

Samuel Sales Fonteles

DIREITO E *BACKLASH*

Prefácio
Paulo Gonet

3.ª edição

2026

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

CÁLCULO DE UM INDICADOR DE IMPACTO *BACKLASH*

É possível construir, para cada *case* em análise, um indicador de impacto *backlash*. Sabendo-se que a reação social pode manifestar-se com maior ou menor força, a ferramenta proposta atua como um medidor de intensidade. É inegável que muitas reações qualificadas como *backlash* não atingem, por exemplo, o nível reativo despertado por *Roe v. Wade* (1973). Logo, mensurar o impacto de uma decisão tem a utilidade de permitir comparações.

O cálculo baseia-se nas 10 (dez) exteriorizações já examinadas no capítulo anterior. Cada exteriorização origina uma pergunta, cuja resposta pode ser graduada em três níveis: 0 – 0,5 – 1, conforme se trate, respectivamente, de uma manifestação ausente, fraca ou forte. Noutras palavras, cada pergunta varia consoante a intensidade em que a exteriorização se verificou. Por exemplo, se não houve reação legislativa, atribui-se 0 (zero). Se ocorreu de maneira fraca, 0,5 (zero vígula cinco). Se forte, 1 (um). Isso confere mais nitidez aos quesitos, porque não há como calibrar as respostas ao ponto de dar a elas uma precisão milimétrica para medir reações sociais. É mais seguro trabalhar com uma escala composta por marcos extremados e bem definidos: reação ausente, fraca ou forte.

Quanto à bateria de perguntas, ei-las:

- a) A decisão recebeu críticas explícitas e contumazes em veículos de mídia diversificados ou por parte de autoridades em pronunciamentos públicos? (Não: 0; Sim: 0,5 se de maneira fraca; 1,0 se de maneira forte).
- b) A decisão foi questionada em protestos, greves, passeatas, comícios, procissões, desfiles ou demais manifestações re-

ativas da sociedade civil? (Não: 0; Sim: 0,5 se de maneira fraca; 1,0 se de maneira forte).

- c) O tema foi instrumentalizado como plataforma nas candidaturas eleitorais? O resultado das eleições imediatamente subsequentes à decisão proclamou como vencedores candidatos que se comprometeram a confrontar a medida (decisão, lei ou resultado de consulta popular), produzindo um panorama eleitoral que destoava do tradicionalmente observado na última década? Ou ainda: ocorreu a perda repentina de mandatos exercidos por políticos tradicionalmente estabilizados na carreira política e cuja atuação vai ao encontro da medida controversa? (Não: 0; Sim: 0,5 se de maneira fraca; 1,0 se de maneira forte. A primeira pergunta representa um impacto fraco. As demais, um resultado forte).
- d) A decisão desafiou reações legislativas (na hipótese de decisão nacional e reação estadual)? (Não: 0; Sim: 0,5 se de maneira fraca; 1,0 se de maneira forte).
- e) A composição da Corte sofreu alterações em função do julgado controverso, por meio de indicações tendentes a alterar o perfil do colegiado? (Não: 0; Sim: 0,5 se de maneira fraca; 1,0 se de maneira forte).
- f) Houve (tentativas de) *impeachment* de Ministros das Cortes (ou *recall* para remoção de juízes)? (Não: 0; Sim: 0,5 se de maneira fraca; 1,0 se de maneira forte).
- g) Os distúrbios civis atingiram o patamar de uma significativa recusa ao cumprimento da decisão, caracterizando uma ampla desobediência civil? (Não: 0; Sim: 0,5 se de maneira fraca; 1,0 se de maneira forte).
- h) A decisão deixou de ser cumprida por agentes públicos e autoridades, no intuito deliberado de ignorá-la? (Não: 0; Sim: 0,5 se de maneira fraca; 1,0 se de maneira forte).
- i) A decisão gerou atos arbitrários de *court packing*, cortes no orçamento ou outras medidas de ataque institucional? (Não: 0; Sim: 0,5 se de maneira fraca; 1,0 se de maneira forte).

