

Samuel Sales Fonteles

DIREITO E *BACKLASH*

Prefácio
Paulo Gonet

2.^a edição

2021

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

FORMAS DE EXTERIORIZAÇÃO DO *BACKLASH*

O *backlash* não se confunde com a mera opinião pública desfavorável a um julgado. Mais do que isso, nele, tem-se uma verdadeira revolta social, que se exprime por meio de atos estratégicos destinados a enfraquecer ou mesmo superar a decisão hostilizada. Assim, como revolta social que é, exterioriza-se no mundo fenomênico por meio de comportamentos da sociedade. É importante analisar essas exteriorizações, porque elas revelarão a morfologia do *backlash*, inclusive, o seu impacto social.

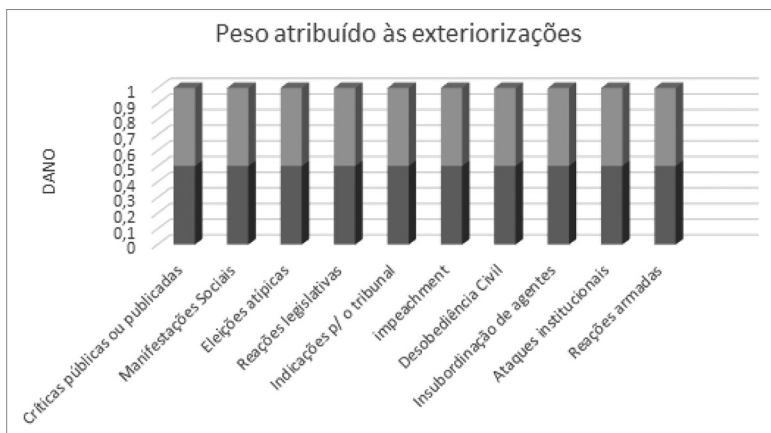
Metodologicamente, neste momento do trabalho, o enfoque será o *backlash* doméstico, vale dizer, aquele que se levanta para desafiar medidas ou decisões proferidas no compartimento nacional, isto é, em um dado país. A exteriorização do *backlash* internacional é bastante peculiar e merece um estudo à parte, o que tem sido feito a contento pela Universidade de Copenhague (Dinamarca). De toda sorte, para não omitir completamente o assunto, registre-se que tem sido comum a manifestação do *backlash* internacional, ilustrativamente, quando inúmeros estados nacionais orquestram um boicote coletivo para o desmantelamento de um Tribunal¹. Assim como a Venezuela e a República de Trindade e Tobago deixaram a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a Ruanda retirou-se da jurisdição da Corte Africana de Direitos Humanos no que concerne às petições individuais e subscritas por ONGs². Basicamente, esse é o aspecto extrínseco do *backlash* internacional.

1. MADSEN, Mikael Rask; CEBULAK, Pola; WIEBUSCH, Micha. Backlash against International Courts: Explaining the Forms and Patterns of Resistance to International Courts. **International Journal of Law in Context**, 14(2), 2018. p. 6.
2. MADSEN, Mikael Rask; CEBULAK, Pola; WIEBUSCH, Micha. Op. Cit., p. 4.

Volta-se para o *backlash* nacional. A partir de uma análise casuística do passado, isto é, de notáveis decisões controversas proferidas na história da humanidade, além de outros julgados periféricos, percebe-se que muitos sintomas podem sinalizar a ocorrência do *backlash*. Os 10 (dez) sintomas mais recorrentes foram elencados nas categorias a seguir:

- críticas jornalísticas ou de personalidades, contumazes, mordazes e tecidas em veículos de mídia diversificados (*v.g. Roe v. Wade, Kruzifix-Urteil*, descriminalização da maconha na Geórgia);
- manifestações sociais: protestos, greves, passeatas, comícios, procissões, desfiles etc. (*v.g. Kruzifix-Urteil, Roe v. Wade*);
- instrumentalização da decisão na plataforma eleitoral, podendo haver um giro copérnico no resultado de processos eleitorais, ou a perda repentina de mandatos exercidos por políticos tradicionalmente estabilizados na carreira política (*v.g. Brown v. Board of Education, Goodridge v. Department of Public Health, Miranda v. Arizona*);
- reações legislativas (*v.g. Kelo v. New London, Furman v. Georgia, Miranda v. Arizona*);
- atos de desobediência civil;
- insubordinação de autoridades e agentes do Poder Público (*v.g. Kruzifix-Urteil*);
- desconfiguração do perfil das Cortes Constitucionais, a exemplo da indicação de autoridades com uma visão distinta da composição majoritária (*Roe v. Wade*);
- *impeachment* para a destituição de Ministros das Cortes (em se tratando de juízos singulares; exemplifica-se com o *recall* para a remoção de juízes – *v.g. crime sexual no campus da Universidade de Stanford, na Califórnia – EUA*);
- ataques à instituição propriamente dita, como atos arbitrários de *court packing*, corte no orçamento dos Tribunais etc.;
- atentados terroristas (*Roe v. Wade*), revoltas armadas e guerra civil (*Dred Scott v. Sandford*).

