria da investidura aparente – o papel do supremo tribunal federal no exercício da jurisdição constitucional e a responsabilidade político-jurídica que lhe incumbe no processo de valorização da força normativa da constituição – o monopólio da “última palavra”, pela suprema corte, em matéria de interpretação constitucional - mandado de segurança indeferido. Impetrante: Partido da Social Democracia Brasileira - PSDB. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Rel Min. Celso de Mello. Julg. 04 outubro 2007. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2513846>. Acesso em: 31 maio 2019.

\_\_\_\_\_. *Emenda à Constituição nº 96 de 2017*. Acrescenta § 7º ao art. 225 da Constituição Federal para determinar que práticas desportivas que utilizem animais não são consideradas cruéis, nas condições que especifica. 7 de Julho de 2017. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc96.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc96.htm). Acesso em: 27 maio 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.364, de 29 de novembro de 2016*. Eleva o Rodeio, à Vaquejada, bem como as respectivas expressões artístico-culturais, à condição de manifestação cultural nacional e de patrimônio cultural imaterial. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/L13364.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13364.htm). Acesso em: 27 maio 2019.

\_\_\_\_\_. *Emenda à Constituição nº 39 de 2002*. Acrescenta o art. 149-A à Constituição Federal (instituinto contribuição para custeio do serviço de iluminação pública nos Municípios e no Distrito Federal). 20 de dezembro de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc39.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc39.htm). Acesso em: 29 mai. 2019

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADPF/DF 347. A C Ó R D ã O Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em, apreciando os pedidos de medida cautelar formulados na inicial, por maioria e nos termos do voto do Relator, deferir a cautelar em relação à alínea “b”, para determinar aos juízes e tribunais que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão, com a ressalva do voto da Ministra Rosa Weber, que acompanhava o Relator, mas com a observância dos prazos fixados pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, vencidos, em menor extensão, os Ministros Teori Zavascki e Roberto Barroso, que delegavam ao CNJ a regulamentação sobre o prazo da realização das audiências de custódia; em relação à alínea “h”, por maioria e nos termos do voto do Relator, em deferir a cautelar para determinar à União que libere o saldo acumulado 1do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos, vencidos, em menor extensão, os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso e Rosa Weber, que fixavam prazo de até sessenta dias, a contar da publicação desta decisão, para que a União procedesse à adequação para o cumprimento do que determinado; em indeferir as cautelares em relação às alíneas “a”, “c” e “d”, vencidos os Ministros Relator, Luiz Fux, Cármen Lúcia e o Presidente, que as deferiam; em indeferir em relação à alínea “e”, vencido, em menor extensão, o Ministro Gilmar Mendes; e, por unanimidade, em indeferir a cautelar em relação à alínea “f”; em relação à alínea “g”, por maioria e nos termos do voto do Relator, o Tribunal julgou prejudicada a cautelar, vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Gilmar Mendes e Celso de Mello, que a deferiam nos termos de seus votos. O Tribunal, por maioria, deferiu a proposta do Ministro Roberto Barroso, ora reajustada, de concessão de cautelar de ofício para que se determine à União e aos Estados, e especificamente ao Estado de São Paulo, que encaminhem ao Supremo Tribunal Federal informações sobre a situação prisional, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Relator, que reajustou o voto, e os Ministros Luiz Fux, Cármen Lúcia e Presidente, em sessão presidida pelo Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade - PSOL. Requerido: União. Relator: Min. Marco Aurélio. 19 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=478356>. Acesso em 29 maio 2019.

\_\_\_\_\_. *Projeto de Lei N. 882, de 2019* (da Câmara dos Deputados). Estabelece medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência à pessoa. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192353>. Acesso em: 30 maio 2019.

\_\_\_\_\_. *Projeto de Lei N. 838, de 2019* (da Câmara dos Deputados). Altera o art. 306 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para possibilitar a colheita antecipada de provas em audiência de custódia. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192245>. Acesso em: 30 maio 2019.

\_\_\_\_\_. *Projeto de Emenda à Constituição nº 31 de 2017*. Dá nova redação aos arts. 103 e 109, para dispor sobre a legitimidade do Defensor Público-Geral Federal para a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade e o incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/130919>. Acesso em: 27 maio 2019.

\_\_\_\_\_. *Projeto de Decreto Legislativo 42/2019*. Susta os efeitos da Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015, do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, que dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas, conhecida como audiência de custódia. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192397>. Acesso em: 15 maio 2018.

BRASIL. *Emenda à Constituição nº 88 de 2015*. Altera o art. 40 da Constituição Federal, relativamente ao limite de idade para aposentadoria compulsória de servidor público geral, e acrescenta dispositivo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. 7 de abril de 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc88.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc88.htm). Acesso em: 30 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. *Projeto de lei 2672/2019*. Altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, para dispor sobre os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, procedência nacional ou orientação sexual. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2200471>. Acesso em: 13 set. 2019.