- j) É possível verificar uma relação entre a decisão e atentados ou conflitos armados, como guerras civis? (Não: 0; Sim: 0,5 se de maneira fraca; 1,0 se de maneira forte).

Uma vez calculado o valor individual de cada quesito, passa-se à etapa posterior: uma média aritmética é realizada.

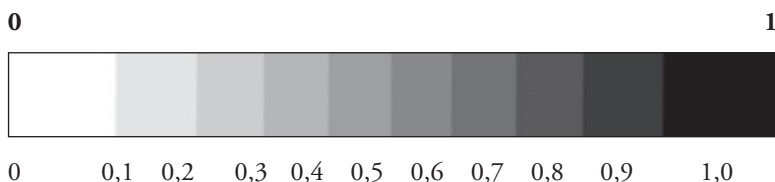
$$(i) = \sum x/n$$

Onde:

- (i) é o indicador de impacto *backlash*;
- x é o valor de cada pergunta;
- n é o total de variáveis utilizadas.

$$\text{IMPACTO (i)} = \frac{(a + b + c + d + e + f + g + h + i + j)}{10}$$

O resultado será uma variação de 0 a 1. De maneira ascendente, quanto mais elevado o valor encontrado para o indicador, maior será o impacto ou a força do *backlash*:



Por fim, o indicador deve ser interpretado conforme os intervalos descritos na tabela a seguir:

Intervalo (valor índice)	Status
0,1 a 0,3	<i>Backlash</i> de baixo impacto
0,35 a 0,6	<i>Backlash</i> de médio impacto
0,65 a 1,0	<i>Backlash</i> de alto impacto

O fato de haver um *backlash* fraco pode, em princípio, parecer um oxímoro. Ora, se, por definição, todo *backlash* é uma reação social intensa ou hostil, como aludir a um *backlash* fraco? O aparente paradoxo é compreendido quando se raciocina comparativamente. Só é possível falar em *backlash* fraco se o comparamos com um *backlash* forte. Em comum, ambos são reações sociais dotadas de significativa agressividade quando se trata de repudiar a decisão. Portanto, é preciso não confundir as coisas: afirmar que um *backlash* teve um médio impacto não significa que a sociedade assimilou a decisão de maneira moderada. Na realidade, significa que assimilou mal, reagindo de maneira hostil (*backlash*). Esta reação hostil, não obstante, se comparada com outras reações ainda mais hostis, pode ser classificada como de médio impacto.

Como se percebe, na hipótese de resposta afirmativa a uma única pergunta, que se verifica de maneira fraca, alcança-se um indicador de 0,05, valor numérico inexpressivo quando se trata de indicar uma reação hostil. Portanto, insuficiente para a configuração do *backlash*. Esse fenômeno, segundo a escala adotada, tem início com um impacto de, pelo menos, 0,1. Alcançando-se menos do que isso, quando muito, será possível inferir que a decisão despertou uma antipatia social ou não foi vista com bons olhos.

Uma possível objeção ao indicador proposto pode ser a de que, em tese, uma resposta afirmativa às duas últimas perguntas jamais poderia ser equivalente a uma resposta afirmativa às duas primeiras perguntas. Certamente. Nesse caso, um *backlash* caracterizado por críticas na imprensa e por manifestações sociais seria expresso pelo mesmo indicador que um *backlash* exteriorizado por gravíssimos ataques institucionais e até reações armadas. Há maneiras distintas para solucionar isso. A primeira delas seria atribuir um peso maior às últimas perguntas, por exemplo, multiplicando-se cada uma delas por 2 (dois). O inconveniente seria a obtenção de indicadores pouco amigáveis, como um teto de 1,2. Outra possibilidade seria multiplicar cada pergunta por um fator decimal (0,1 – 0,2 – 0,3 – 0,4... etc.). O problema seria a dificuldade de escalonar as perguntas quanto à sua gravidade exata. Em que medida uma desobediência civil é mais ou menos grave que uma dada manifestação social? Por fim, e essa foi a solução adotada nesta dissertação, prefere-se partir da

