



Efeito backlash e ativismo congressional

04/02/2025

A noção de *backlash* foi elaborada ^[1] pela doutrina norte-americana para refletir a crescente tensão entre política e direito e os anseios de legitimidade democrática da Suprema Corte. ^[2] O termo é entendido como uma das muitas formas de contestação de normas a que o público recorre na busca por influenciar o direito constitucional.

Cass Sunstein conceitua *backlash* como intensa e duradoura desaprovação social ^[3] de decisão de tribunal, acompanhada de medidas de resistência e remoção da força jurídica do pronunciamento. ^[4]

Michael Klarman aponta três razões principais para o *backlash* diante de decisões judiciais em casos que polarizam a sociedade: o pronunciamento aumenta a importância da questão, incita a resposta a interferência tida como externa e altera o caminho que a matéria trilharia se não houvesse a decisão. ^[5]

A título de exemplos sublinha que, no curto prazo, *Brown versus Board of Education* (1954) não só retardou o progresso no campo racial como radicalizou a política acerca do tema nos estados do Sul; *Miranda versus Arizona* (1966), motivado pelo aumento da criminalidade, facilitou a eleição de Richard Nixon sob plataforma de lei e ordem; *Furman versus Geórgia* (1972), no bojo do qual sobreveio ameaça de extinção da pena de morte, provocou dramático ressurgimento de apoio à pena capital, refletida na publicação, nos quatro anos seguintes, em 35 estados, de nova legislação sobre a matéria; *Roe versus Wade* desencadeou movimento de direito à vida, antiabortista, politicamente potente, ^[6] a ponto de a Suprema Corte, em junho de 2022, ter modificado sua compreensão a respeito da questão. ^[7]

Robert Post e Reva Siegel observam que Michael Klarman, destacando os efeitos imprevisíveis da reação aos pronunciamentos, sugere que decisões precipitam dispendiosas controvérsias constitucionais sem benefício proporcional. Reafirmam, porém, a importância dos pronunciamentos da Corte, já que não seria correto supor que a adjudicação poderia ser realizada de forma mais harmoniosa na via legislativa, ^[8] afora o fato de que a atuação dos demais Poderes também se sujeita a *backlash*.

Liberalismo e conservadorismo

A ascensão conservadora diante de decisão liberal ^[9] ou mesmo a expansão liberal ante pronunciamento de natureza conservadora não representam paradoxo. É esperado que, em questões aptas a dividir a sociedade, o grupo insatisfeito com o entendimento da Corte explicita seus argumentos e pontos de vista de forma mais clara, exatamente como reação. Há mudança na agenda desse grupo político, levado a tratar de questão que, não houvesse a decisão judicial, não seria pauta prioritária. ^[10]

A decisão também gera, de outro lado, avanços na matéria de que cuida, além de incrementar o engajamento dos cidadãos em torno do sentido da Constituição, ^[11] o que fortalece a

consciência constitucional.

Ademais, a legitimidade das cortes constitucionais está mesmo, em parte, na capacidade de resposta à opinião popular. ^[12] Não é possível desprezar o papel construtivo do fenômeno, revelador da democratização no processo de formação do sentido da Constituição, a fortalecer a legitimidade da interpretação.

O efeito *backlash* talvez se manifeste através de “atuação institucional contra a própria Corte ou os seus membros” e por meio de “atuação normativa sobre o conteúdo do pronunciamento”.

Nesse último caso, é possível, ainda, que a reação legislativa resultante dos desdobramentos sociais ocasione a superação da jurisprudência.

Manifestações sociais

Não há, porém, vínculo necessário entre as reações sociais e a atuação do Parlamento. Noutros termos, as manifestações sociais podem não repercutir a ponto de a compreensão de dado setor da sociedade sobre a Constituição ser convertida em norma legal ou constitucional.

Como é intuitivo, também é possível ao Legislativo responder a decisão da Corte com a adoção da interpretação dada. Além disso, mesmo nos casos de reversão, pode atuar independentemente de haver repercussão social, sobretudo quando consideradas matérias de pouca relevância para os cidadãos em geral ^[13] e de menor desacordo e polarização.

Portanto, o efeito *backlash* constitui antecedente não necessário — ou eventual — da reação legislativa.

Intimamente relacionado às reações legislativas está o ativismo congressional, marcado por participação mais intensa do Parlamento, que vem a provocar novos debates sobre certo tema, olhos postos na reversão legislativa da jurisprudência.

Tal como a faceta judicial, o ativismo congressional indica tensão com a separação de poderes, na medida em que envolve pronunciamento formalizado no exercício de função típica de outro órgão. Não representa, todavia, transgressão à tripartição funcional. Ao contrário, constitui mecanismo capaz de contrabalançar a atuação proativa da Corte Constitucional na interpretação da Carta Política, favorecendo o equilíbrio institucional. Afinal, diálogo pressupõe relacionamento entre iguais. ^[14]



- [1] A gênese do desenvolvimento da noção de *backlash* está, segundo Thomas Kleinlein e Bilyana Petkova, na obra “*The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?*”, de Gerald Rosenberg (KLEINLEIN, Thomas; PETKOVA, Bilyana – Federalismo, direitos e retrocesso na Europa e nos Estados Unidos. *Jornal Internacional de Direito Constitucional* [Em linha]. Ano 15, n.º 4 (31 mar. 2017). p. 1066-1079, p. 1075. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2951744. [Consult. 07 jun. 2022]).
- [2] POST, Robert; SIEGEL, Reva – *Roe Rage*. *Democratic Constitutionalism and Backlash*. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* [Em linha]. Vol. 42, n.º 131 (2007), p. 373-434, p. 382-383. Disponível em: <https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Faculty/SiegelRoeRageDemocraticConstitutionalismAndBacklash.pdf>. [Consult. 12 jun. 2022].
- [3] Há quem afirme a insuficiência do conceito, porquanto, modernamente, já seria possível falar em *backlash* internacional, a envolver cortes domésticas e internacionais em diálogo interjurisdicional. Além disso, é possível que ocorra como reação contrária a pronunciamentos de entidades quase judiciais, não judiciais, inclusive do Legislativo e do Executivo, e de órgãos jurisdicionais mesmo não hierarquicamente elevados (FONTELES, Samuel Sales – *Direito e backlash*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 30-33).
- [4] SUNSTEIN, Cass R. – *Backlash’s Travels*. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* [Em linha]. Vol. 42 (2007), p. 435-449, p. 435. Disponível em https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=12212&context=journal_articles. [Consult. 22 jun. 2022].
- [5] KLARMAN, Michael G. – *Brown and Lawrence (and Goodridge)*. *Michigan Law Review* [Em linha]. Vol. 104, n.º 3 (2005), p. 431-490, p. 473. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol104/iss3/2>. [Consult. 20 jun. 2022].
- [6] *Idem* – *Courts, Social Change, and Political Backlash*. Washington, DC: Georgetown University Law Center, 31 Mar. 2011, p. 1.
- [7] Em 24 de junho de 2022, a Suprema Corte Americana, ao apreciar o caso *Dobbs versus Jackson Women’s Health Organization*, modificou sua compreensão, afirmando que a Constituição não prevê direito ao aborto nem proíbe cada Estado de proscrevê-lo ou discipliná-lo (UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court – *Certiorari to the United States Court of appeals for the fifth circuit* n.º 19-1392 [Em linha]. Julgamento: 01 dez. 2021. Publicação: 24 jun. 2022. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392_6j37.pdf. [Consult. 05 jul. 2022]).
- [8] POST, Robert; SIEGEL, Reva – *Roe Rage*. *Democratic Constitutionalism and Backlash*. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* [Em linha]. Vol. 42, n.º 131 (2007), p. 373-434, p. 393-395. Disponível em: https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Faculty/Siegel_RoeRageDemocraticConstitutionalismAndBacklash.pdf. [Consult. 12 jun. 2022].

[9] Segundo Michael Klarman, nos últimos cinquenta anos, os casos foram de decisões progressistas que produziram reações conservadoras, embora essa faceta não represente nota intrínseca ao fenômeno (KLARMAN, Michael G., *opere citato*, p. 10).

[10] KLARMAN, Michael G. – *Brown and Lawrence* (and *Goodridge*). Michigan Law Review [Em linha]. Vol. 104, n.º 3 (2005), p. 431-490, p. 6. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol104/iss3/2>. [Consult. 20 jun. 2022].

[11] POST, Robert; SIEGEL, Reva – *Roe Rage*. Democratic Constitutionalism and Backlash. Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review [Em linha]. Vol. 42, n.º 131 (2007), p. 373-434, p. 390. Disponível em: https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Faculty/Siegel_RoeRageDemocraticConstitutionalismAndBacklash.pdf. [Consult. 12 jun. 2022].

[12] *Ibidem*, p. 384.

[13] A reforçar a distinção de tratamento, Mark Tushnet diferencia Constituição fina e grossa (ou densa). A primeira diz respeito às garantias fundamentais e é reivindicada pelo constitucionalismo popular. A segunda relaciona-se a previsões de organização do governo. Embora importantes, tais previsões cedem espaço no debate público para a Constituição fina (TUSHNET, Mark – *Taking the Constitution Away from the courts*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2000, p. 9-13).

[14] HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. – *The Charter Dialogue between Courts and Legislatures* (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All). Osgoode Hall Law Journal [Em linha]. Vol. 35, n.º 1 (1997), p. 75-124, p. 79. Disponível em: <https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol35/iss1/2>. [Consult. 23 jun. 2022].

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2025-fev-04/efeito-backlash-e-ativismo-congressual/>