O catálogo de exteriorizações do *backlash* deve ser tido como *numerus apertus*. Em uma escala de impacto ascendente, o *backlash* pode manifestar-se das críticas jornalísticas às reações armadas. Esses dois extremos possuem matizes intermediários que, a depender da intensidade em que se manifestam, podem ser escalonados conforme o peso, vale dizer, conforme o dano causado pela exteriorização.



É possível raciociná-los de maneira linear e cronológica, embora não de maneira rígida. Críticas na imprensa podem ou não desencadear movimentos populares. Afinal, matérias jornalísticas, mesmo as mais mordazes, nem sempre fazem eco nas ruas (estágio 1). Porém, é possível que a revolta social ultrapasse a letra fria dos jornais para se materializar em atos concretos de reivindicação popular (estágio 2). Da mesma maneira, nem sempre as urnas são caixas de ressonância da voz das ruas. Há manifestações populares que não conseguem influenciar o resultado do pleito eleitoral, tampouco a campanha de candidatos. Isso porque as manifestações se dissipam antes do processo eleitoral. Diferentemente, há manifestações significativas o suficiente para impactarem as eleições (estágio 3). Uma vez eleitos, os mandatários do povo podem ignorar o motivo original que os elegeu, abstendo-se de qualquer iniciativa política destinada a combater a decisão hostilizada. Por outro lado, o apelo popular pode revestir-se de uma magnitude política que simplesmente não lhe permita ser ignorado pelos mandatários, o que originaria as

chamadas reações legislativas (estágio 4). Em regra, tais reações já aplacam a sanha popular de destruir o precedente judicial. Contudo, para que a história não se repita (ou por outras razões técnicas abordadas posteriormente), é possível que, diante de uma vacância eventual, o Chefe do Executivo indique novos magistrados com um perfil ideológico diverso daqueles responsáveis pela decisão vergastada socialmente (estágio 5). Mesmo que isso venha a ocorrer, trata-se de uma reação política do Executivo, situada no campo da licitude. Havendo configuração de crime de responsabilidade, o povo poderá reagir de uma maneira mais drástica, qual seja, o *impeachment* do juiz que prolatou a decisão (estágio 6). Se a decisão sobreviver à reação legislativa, havendo ou não *impeachment*, o julgado desafiará uma desobediência civil, uma fronteira nebulosa entre o lícito e o ilícito (estágio 7).

Cruzada a fronteira da desobediência civil, os atos seguintes expressam *backlashes* que, se banalizados, são claramente antijurídicos. O escopo, nas fases seguintes, se aproxima gradualmente de um atentado contra o Tribunal em si mesmo, minando-lhe a independência.

É possível que a indiferença do Poder Público resulte em uma insubordinação dos seus agentes. Simplesmente, o julgado é ignorado por quem deveria cumpri-lo exemplarmente, gerando uma sensação de anomia (estágio 8). Alterando-se a mira das decisões para o próprio órgão prolator das decisões, uma série de ataques podem ser orquestrados contra a instituição propriamente dita: cortes orçamentários, suspensão das atividades, atos arbitrários de *court packing* etc. (estágio 9). Por fim, reações armadas, de ímpeto revolucionário, podem materializar-se. A incapacidade de aceitação do grupo atingido pode ocasionar uma revanche pautada, por exemplo, em atentados terroristas. Tais atos originam-se dos cidadãos e podem ser endereçados aos próprios cidadãos ou em face das autoridades, em uma espécie de autofagia social com idoneidade para evoluir para uma guerra civil (estágio 10).