premissa, inteiramente plausível, de que o *backlash* exteriorizado por ataques institucionais endereçados a uma Corte e por reações armadas, dada a sua gravidade, necessariamente teria percorrido alguma das fases anteriores, ainda que não cronologicamente. Não se concebe que jornais não noticiem agressões armadas oriundas de uma decisão judicial ou que autoridades se eximam de criticar um julgado que elas mesmas se encarregam de destruir. A menos que se trate de um golpe de estado, figura diversa do fenômeno social em estudo. Em suma: os valores numéricos jamais seriam os mesmos.

A demonstração prática de como calcular um indicador de impacto *backlash* será testada utilizando-se como parâmetro o caso *Brown v. Board of Education* (1954), cujo estudo de caso é minuciosamente realizado no penúltimo capítulo deste trabalho. A antecipação, portanto, justifica-se por questões didáticas e ilustrativas.

5.1 Indicador de impacto do *backlash* causado por *Brown v. Board of Education* (1954)

- a) A decisão recebeu críticas explícitas e contumazes em veículos de mídia diversificados ou por parte de autoridades em pronunciamentos públicos? Resposta: Sim, de maneira forte (1,0). Inúmeras autoridades se pronunciaram pública e ostensivamente contra a decisão, a exemplo do Senador James Eastland e do deputado Andrews (Alabama).
- b) A decisão foi questionada em protestos, greves, passeatas, comícios, procissões, desfiles ou demais manifestações relativas da sociedade civil? Resposta: Sim, de maneira forte (1,0). Exemplifica-se com a reativação da Ku-Klux-Klan da região sul e inúmeras reações sociais específicas.
- c) O tema foi instrumentalizado como plataforma nas candidaturas eleitorais? O resultado das eleições imediatamente subsequentes à decisão proclamou como vencedores candidatos que se comprometeram a confrontar a decisão, produzindo um panorama eleitoral que destoa do tradicionalmente observado na última década? Ou ainda: ocorreu a perda repentina de mandatos exercidos por políticos tradicional-

mente estabilizados na carreira política e cuja atuação vai ao encontro da medida controversa? (A primeira pergunta representa um impacto fraco. As demais, um resultado forte). Resposta: Sim, mas de maneira fraca (0,5). Conforme apontado por especialistas como Gerald Rosenberg, pelo menos nas eleições de 1956, o sentimento dominante era de oportunismo, isto é, de como atrair estrategicamente a simpatia do eleitorado negro, que antes era relativamente negligenciado.¹ Porém, autores como Klarman identificaram um modesto distúrbio eleitoral, seja porque a carreira de políticos moderados restou prejudicada (Big Jim Folsom), seja porque políticos favoráveis à segregação racial foram alavacados (George Wallace, Ross Barnett e Bull Connor)².

- d) A decisão desafiou reações legislativas crônicas ou generalizadas? Resposta: Sim, de maneira forte (1,0). Cinco estados emendaram suas constituições e declararam nulo o julgamento da Suprema Corte. Em 1956, a Suprema Corte foi atacada por 70 (setenta) projetos de lei com o desiderato de enfraquecê-la.
- e) A composição da Corte sofreu alterações em função do julgado controverso, por meio de indicações tendentes a alterar o perfil do colegiado? Resposta: Não (0,0).
- f) Houve (tentativas de) *impeachment* de Ministros das Cortes (ou *recall* para remoção de juízes)? Resposta: Não (0,0). Houve pedidos de *impeachment* durante a chamada Corte de Warren, mas o nexos causal é duvidoso, dada a quantidade de decisões controversas proferidas nesse período. Logo, *in dubio absteine*.
- g) Os distúrbios civis atingiram o patamar de uma significativa recusa ao cumprimento da decisão, caracterizando

1. ROSENBERG, Gerald N. **The Hollow Hope**. Can Courts Bring About Social Change? Second Edition. The University of Chicago Press, 2008, pp. 160-162.