CEARÁ. *Lei Estadual nº 15.299, de 08 de jan. de 2013*. Regulamenta a vaquejada como prática desportiva e cultural no Estado do Ceará. Disponível em: <https://www.al.ce.gov.br/legislativo/legislacao5/leis2013/15299.htm>. Acesso em: 02 out. 2019

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Dred Scott v. Sandford, 60 U.S. 393 (1856)* Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/60/393/>. Acesso em: 28 mar. 2019

\_\_\_\_\_. Suprema Corte. *Roe v. Wade, 410 US 113 (1973)*. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/>. Acesso em: 16 maio 2019.

\_\_\_\_\_. Suprema Corte. *Furman v. Georgia, 408 U.S. 238 (1972)*. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/feder>. Acesso em 16 maio 2019.

FONTELES, Samuel Sales. *Direito e backlash*. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

GRILLO, Brenno. Veja sustentação oral de Daniel Sarmiento sobre sistema carcerário no Supremo. *Conjur*, 15 set. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-15/veja-sustentacao-oral-daniel-sarmiento-sistema-carcerario-stf>. Acesso em 16 mai. 2019

HABERLE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

KOZICKI, Katya. Backlash: as “Reações Contrárias” à Decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 153 *In*: SOUZA JUNIOR, José Geraldo de; SILVA FILHO, José Carlos Moreira da; PAIXÃO, Cristiano; FONSECA, Livia Gimenes Dias da; RAMPIN, Talita Tatiana Dias. *O direito achado na rua*: introdução crítica à justiça de transição na América Latina. Brasília: UnB, 2015. v. 7

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 6. ed. Rio de Janeiro, 2001.

MARMELSTEIN, George. *Efeito backlash da jurisdição constitucional*: reações políticas ao ativismo judicial. *In*: SEMINÁRIO ÍTALO-BRASILEIRO, 3. Bolonha, 2016.

MENDONÇA, Ricardo. Ayres Britto: ninguém pode impedir o judiciário de falar por último. 2016. Disponível em: <https://www.valor.com.br/politica/4798603/ayres-britto-ninguem-pode-impedir-o-judiciario-de-falar-por-ultimo>. Acesso em 18 mar. 2018.

PIMENTEL, Mariana Barsaglia. Backlash às decisões do Supremo Tribunal Federal sobre união homoafetiva. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, v. 54, n. 214, p. 189-202, abr./ jun. 2017. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril\\_v54\\_n214\\_p189.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p189.pdf). Acesso em: 23 mar. 2018

POST, Robert; SIEGEL, Reva. *RoeRage: DemocraticConstitutionalismandBacklash*. New Haven, 2007. FacultyScholarship Series. 169. Disponível em: [https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1168&context=fss\\_papers](https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1168&context=fss_papers). Acesso em: 16 maio 2019.

SABAG, Eduardo. *Manual de direito tributário*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional*: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2017.

SUNSTEIN, Cass R. Backlash'sTravels. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, v. 42, p. 435, mar. 2007. Disponível em: [http://web.archive.org/web/20100215023412/http://www.law.harvard.edu/students/orgs/crcl/vol42\\_2/CRCL422.pdf](http://web.archive.org/web/20100215023412/http://www.law.harvard.edu/students/orgs/crcl/vol42_2/CRCL422.pdf). Acesso em 27 mai. 2019.

TACKETT, Michael. Trump Fulfills His Promises on Abortion, and to Evangelicals. *The New York Times*, Estados Unidos, Washington, maio, 2019. Acesso em: 10 set. 2019. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2019/05/16/us/politics/trump-abortion-evangelicals-2020.html>

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Backlash à decisão do Supremo Tribunal Federal: pela naturalização do dissenso como possibilidade democrática*. 2017. Disponível em: [https://www.academia.edu/5159210/Backlash\\_%C3%A0\\_decis%C3%A3o\\_do\\_Supremo\\_Tribunal\\_Federal\\_pela\\_naturaliza%C3%A7%C3%A3o\\_do\\_dissenso\\_como\\_possibilidade\\_de\\_democr%C3%A1tica?auto=download](https://www.academia.edu/5159210/Backlash_%C3%A0_decis%C3%A3o_do_Supremo_Tribunal_Federal_pela_naturaliza%C3%A7%C3%A3o_do_dissenso_como_possibilidade_de_democr%C3%A1tica?auto=download). Acesso em: 16 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. *Backlash à decisão do Supremo Tribunal Federal: pela naturalização do dissenso como possibilidade democrática*. 2017. Disponível em: [https://www.academia.edu/5159210/Backlash\\_%C3%A0\\_decis%C3%A3o\\_do\\_Supremo\\_Tribunal\\_Federal\\_pela\\_naturaliza%C3%A7%C3%A3o\\_do\\_dissenso\\_como\\_possibilidade\\_de\\_democr%C3%A1tica?auto=download](https://www.academia.edu/5159210/Backlash_%C3%A0_decis%C3%A3o_do_Supremo_Tribunal_Federal_pela_naturaliza%C3%A7%C3%A3o_do_dissenso_como_possibilidade_de_democr%C3%A1tica?auto=download). Acesso em: 16 jun. 2018

VIEIRA, José Ribas; BEZERRA, Rafael. Estado de Coisas Fora do Lugar (?). *Jota*, Brasília, 5 out. 2015. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/estado-de-coisas-fora-lugar-05102015>. Acesso em: 29 maio 2019.