A primeira observação é que uma decisão judicial pode ser destruída, por exemplo, no estágio 4. Isso tornaria improvável uma evolução para as medidas seguintes. Outro ponto digno de nota é que podem haver saltos, ou seja, nada impede que a reação

social migre do estágio 2 (manifestações sociais) para o estágio 4 (reações legislativas), eliminando-se a etapa do processo eleitoral³. Para isso, basta que a reação legislativa seja operada por parlamentares já eleitos, que simplesmente ouviram a sociedade. Por último, a depender das peculiaridades do *backlash* como fenômeno social, poderá haver uma inversão de etapas. Quando Viktor Yanukovytch, então presidente da Ucrânia, negou-se a promover uma aproximação deste país com a União Europeia, as manifestações de 2013 em Kiev (Euromaidan) evoluíram rapidamente para reações armadas, tendo como ponto culminante a deposição da referida autoridade. Praticamente, um hiato entre manifestações e guerra civil. A beligerância na Ucrânia foi mais intensa do que as manifestações contrárias às decisões do Tribunal Constitucional da Espanha, quando invalidou dispositivos do Estatuto da Catalunha e não reconheceu a possibilidade de separação. Portanto, o elenco em estudo não deve ser tomado de maneira rígida e inflexível. Conclui-se que atingir uma determinada fase não implica necessariamente o transcurso das anteriores, embora seja mais didático compreender um percurso progressivo e linear.

Se isoladamente considerados, os sintomas acima podem não evidenciar com segurança a ocorrência do *backlash*, ou seja, tomados individualmente, eles não forneçam um diagnóstico seguro. Por outro lado, quando conjugados, podem atuar como um poderoso indicador da ocorrência do fenômeno social em estudo. A partir de quantos sintomas podemos afirmar, com segurança, que se configurou o *backlash*? A resposta demanda uma análise sistêmica, não exatamente quantitativa. Há casos em que, a depender da intensidade

3. Aliás, a Psicologia Coletiva revela que manifestações sociais podem evoluir rapidamente para reações armadas (última etapa das exteriorizações). Conforme sublinhado pelo psicólogo francês Pierre Mannoni, que assistiu ao protesto multitudinário oriundo da assembleia de Maio de 1968, em Paris, “[...] pudemos verificar a que ponto a multidão entusiasta corria o risco de oscilar para a violência. Basta, por exemplo, que um contrador se manifeste nesses momentos de exaltação em que a intensidade emocional atinge por vezes o cúmulo, para que seja visto como o inimigo a abater. E em geral a multidão não se priva de o fazer. No fundo, as fronteiras categoriais entre as violências e os entusiasmos colectivos parecem bastante pouco nítidas, e as massas passam facilmente de uns para outras”. (MANNONI, Pierre. **A Psicologia Colectiva**. Portugal: Publicações Europa-América, 1988. p. 43).

com a qual se manifestam, até mesmo um único sintoma pode ser decisivo para o diagnóstico.

Admitamos que um tradicional e experiente juiz profira uma decisão que fraturou a opinião pública, porque posicionou-se de maneira controversa em um tema sensível. Se, poucos meses depois, um *recall* o remove do cargo, trata-se de um sintoma isolado, mas relativamente seguro para decifrar a difícil tarefa de cognição social. Com uma imensa probabilidade, operou-se um *backlash*. Por outro lado, notícias jornalísticas que hostilizam uma decisão estão longe de representar um dado confiável, mormente quando se sabe da cooptação dos veículos de mídia por determinados grupos. Tudo, portanto, depende do caso a ser avaliado.