2. KLARMAN, Michael. Courts, Social Change and Political Backlash. In: **Hart Lecture at Georgetown Law Center**, March 31, 2011 – Speaker's Notes, pp. 02. Disponível em: <<http://tinyurl.com/bz4cwqk>>. Acesso em: 01 jul. 2017, pp. 2-3.

uma ampla desobediência civil? Resposta: Sim, de maneira forte (1,0). Em princípio, a decisão deveria ser cumprida pelo Poder Público, não por particulares, motivo pelo qual descaberia falar em desobediência civil. Porém, incidentes como o de Little Rock, onde a população se uniu para hostilizar alunos negros que tentavam estudar nas escolas dessegregadas, revelam uma desobediência da sociedade civil. Não por acaso, o presidente Eisenhower pronunciou-se publicamente, tentando sensibilizar a sociedade do estado do Arkansas a respeitar a decisão da Suprema Corte. Por essas razões, será atribuída a pontuação indicada.

- h) A decisão deixou de ser cumprida por agentes públicos e autoridades, no intuito deliberado de ignorá-la? Resposta: Sim, de maneira forte (1,0). Exemplifica-se com Lindsay Almond, Governador da Virginia, que fechou nove escolas para esquivar-se do dever de promover a dessegregação. Outro exemplo, mais importante que o anterior, foi a recusa do Governador do Arkansas em permitir a entrada dos nove jovens no Ginásio de Little Rock.
- i) A decisão gerou atos arbitrários de *court packing*, cortes no orçamento ou outras medidas de ataque institucional? Resposta: Não (0,0).
- j) É possível verificar uma relação entre a decisão e atentados ou conflitos armados como guerras civis? Resposta: Não (0,0).

$$(i) = \sum x/n$$

Logo: $5,5/10 = 0,55$. Cuida-se de um *backlash* de impacto mediano. Comparativamente, respondendo-se às mesmas perguntas, *Roe v. Wade* (1973) possui um indicador de 0,65, portanto, um *backlash* de alto impacto.

DESACORDOS MORAIS SOLUCIONADOS POR LEI, PLEBISCITO OU REFERENDO: UMA MAIOR ASSIMILAÇÃO SOCIAL

Uma das hipóteses defendidas neste trabalho, como se sabe, é a de que medidas legislativas ou consultas populares são menos propensas a uma reação *backlash*. Antes de prosseguir com essa defesa, é importante ressaltar que essa ideia já foi expressamente repudiada por parte da doutrina. Robert Post e Reva Siegel consideram-na como alicerçada em uma concepção romantizada¹:

A ideia de que valores constitucionais podem ser mais harmoniosamente realizados por meio da legislação do que por meio da jurisdição é algo subjacente ao medo contemporâneo do *backlash*. Parece repousar sobre uma visão seriamente romantizada da política democrática.

William Eskridge também é incisivo quando sublinha²:

1. POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, vol. 42, pp. 373-433, 2007. p. 393. No original: "The idea that constitutional values can be more harmoniously realized through legislation than through adjudication is one that underlies much contemporary fear of backlash. It seems to rest on a seriously romanticized view of democratic politics".
2. ESKRIDGE JR., William N. Backlash Politics: How Constitutional Litigation Has Advanced Marriage Equality In The United States. **Boston University Law Review**. v. 93, pp. 275-323, 2013. pp. 296 e 299. No original: "[...] there is still no hard evidence that the level of affront and outrage is always higher simply because a court rather than a legislature recognizes same-sex marriages. [...] political rhetoric notwithstanding, backlash against a court decision people do not like is not necessarily different than backlash against a political decision people do not like".

[...] ainda não existem evidências concretas de que o nível de afronta e ultraje é sempre maior simplesmente porque um tribunal, em vez de um parlamento, reconhece casamentos entre pessoas do mesmo sexo.

[...] a despeito da retórica política, o *backlash* contra uma decisão de um tribunal, de que as pessoas não gostam, não é necessariamente diferente do *backlash* contra uma decisão política que as pessoas não gostam.

Eskridge compreende que, em casos que envolvam debates políticos usualmente travados de maneira mais virulenta pela sociedade, o *backlash* seria gerado tanto pelo parlamento quanto pelos Tribunais. Para ele, não se trata propriamente de quem decide, mas sim de o que é decidido e em que circunstâncias se decidiu. Quanto mais divisão social sobre um assunto, maior a propensão para o *backlash*. Para ele, “[...] haverá reações negativas em qualquer avanço nos direitos de minorias, independentemente de qual instituição faz o movimento de avanço igualitário”³. Contudo, de maneira ligeiramente contraditória, o mesmo Eskridge, que afirma que “[...] haverá reações negativas [...] independentemente de qual instituição” promove avanços igualitários, também reconhece que há uma diferença entre o fórum institucional escolhido: se o Legislativo ou o Judiciário. Para ele, enquanto o Legislativo tende a avançar a passos menores, sempre com o indispensável apoio dos eleitores, Tribunais costumam precipitar-se em assuntos controversos, sendo essa a distinção essencial que justificaria uma maior probabilidade de *backlash* entre cada um desses fóruns institucionais⁴. Sendo assim, em termos práticos, as ponderações de Eskridge acabam confirmando que, substancialmente, os escritos desse autor o alocam entre os

3. ESKRIDGE JR., William N. Op. Cit., p. 296. No original: “[...] there will be negative reactions to any advance in minority rights, regardless of which institution makes the equality-advancing move”. Opinião idêntica é externada por Linda Greenhouse e Reva Siegel, para quem importa mais o que se discute que onde se discute. Confira-se: GREENHOUSE, Linda; SIEGEL, Reva. Backlash to the Future? From Roe to Perry (March 13, 2013). **UCLA Law Review Discourse**, 2013; Yale Law School, Public Law Working Paper n.º 281, p. 4.

4. ESKRIDGE JR., William N. Op. Cit., p. 296.

doutrinadores que concebem o risco de *backlash* como relativamente mais acentuado em medidas adotadas por Tribunais.

Sem descurar das posições doutrinárias mencionadas, a partir de uma observação empírica e de um raciocínio indutivo, a realidade demonstra que, quando os desacordos morais são solucionados por meio de mecanismos democráticos, participativos (*v.g.* plebiscito e referendo) ou representativos (leis elaboradas no Parlamento), essas divergências são assimiladas com mais facilidade (ou com menos dificuldade) pela comunidade social. Não se quer dizer com isso que decisões tomadas por legisladores não tenham qualquer impacto social, o que seria refutado por exemplos práticos como a posição do Parlamento argentino de, em 2018, repelir o projeto de lei a favor do abortamento⁵. A deliberação legislativa dos congressistas argentinos foi recebida com lágrimas e atos de depredação. De toda sorte, percebe-se que a resignação social em casos tais é menos desafiadora do que se a medida adviesse do consenso formado por uma dezena de juízes.

Segundo Michael Klarman⁶, a atividade jurisdicional precipita oposições. Para ele, há três razões básicas por força das quais as decisões judiciais sobre temas controversos inflamam ressentimentos populares, que podem ser razoavelmente resumi-das da maneira a seguir:

- Cortes salientam questões controversas até então despercebidas⁷;
- Cortes incitam revolta quando interferem de maneira atí-vista em questões políticas;

5. A rigor, o termo aborto designa o produto do abortamento, isto é, o corpo do não nascido. Feito esse esclarecimento, ao longo deste trabalho, prefere-se utilizar a expressão “abortamento” para referir-se à prática de abortar.

6. POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, vol. 42, pp. 373-433, 2007. pp. 390 e 392.

7. Isso fica muito claro com o exemplo dado por Luís Roberto Barroso: “[...] quando o Congresso Nacional aprovou as pesquisas com células-tronco embrionárias, o tema passou despercebido. Quando a lei foi questionada no STF, assistiu-se a um debate nacional”. (BARROSO, Luís Roberto. A Razão Sem Voto: o Supremo Tribunal Federal e o Governo da Maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília, v. 5, pp. 23-50. Número Especial, 2015. p. 39).

- Cortes principiam no tempo uma mudança social que naturalmente ocorreria a tempo e a modo.

Klarman considera que há um tempo adequado para o amadurecimento social de controvérsias, o que nem sempre é aguardado pelos Tribunais, que às vezes se aventuram em decisões precoces. Como já esclarecemos, William Eskridge assevera que, embora as decisões de juízes nem sempre tenham uma aptidão para a divisibilidade maior do que aquelas advindas do legislador, existe um perigo especial: quando se trata de fornecer uma resposta às querelas de grupos minoritários desprezados, juízes reagem muito rapidamente⁸. Nessa perspectiva, quando a decisão é proveniente do Legislativo, a propensão para gerar revoltas sociais é sobremodo menor. Em suma, em se tratando de desacordos solucionados por ferramentas de democracia direta ou representativa, o processo de aceitação social parece ser mais dócil.

Robert Post e Reva Siegel consideram que a visão de Klarman deriva de uma concepção idealista das políticas democráticas, observando (a propósito, muito bem) que o professor de Harvard parece repudiar a premissa fundamental, tão compartilhada por juristas progressistas após o New Deal, de que a função dos Tribunais é interferir para reparar os defeitos no processo democrático. De fato, na abordagem de Klarman, o mantra dogmático pós New Deal de que o papel dos Tribunais é exercer uma função contramajoritária, para proteger minorias da tirania de maiorias eventuais, é posto em cheque. Klarman parece não dizer amém para o construto teórico de John Hart Ely, para quem as Cortes devem intervir e desobstruir os canais democráticos. Post e Siegel consideram que as ideias de Klarman estão radicadas na premissa de que Tribunais não conseguem alterar práticas e crenças sociais, uma convicção já manifestada nos escritos de Gerald Rosenberg⁹. O debate está posto. Neste trabalho, comungamos do entendimento pelo qual a tolerância social é

8. ESKRIDGE JR., William N. Backlash Politics: How Constitutional Litigation Has Advanced Marriage Equality In The United States. **Boston University Law Review**. v. 93, pp. 275-323, 2013. p. 280.

9. POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, vol. 42, pp. 373-433, 2007. p. 393-394.

mais generosa diante de decisões adotadas democraticamente, vale dizer, advindas da lei ou de consultas populares. Isso se percebe, indutivamente, a partir da análise de fatos exemplos colhidos de experiências internacionais, senão vejamos.

6.1 O desacordo moral do abortamento no Direito Constitucional Irlandês

Na Irlanda, o chamado *Offences Against the Person Act* (1861) proibiu a prática do abortamento. No ano de 1983, de modo a fortalecer a proibição ao abortamento, a 8ª emenda à Constituição da Irlanda não apenas reconheceu o direito à vida intrauterina, como o fez “com a mesma consideração ao igual direito à vida da mãe”, equiparando os direitos à vida do nascituro e da gestante (art. 40, seção 3, subseção 3)¹⁰. Portanto, a vedação passou a ter explícita envergadura constitucional. Na época, as medidas foram ao encontro dos valores substantivos compartilhados por um país de forte tradição católica, que optou por promulgar uma das legislações mais restritivas do mundo. Comparativamente, enquanto o Brasil pune o autoabortamento com uma detenção de três anos (art. 124, Código Penal), a Irlanda punia o mesmo delito com uma pena de 14 (catorze) anos, considerando como crime até mesmo o abortamento motivado por estupro¹¹.

No emblemático “Caso X”, a Corte Constitucional da Irlanda reconheceu a uma adolescente, que foi vitimada por um estupro, o direito de abortar, mas isso porque a menor desenvolveu ímpetus suicidas que geraram um considerável risco de morte¹². Na análise de Christina Akrivopoulou, o *leading case* teria acendido uma discussão nacional que culminou no referendo de 2003, consulta democrática

10. Tradução livre. No original: “Art. 40.3.3 - The State acknowledges the right to life of the unborn and, with due regard to the equal right to life of the mother, guarantees in its laws to respect, and, as far as practicable, by its laws to defend and vindicate that right”.

11. AKRIVOPOULOU, Christina. **Liberalizing Abortion in Ireland**: The New Legal Framework, Int’l J. Const. L. Blog, August 1, 2013. Disponível em: <<http://www.iconnectblog.com/2013/08/liberalizing-abortion-in-ireland-the-new-legal-framework>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

12. Attorney General v. X ([1992] 1 I.R. 53-54 (Ir. S. C.)).

cujo resultado foi a possibilidade de abortamento diante do risco iminente de suicídio¹³.

Somente em 2013, uma lei relativizou a absoluta proibição de abortar, para permiti-la em situações extremas de risco à vida da gestante. Por fim, quase 35 anos após a 8ª emenda, por meio de um referendo realizado no ano de 2018, a referida vedação ao abortamento foi finalmente removida pelos irlandeses. A sociedade mudou e, por conseguinte, o arcabouço jurídico-constitucional também acompanhou essa mudança. Para se ter ideia, à semelhança de um sionismo eleitoral, inúmeros irlandeses, que viviam no exterior, retornaram à Irlanda com o único propósito de exercer sua cidadania na consulta popular. Em parte, essas viagens simbolizaram um movimento inverso ao exigido no passado, porque a Constituição irlandesa ressalvava a possibilidade de viagens para abortamento em outros países (art. 40, seção 3, subseção 3). Como se vê, ainda que uma decisão proferida pela Corte Constitucional Irlandesa tenha prestado algum obséquio para esse sensível tema, certo é que o protagonismo na resolução do desacordo foi eminentemente do Parlamento e do povo em si mesmo, que se fez ouvir por meio do referendo. A propósito, a consulta popular foi a mesma via eleita para implementar o casamento gay na Irlanda. A solução, portanto, acabou sendo adotada imune a ressentimentos populistas mais odiosos, sendo qualificada pelo Primeiro-Ministro Leo Varadkar como uma “revolução silenciosa”¹⁴.

6.2 O desacordo moral do casamento gay no Direito Constitucional da França, Argentina e Romênia

Na França, em 2011, o tema da união entre pessoas do mesmo sexo foi levado à Corte Constitucional, suscitando-se uma eventual

13. AKRIVOPOULOU, Christina. **Liberalizing Abortion in Ireland: The New Legal Framework**, Int'l J. Const. L. Blog, August 1, 2013. Disponível em: <<http://www.iconnectblog.com/2013/08/liberalizing-abortion-in-ireland-the-new-legal-framework>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

14. Irlanda acaba com tabu do aborto com “revolução silenciosa”. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/mundo/irlanda-acaba-com-tabu-do-aborto-com-revolucao-silenciosa/>>. Acesso em: 14 nov. 2018.

incompatibilidade do Código Civil francês com a Constituição desse país. Não obstante, a Corte pontuou que os artigos 75 e 144 da codificação civil estavam em conformidade com a Carta Política, aduzindo ainda que “descabe ao Conselho Constitucional substituir a sua avaliação pela do legislador”, reconhecendo, portanto, como válida a opção adotada pelo Parlamento¹⁵.

Em resposta, no ano de 2013, o Parlamento francês aprovou a união entre pessoas do mesmo sexo, exercendo, mais uma vez, sua opção de posicionar-se sobre o assunto, assim como havia feito por ocasião da promulgação do Código Civil. Porém, dessa vez, os legisladores entenderam de trilhar caminho oposto ao inicial. Apesar de algumas manifestações públicas pela revogação da lei que permitiu o casamento entre pessoas do mesmo sexo, de uma maneira geral, o movimento contrário resignou-se ao resultado democrático.

Seja qual foi o lado vencedor nos controversos assuntos submetidos ao crivo popular, certo é que os debates foram elevados a uma belíssima disputa cívica e democrática, o que legitima qualquer placar. Esse é o sentido das considerações de Abraham Skorka, professor de Direito Hebraico da Universidade de Salamanca, quando pontua: “Em uma democracia tudo deve se resolver pelos canais legais, mediante um sincero, profundo e respeitoso debate. Os argumentos que cada parte usa devem buscar elementos em comum com o adversário, para chegar a uma síntese de conquistas e concessões mútuas”.¹⁶

Em um raciocínio indutivo, as controvérsias enfrentadas com ferramentas democráticas parecem mais bem assimiladas pela sociedade. Isso ficará ainda mais nítido quando, comparativamente, a análise recair sobre desacordos morais dissolvidos em um outro *locus*, qual seja, a arena judicial. Nela, as consequências são bem diferentes, não apenas porque não há participação popular. Em geral, a medida

15. Décision n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011. Tradução livre. No original: “[...] qu’il n’appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur [...]”. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2011/2010-92-qpc/decision-n-2010-92-qpc-du-28-janvier-2011.52612.html>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

16. BERGOGLIO, Jorge e SKORKA, Abraham. **Sobre o Céu e a Terra**. São Paulo: Paralela, 2013. p. 100.

consegue ser ainda mais controversa porque costuma desautorizar uma decisão popular anterior. Em um Estado de Direito, nasce um sentimento de vilipêndio à lei, que é causado exatamente por parte de quem deveria observá-la. Na Argentina, o então Arcebispo de Buenos Aires, Jorge Bergoglio¹⁷, que o mundo veio a conhecer alguns anos depois como Papa Francisco, apresenta um histórico relato sobre essa sensação de infidelidade cívica:

Insisto que nossa opinião sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo não tem base religiosa, e sim antropológica. Quando o chefe de governo da cidade de Buenos Aires, Mauricio Macri, não apelou da sentença de uma juíza de primeira instância autorizando o casamento, senti que tinha algo a dizer, a orientar; eu me vi na obrigação de manifestar minha opinião. Foi a primeira vez em dezoito anos de bispo que chamei a atenção de um dirigente. Se analisar as duas declarações que fiz, em nenhum momento falei de homossexuais nem fiz alguma referência pejorativa em relação a eles. A primeira declaração dizia que era preocupante a sentença da juíza porque indicava certo desapego à lei, já que um magistrado de primeira instância não pode violar o Código Civil, e ela o estava violando. Além de tudo, alertava sobre o fato de que um chefe de governo, guardião da legalidade, houvesse proibido que se apelasse contra essa falha. Macri me disse que eram suas convicções; eu as respeito, mas um chefe de governo não tem que transferir suas convicções pessoais para a lei.

Trata-se de um problema eminentemente de aceitação. O depoimento transcrito revela um desconforto persistente ou vitalício que, conquanto externado por uma autoridade eclesiástica, parece ter sido experimentado, acima de tudo, por um cidadão argentino que testemunhou transformações sociais promovidas à revelia de quem de direito, isto é, do povo da Argentina. No ano de 2010, finalmente, o parlamento argentino aprovou o casamento entre pessoas do mesmo sexo, iniciativa que certamente contribuiu para a paz social.

17. BERGOGLIO, Jorge e SKORKA, Abraham. Op. Cit., p. 100.