Seja como for, algumas cautelas também devem ser adotadas. Protestos hostis e episódicos não dizem muito como um termômetro social, mas manifestações perenes e duradouras podem ser um indicador eficaz. Outro ponto a ser avaliado é que minorias organizadas podem se fazer perceber mais do que majorias desarticuladas. Ademais, o poder econômico e a propriedade dos veículos de mídia também são fatores que podem confundir a cognição social, principalmente pela instrumentalização de pessoas a serviço de interesses governamentais, classistas, financeiros, políticos e partidários. Lamentavelmente, quando se trata de simular necessidades e mascarar interesses, seres humanos são manipulados como marionetes. A voz das ruas existe, mas também há quem, alucinadamente, delire ouvir vozes. A voz do povo é uma realidade, porém, um impostor pode apresentar-se, com oportunismo, na qualidade de porta-voz da população. Nem tudo que é dito por um advogado pode ser atribuído à vontade real do cliente que o constituiu. As negociações efetuadas por um líder sindical, às vezes, não correspondem exatamente aos anseios dos sindicalizados. Em que medida um prefeito tem legitimidade para falar em nome do povo que governa? Quando, precisamente, um líder estudantil fala por si e quando fala em nome dos estudantes por ele representados? Discernir esses aspectos é tarefa espinhosa e reveladora da dificuldade de uma cognição social. Para aferir o *backlash*, é sempre mais seguro observar o comportamento da fonte primária do poder (povo), e não seus mandatários, procuradores ou exercentes.

Outro ponto digno de nota é que se pode estabelecer uma correlação entre a divisão espacial do poder em função do território e determinadas maneiras de exteriorização do *backlash*. O tipo de manifestação do *backlash* varia conforme a forma de Estado adotada, se federal ou unitário. Pela importância de verticalização do tema e pelos mitos envolvidos, as formas de exteriorização serão abordadas em tópicos próprios.

4.1 Críticas públicas ou publicadas

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 fâisca na opinião pública, que pode incendiar-se ou não, 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 juízes. Por exemplo, isso foi feito pela Corte Constitucional da Geórgia 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 pessoas⁴.

A vulnerabilidade às críticas sistemáticas se acentua quando o alvo é uma Corte Constitucional recente, cuja legitimidade ainda está em fase de consolidação, como é o caso, mais uma vez, da Corte Constitucional da Indonésia (2003). Não por acaso, esse Tribunal, assim como o Supremo Tribunal Federal (Brasil), tem investido em julgamentos televisionados, mídias sociais, transparência e demais medidas vocacionadas a aproximá-lo do público. Embora não depen-

4. NARDIR Jr., Dominic J. **Embedded Judicial Autonomy**: How NGOs and Public Opinion Inuence Indonesia's Constitutional Court. Doctoral Degree of Philosophy (Political Science) in The University of Michigan (USA), 2018. Nesse estudo, o autor utilizou um *software* criado para detectar plágios, analisando centenas de petições endereçadas à Corte Constitucional da Indonésia e correlacionando com o que efetivamente foi contemplado no corpo textual das decisões.

dam da opinião pública para a investidura no cargo, muitos juízes precisam dela para proteger o Tribunal de ataques governamentais.

Considerando o poder de influência da imprensa e de pessoas com notoriedade social, declarações públicas, ainda que nem sempre publicadas, são como um dardo venenoso contra a respeitabilidade de um Tribunal. Às vezes, tais declarações conclamam a sociedade a uma desobediência civil. Ilustrativamente, o senador norte-americano James Eastland qualificou *Brown v. Board of Education* (1954), que proibiu a segregação racial nas escolas, como uma “tirania judicial”, sugerindo a inobservância do julgado, sob a justificativa de que “a opinião pública é lei e nenhuma lei pode vigorar se não tiver atrás dela a força da opinião pública”⁵. Portanto, por críticas públicas ou publicadas, entenda-se o gesto de repúdio por parte dos veículos de mídia (jornais, rádios, televisões, Internet etc.) e personalidades públicas (discursos, declarações etc.).

4.2 Manifestações sociais

Mesmo que Tribunais se coloquem como absolutamente independentes, não se deve subestimar as manifestações sociais e a sua capacidade de persuasão. Obviamente, o mais natural é que elas ocorram em regimes democráticos, como uma maneira de demonstrar o descontentamento social, mas isso não exclui a possibilidade de movimentos sociais alterarem o curso da História em países integrantes da chamada zona cinzenta do mundo⁶.

Como aponta Nebojša Vladisavljević, há evidências de que manifestações populares colaboraram para a evolução, o declínio e a queda do regime comunista na antiga Iugoslávia⁷. Segundo o

-
5. RODRIGUES, Lêda Boechat. **A Corte de Warren**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991. p. 92.
 6. A expressão *gray zone* tem sido empregada por cientistas políticos para designar, por exemplo, países do Leste Europeu que se desvincilharam do comunismo, mas que ainda não alcançaram uma democracia consolidada. Situam-se, pois, em uma zona de transição por vezes denominada de constitucionalismo autoritário, democracias híbridas etc.
 7. VLADISAVLJEVIĆ, Nebojša. **Popular Protest in Authoritarian Regimes**: Evidence from Communist and Post-communist States. *Southeast European and Black Sea Studies*, v. 14, n. 2, 139–157, may, 2014. p. 140.

cientista político sérvio, manifestações sociais têm aptidão até mesmo para alterar a configuração de um regime político, transformando um regime autoritário em democrático ou, pelo menos, em uma modalidade mais amena de autoritarismo. Mesmo quando os movimentos sociais não operarem mudanças dessa envergadura, porque o próprio regime atacado superou a resistência social apresentada contra o seu governo, ainda seria possível perceber alguns ganhos: será possível perceber alterações benéficas nas políticas, composição da classe dominante, instituições e governança⁸. Ora, se assim o é com regimes autoritários, com mais razão diante de decisões judiciais proferidas no contexto de um Estado Democrático de Direito. Definitivamente, as manifestações sociais têm o condão de amplificar a voz dos que se rebelam contra um julgado, ou seja, atuam como um fio condutor de uma reação *backlash*.

Sob a rubrica de manifestações sociais, entenda-se todo tipo de ato coletivo da sociedade civil destinado a hostilizar uma medida ou decisão, a exemplo de greves, comícios, desfiles, procissões, carreatas, além de reações bastante específicas que não poderiam ser tipificadas de maneira apriorística. Por exemplo, o restabelecimento do banimento de atletas negros em competições desportivas, após a decisão proferida em *Brown v. Board of Education* (1954). Katya Kozicki fornece exemplos bem peculiares de reações sociais, como “o escracho popular da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP) por conta da participação de empresários no financiamento da Ditadura Militar”, supostamente um *backlash* contra a decisão do STF que considerou como recepcionada a Lei de Anistia (ADPF 153)⁹.

Muitas manifestações sociais se fazem acompanhar de atos de vandalismo e deprecação, de maneira episódica. Metodologicamente, tais manifestações sociais serão categorizadas neste tópico. Somente quando a manifestação social possui um perfil nítido de resistência

8. VLADISAVLJEVIĆ, Nebojša. Op. Cit., p. 143.

9. KOZICKI, Katya. *Backlash*: as “Reações Contrárias” à Decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 153, p. 194. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo de; SILVA FILHO, José Carlos Moreira da; PAIXÃO, Cristiano; FONSECA, Lívia Gimenes Dias da; RAMPIN, Talita Tatiana Dias. **O Direito Achado na Rua**: introdução crítica à justiça de transição na América Latina. v. 7. Brasília: UnB, 2015.

beligerante, a exemplo do que ocorreu na Primavera Ucraniana (2014), a classificação migra para o *status* de reações armadas.

A propósito, exatamente para prevenir excessos nessa forma específica de exteriorização do *backlash*, o ordenamento alemão proibiu reuniões públicas e passeatas na chamada zona de segurança do Tribunal Constitucional da Alemanha. Só por isso já se percebe que não se pode subestimar o efeito intimidatório das manifestações sociais.

4.3 Eleições atípicas: o uso da decisão como argumento de retórica para capitalizar votos

A depender do grau de reprovabilidade social de uma medida ou decisão, é possível que candidatos a cargos eletivos a instrumentalizem como uma ferramenta de impulso político. Vampirizando a opinião pública ou simplesmente atuando como porta voz da fração social atingida, tais candidatos acabam sendo eleitos de uma maneira, às vezes, que destoa do padrão comportamental historicamente observado nas urnas. Mitt Romney, governador do estado de Massachusetts (USA), explorou eleitoralmente a antipatia social despertada por *Goodridge v. Department of Public Health* (2003), quando a Suprema Corte de Massachusetts reconheceu o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Se a depreciação da decisão é amplamente utilizada como um instrumento de campanha eleitoral, tem-se mais uma exteriorização *backlash*. A depender da intensidade dessa manifestação, poderá haver um resultado eleitoral anormal (no melhor sentido, afinal, o povo é livre para alterar os rumos eleitorais), vale dizer, que destoa daquilo que tradicionalmente se observa no comportamento das urnas.

4.4 Reações legislativas

Segundo o artigo 102, § 2º, da Constituição Brasileira de 1988:

As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia