
As mutações constitucionais inconstitucionais e o “efeito *backlash*”

Tainah Simões Sales

Doutoranda e Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC). Professora de Direito e Processo Constitucional e Membro do Programa Tutorial Acadêmico do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Coordenadora do Projeto de Pesquisa Direito e Política, desenvolvido na Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Advogada.

Luana Adélia Araújo Martins

Graduanda em Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). E-mail: luanaamartins96@gmail.com

Ingrid Thayná de Freitas Acácio

Graduanda em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

Resumo

Além das mudanças formalmente previstas, as constituições podem assumir significados novos, sem que haja alteração formal do texto. Trata-se do fenômeno da mutação constitucional. Inevitável para a manutenção da ordem constitucional, as mutações devem ser analisadas com cautela em razão de duas questões principais: a existência de mutações constitucionais inconstitucionais e o efeito *backlash*. O objetivo deste artigo, portanto, é a discussão dessas duas questões e de seus impactos negativos para a sociedade. Realizou-se pesquisa bibliográfica, descritiva, pura, quantitativa e qualitativa. Não se tem a pretensão de esgotar o estudo ou de buscar respostas a todas as questões que o tema suscita, mas de fomentar o debate e levar o leitor à reflexão sobre como frear os impactos negativos que as mutações constitucionais desenfreadas podem gerar à sociedade.

Palavras-chave

Mutação constitucional; Efeito *backlash*; Interpretação judicial.

Unconstitutional mutations and the backlash effect

Abstract

Besides the formally foreseen changes, the constitutions can assume new meanings, without there being a formal alteration of the text. This is the phenomenon of constitutional

Revista Publicum

Rio de Janeiro, v.4, n.1, 2018, p. 178-192.

<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum>

DOI: <https://doi.org/10.12957/publicum.2018.30854>

mutation. Inevitable for the maintenance of constitutional order, mutations must be analyzed with caution because of two main issues: the existence of unconstitutional mutations and the backlash effect. The purpose of this article, therefore, is to discuss these two issues and their negative impacts on society. A bibliographic, descriptive, pure, quantitative and qualitative research was carried out. One does not pretend to exhaust the study or to seek answers to all the questions raised by the theme, but to stimulate the debate and lead the reader to reflect on how to stop the negative impacts that unbridled constitutional changes can generate for society.

Keywords

Constitutional mutation; Backlash effect; Judicial interpretation.

Sumário

Introdução; 1. O Fenômeno da Mutação Constitucional; 2. Limites da Mutação Constitucional; 3. O Efeito *Backlash* no Paradoxo da Opinião Pública Majoritária vs. A Contramajoritária: o Povo Contra o Povo?; 4. Efeito *Backlash*: União Estável Homoafetiva (ADI 4.277 e ADPF 132/RJ) vs. Estatuto da Família (PL-6583/2013); Considerações Finais; Referências.

Introdução

O dinamismo resultante das relações sociais, que apresenta peculiaridades que se transformam com o tempo e gera novas situações fáticas, torna inevitáveis as mudanças de uma Constituição, mesmo que, em sua maioria, os constituintes busquem utilizar ideais futuristas na elaboração dos textos originais para mantê-los estáveis. A questão é que, conforme afirma Konrad Hesse (1991, p. 18), “a norma constitucional somente logra atuar se procura construir o futuro com base na natureza singular do presente.”

Desse modo, os fatores sociológicos, econômicos, políticos e culturais não permitem a imutabilidade do Texto Maior de um Estado, gozando as normas constitucionais de uma inalterabilidade relativa. Nas palavras de Bulos (1997, p. 3), “nem sempre estabilidade pode significar imodificabilidade. Aliás, nem é possível conceber-se um Texto Constitucional imodificável, diante das transformações do fato social”.

Além das mudanças formalmente previstas, as constituições podem assumir significados novos, renovando as formas interpretativas para melhor atender aos anseios da sociedade, buscando tratar o déficit de sinergia de um texto normativo com a realidade fática que busca captar e regular, sem que haja alteração formal do texto constitucional. Tal fenômeno, que não precede de revisões ou emendas, moldes, limites expressos ou requisitos específicos, denomina-se mutação constitucional. Trata-se de mudança informal na Constituição, por meio da qual se

atribuem novos sentidos e conteúdos até então não encontrados na letra da Lei Maior, seja por intermédio de novas interpretações ou por meio dos usos e costumes constitucionais (BULOS, 1997, p. 57).

A razão da permissão da mutação constitucional reside no fato de que as constituições são “organismos vivos”, que se vinculam e são influenciados pela dinâmica das relações sociais, não sendo, portanto, normas fixadas de forma estanque (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 159).

Entretanto, levando em consideração a inevitabilidade das mutações informais, há duas questões resultantes deste fenômeno que devem ser analisadas cautelosamente: a primeira delas é a necessidade do estabelecimento de limites às mutações constitucionais, a fim de evitar que as alterações informais no texto signifiquem contradição direta com o próprio sentido originário da norma. A segunda questão é a possibilidade de verificação do efeito *backlash*, uma espécie de reação social contrária à decisão judicial, normalmente de caráter conservador.

Este artigo, portanto, visa à análise não exaustiva dessas duas questões: a existência de mutações constitucionais inconstitucionais e a possibilidade do chamado efeito *backlash*. Trata-se de temas relevantes no atual cenário institucional, em que pairam a incerteza e a instabilidade política. A história demonstra que, em tempos de crise, há maior probabilidade de regresso e de violação de direitos fundamentais. E tanto as mutações constitucionais como o efeito *backlash* são fenômenos que podem levar a essa situação de inconstitucionalidade e prejuízo do núcleo essencial dos direitos. Daí a importância do tema e a necessidade de a discussão ser fomentada.

Mediante pesquisa bibliográfica, descritiva, pura, quantitativa e qualitativa, busca-se analisar os limites das mutações constitucionais e os resultados negativos do efeito *backlash*. O artigo apresenta relevância uma vez que se trata de uma questão atual, polêmica e relevante não só para os magistrados e para a comunidade acadêmica, mas para toda a sociedade. Não se tem a pretensão de esgotar o estudo ou de buscar respostas a todas as questões que o tema suscita, mas de fomentar o debate e levar o leitor à reflexão sobre como frear os impactos negativos que as mutações constitucionais desenfreadas podem gerar à sociedade.

1. O Fenômeno da Mutação Constitucional

Uma vez que as mutações constitucionais resultam dos constantes processos de transformações políticas, sociais, econômicas e culturais aos quais determinada comunidade é submetida, os métodos para alcançar a dita alteração da Constituição são, muitas vezes, espontâneos, sem qualquer previsibilidade do tempo em que serão acionados.

Não há como enumerar de forma taxativa as hipóteses de mudança de um dispositivo originário sem a interferência do poder reformador (poder este instituído pelo constituinte originário para alterar formalmente, por meio das emendas constitucionais, dispositivos da Carta Magna a fim de adaptar o texto original às modificações ocorridas na sociedade). Assim, não há consenso a respeito das modalidades pelas quais pode haver a modificação informal do Texto Maior.

Na concepção de Bulos (1997, p. 61), “podem ocasionar mutações constitucionais: a interpretação, a construção judicial, os usos e costumes, as complementações legislativas, as práticas governamentais, legislativas e judiciárias e, até mesmo, a influência dos grupos de pressão”. Assevera, ainda, acerca da importância dos grupos de pressão (sindicatos, entidades de classe, partidos políticos, grupos religiosos, filosóficos, artísticos, organizações civis, militares, dentre outros) para o processo de mudança constitucional. Paulo Bonavides (2003, p. 428), nesse sentido, afirma “[...] que são [os grupos de pressão] parte da Constituição viva ou da Constituição material tanto quanto os partidos políticos e independente de toda institucionalização ou reconhecimento formal dos textos jurídicos”.

Para Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2013), podem-se destacar três mecanismos de mutação constitucional, quais sejam: a mutação por meio da interpretação, em especial - mas não exclusivamente - por meio da atuação dos órgãos jurisdicionais; a mutação mediante o costume; a mutação constitucional por obra da legislação infraconstitucional.

No Brasil, tem-se, como exemplo de mutação constitucional pela via da interpretação judicial, o julgamento do Supremo Tribunal Federal sobre o dispositivo constitucional que trata da união estável entre homem e mulher, o qual foi estendido às uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo, inclusive para efeitos de interpretação do Código Civil conforme a Constituição.

No que se refere à mutação mediante o costume, fonte de direito constitucional em sentido material, há de se ressaltar a problemática possibilidade de reconhecimento de um costume contrário ao sentido literal da Constituição. Decorre, daí, por exemplo, o reconhecimento da possibilidade de o chefe do Executivo negar aplicação à lei manifestamente inconstitucional, mediante a expedição de Decreto Autônomo, instituto divergente, mas que vem sendo aceito pelos Tribunais pátrios.

Leciona, ainda, os mencionados autores (2013, p.163) acerca das mudanças processadas ao nível da legislação infraconstitucional:

[...] poderá mesmo falar, em certo sentido, em uma espécie de interpretação da constituição conforme a lei, pois ao regular as situações da vida o legislador poderá estar, como primeiro “intérprete”, influenciando no próprio sentido da norma constitucional por ele regulamentada,

especialmente quando a nova interpretação legislativa encontrar ressonância no meio dos juízes e for chancelada pelo Poder Judiciário. De qualquer sorte, é controverso até que ponto a legislação infraconstitucional é o mecanismo propriamente dito da mutação ou o fator que impulsiona a mudança informal da constituição por parte do intérprete, ou seja, mediante a ação dos órgãos do Poder Judiciário incumbidos da guarda da Constituição. Além disso, considerando a distinção entre poder constituinte e constituído e a hierarquia das fontes, problemática é a própria noção de uma mutação constitucional legislativa, que, inclusive, pode até mesmo soar contraditória.

Trata-se de tema polêmico, amplamente discutido entre os juristas brasileiros. Afinal, qual seria o limite da mutação constitucional? Será possível que o intérprete dê novo sentido à Constituição (como, de fato, o Supremo Tribunal Federal tem feito) contrariando, inclusive, seu texto originário?

2. Limites da Mutação Constitucional

A aparente impossibilidade em estabelecer os limites objetivos da mutação constitucional se justifica pela mesma razão da dificuldade em determinar modalidades específicas de formas de mudança informal de uma constituição, abordada no tópico antecedente, qual seja: os fatos sociais cambiantes – com exigências e situações sempre novas.

Entretanto, embora não seja tarefa fácil o estabelecimento de tais limites, é certo que eles existem. Herman Heller (1968, p. 296), por exemplo, alega que o fenômeno encontra limitações na própria normatividade da Constituição. Se é correto afirmar que há um lado dinâmico da Constituição, também é possível constatar que há um lado estático, pré-ordenado. Segundo o autor, “como situação política existencial, como forma e ordenação concretas, a Constituição só é possível porque os partícipes consideram essa ordenação e essa forma já realizadas ou por realizar-se no futuro, como algo que deve ser e o atualizam”.

O autor acredita que as modificações difusas da constituição encontram, também, limites subjetivos – o intérprete, em sua consciência, não pode vulnerar os princípios e preceitos do texto constitucional.

Por ser a Constituição um “organismo vivo”, pautada na dinâmica realidade social de uma determinada população, é sensível afirmar que os limites da mudança informal estão relacionados a um texto literal, este, à contrapartida, estático. De acordo com Oriana Piske de Azevedo Magalhães Pinto (2007, *online*) “No elemento estático repousa a necessária segurança jurídica, visando preservar os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana; já o elemento dinâmico permite a adequação da Carta Constitucional à evolução social”.

Nesse sentido, se é correto afirmar que a Constituição é um documento sujeito a alterações, em razão da dinâmica da realidade social, também não se pode olvidar que essa alteração está sujeita a limites. E o limite é o próprio texto.

Realizar modificações na interpretação de um texto constitucional, sem estar atento ao que consta literalmente nos dispositivos, embora justificado nas recorrentes mudanças sociais, acarreta uma situação de insegurança jurídica. No caso da mutação por interpretação por meio da atuação dos órgãos jurisdicionais, é recorrente notar um ativismo judicial exacerbado, que invade a esfera de competência do Poder Legislativo. Diante disso, nota-se que a mutação constitucional pode ocasionar uma quebra do sistema constitucional, ao colocar em risco o princípio da separação dos poderes.

Nos dizeres de Lenio Luiz Streck, Martonio Mont'Alverne Barreto Lima e Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (2007, p. 75), "[...] em determinadas situações, mutação constitucional pode significar, equivocadamente, *a substituição do poder constituinte pelo Poder Judiciário*. E, com isso, soçobra a democracia." (grifos dos autores)

Nesse caso – quando a mutação inverte o sentido literal da Constituição escrita – é possível falar em uma mutação constitucional inconstitucional. Adota-se, portanto, o entendimento de Konrad Hesse (1991, p. 22), no sentido de que a interpretação somente será adequada se conseguir concretizar de forma excelente o sentido da proposição normativa – nunca de forma a invertê-lo. Segundo o autor “[...] onde o intérprete se coloca acima da constituição, não se trata mais de interpretação, mas, sim, de alteração ou mesmo violação da constituição”. Dessa forma, a mudança na interpretação é possível no sentido de maximizar a norma constitucional, nunca invertê-la, contrariá-la diretamente.

É crescente o número de processos inconstitucionais de mutação constitucional – aqueles que violam a Constituição escrita, que deve ser formal e materialmente obedecida. Todavia, tais modificações, ainda que inconstitucionais, costumam prevalecer, seja pela falta de controle das mudanças, seja pelo fato de tal controle ser mesmo inviável em algumas hipóteses. Há ainda de se ressaltar o fato de que, em sede de controle concentrado, por exemplo, as decisões do STF são vinculantes, o que permite apenas ao Poder Legislativo (que não está vinculado às decisões do Tribunal) uma correção da mutação inconstitucional por meio da via legislativa. Assim, muitas vezes, negociações políticas e interesses externos impedem que as devidas reparações sejam realizadas. Nesse sentido, efetivamente, “o único tipo de controle que poderia incidir sobre tais mutações é o controle não organizado, isto é, acionado por grupos de pressão, pela opinião pública, pelos partidos políticos etc”. (BULOS, 1997, p. 91).

Corroborando o dito acima, ressaltam-se as divergências que pairam acerca da aplicação do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal do Brasil, que trata da possibilidade de o Senado Federal conceder, privativamente, através de Resolução, efeito *erga omnes* para decisões do STF em sede de controle difuso, caso haja relevância social.

De acordo com a doutrina (e com o texto constitucional), a resolução elaborada pelo Senado é condição indispensável para atribuir efeitos *erga omnes* para decisões do Supremo Tribunal Federal que, a priori, apenas teria efeito *inter partes*.

O Habeas Corpus (HC) 82959, ajuizado por Oséas de Campos – condenado a 12 (doze) anos e 3 (três) meses de reclusão por molestar três crianças entre 6 (seis) e 8 (oito) anos de idade – analisou o art. 2º da Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos) que proibia a progressão de regime de cumprimento de pena nos crimes hediondos, chegando ao STF através da via recursal. O Supremo Tribunal, por 6 (seis) votos a 5 (cinco), reconheceu a inconstitucionalidade do supracitado dispositivo, afastando a proibição da progressão do regime de cumprimento da pena aos réus condenados pela prática de crimes hediondos, devendo os juízes da execução penal analisar os pedidos de progressão considerando o comportamento de cada apenado.

Uma vez que a decisão se deu em sede de controle difuso, não possuindo, portanto, caráter *erga omnes*, as demandas judiciais instauradas para discutir o assunto aumentaram consideravelmente. No entanto, os juízos *a quo*, via de regra, não concordaram com o posicionamento do STF e acabavam por não conceder a progressão de regime. Em resposta à decisão de um juiz do estado do Acre que não acatou a progressão de regime nos crimes hediondos, a Defensoria Pública ingressou com a Reclamação Constitucional nº 4335.

No julgamento da Reclamação, os Ministros do Supremo discutiram se o art. 52, inciso X, da Constituição deveria ser aplicado de forma literal ou se, em sede de controle difuso ou concentrado, todas as decisões dadas pelo STF possuíam efeitos *erga omnes*, independentemente de Resolução do Senado Federal conferindo esses efeitos.

Ao final, a maioria do Supremo acatou o entendimento de que as decisões da Corte, que julgam a inconstitucionalidade das normas em sede de controle difuso, apenas terão efeito para todos (*erga omnes*) quando o Senado Federal edita Resolução nesse sentido, caso contrário, a decisão valerá apenas entre as partes (*inter partes*).

Conforme Lenio Luiz Streck, Martonio Mont’Alverne Barreto Lima e Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (2007, p. 80), a respeito do caso supracitado:

[...] o modelo de participação democrática no controle difuso também se dá, de forma indireta, *pela atribuição constitucional deixada pelo Senado Federal*. Excluir a competência do Senado Federal – ou conferir-lhe apenas um caráter de tornar público o entendimento do Supremo Tribunal Federal – significa reduzir as atribuições do Senado Federal à de uma secretaria de divulgação intra-legislativa das decisões do Supremo Tribunal Federal; *significa, por fim, retirar do processo de controle difuso qualquer possibilidade de chancela dos representantes do povo deste referido processo*, o que não parece ser sequer sugerido pela Constituição da República de 1988. (grifo dos autores)

A discussão que mobilizou o Supremo Tribunal Federal retrata o risco que a mutação constitucional descontrolada pode trazer para a segurança jurídica atribuída às normas constitucionais. Há, ainda, de se ressaltar as consequências que a mutação informal pode trazer aos direitos e garantias fundamentais, uma vez que atribuir efeitos *erga omnes* e vinculantes a decisões do STF em controle difuso fere os princípios da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LIV e LV da Constituição Federal), atingindo aqueles que não tiveram garantido o direito constitucional de participar da decisão que os afetará. Diferente seria a situação diante do controle concentrado de constitucionalidade, que apenas discute a lei em tese e não casos concretos.

Não há como negar os riscos trazidos pelo processo informal de modificação de uma Constitucional – conjunto de normas jurídicas de hierarquia máxima que visa regular as normas organizacionais e mantenedoras do Estado. Uma mutação que se dá de forma inconstitucional pode comprometer a estabilidade de instituições e da sociedade de forma geral¹.

Além da insegurança jurídica e política gerada pela mutação constitucional inconstitucional, há de se ressaltar um outro problema gerado pelas alterações na interpretação da Constituição: o efeito *backlash*.

3. O Efeito *Backlash* no Paradoxo da Opinião Pública Majoritária

Vs. A Contramajoritária: O Povo Contra o Povo?

No ano de 1972, nos Estados Unidos, foi julgado o caso *Furman vs Georgia*, no qual a Suprema Corte invalidou a pena de morte. Entretanto, a decisão, que aparentemente marcaria o fim da pena de morte no país, gerou uma mudança repentina, já que trinta e cinco Estados promulgaram uma nova lei que efetivava a pena de morte (KLARMAN, 2011, p.1-3).

O exemplo trazido por Klarman esclarece o que é o efeito *backlash*: a reação contrária da população em relação às decisões judiciais, uma espécie de efeito colateral. O Judiciário julga tal decisão de maneira liberalista na tentativa de garantir a eficácia dos direitos fundamentais e a população tem uma reação contrária àquele julgamento, já que este contraria certas ideologias conservadoras.

No Brasil é perceptível a existência do *backlash*, como resposta ao crescimento do protagonismo Judiciário dos últimos tempos. É notório o aumento de grupos conservadores na

¹ Outros casos de mutações constitucionais polêmicas, que não foram objeto deste artigo por necessidade de corte epistemológico, são: a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a possibilidade de prisão em segunda instância e o desmembramento das penas decorrentes do processo de *impeachment* da ex-Presidente Dilma Rousseff, que perdeu o cargo mas continua habilitada para o exercício das funções públicas.

política², ocorrendo, de fato, um possível risco de regresso em casos envolvendo direitos fundamentais de minorias. Trata-se de um efeito perigoso, na medida em que “a decisão da Corte pode ativar forças opostas e desmobilizar os atores políticos que ela favorece. Ela pode produzir um intenso refluxo social, em um processo de deslegitimação de si própria assim como o objetivo que ela procura promover” (SUNSTEIN, 1999, p. 59).

As matérias polêmicas que são discutidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF), por exemplo, levam a posicionamentos contrários dos poderes políticos, conduzindo a deliberações legislativas que corroboram o antagonismo àquelas decisões judiciais. Um exemplo nítido disto foi o que ocorreu após a Suprema Corte brasileira aprovar a união estável entre pessoas do mesmo sexo: depois de muita polêmica, no âmbito político, sobre esta decisão do STF, foi criado um Projeto de Lei (PL) denominado de Estatuto da Família, que tem como intuito eliminar qualquer possibilidade de uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo, reconhecendo que entidade familiar, seja por meio de casamento ou união estável, é somente formada por um homem e uma mulher. Sabe-se que a decisão não foi o único fator que levou à criação do referido projeto de lei, mas certamente foi fator impulsionador relevante.

Nos últimos tempos, o Supremo Tribunal Federal brasileiro tem atribuído posicionamentos mais liberais em matérias que tem fortes características morais, bem como se atribui um parecer mais à esquerda, posicionamento este que está mais conexo a ideais da elite intelectual brasileira do que em relação à sociedade em geral, que, em sua preponderância, é conservadora e situada mais a direita (NOVELINO, 2015, p. 257).

O fato é que, nesses casos polêmicos, nota-se que o posicionamento mais liberal e inovador da Suprema Corte tem colaborado para o crescimento do conservadorismo. A maior parte da população é adepta de ideais conservadores, enquanto outra parte se posiciona de forma mais liberal (e há ainda os que se consideram no centro). Sabe-se que cada pessoa tem o direito de ter seus posicionamentos, ideologias e opiniões. O problema é que as interpretações demasiadamente liberais fazem com que os grupos conservadores exibam seus dogmas e opiniões nitidamente, e, nessa sequência, ocorrem discursos inflamados de intolerância, repletos de falácias e com forte apelo emocional. A reprovação moral da união estável homoafetiva é permitida, afinal, todos tem o direito de expressar a sua opinião. O que não é admissível é que esse pensamento implique no prejuízo a direito fundamental do outro ou que a opinião pública influencie o julgamento dos ministros do Supremo Tribunal Federal.

² Sabe-se que a reação às decisões judiciais não é o único fator para o crescimento dos grupos conservadores, mas por necessidade de corte epistemológico, neste artigo busca-se analisar apenas os impactos gerados pelas decisões judiciais.

Nos últimos tempos, o brasileiro está vivenciando uma série de mudanças na política³ que tem gerado um grande descontentamento em relação aos políticos eleitos e fazendo com que o Judiciário torne-se, segundo Ingebourg Maus (2000), “o superego da sociedade”. Entre os três Poderes, é o que goza de maior prestígio e confiabilidade entre os brasileiros (ESTADÃO, 2016, *online*). Ademais, a exposição midiática do Supremo fez com que a população voltasse o olhar para os ministros e para seus julgados, ascendendo, assim, a opinião pública para algumas decisões do órgão, principalmente aquelas com forte apelo moral e/ou religioso.

A opinião pública é um fator que pode ser observado sob duas óticas: *a opinião pública a favor do povo* ocorre quando o povo se manifesta para defender a preservação da Constituição Federal e de seus direitos fundamentais, afinal, é legítimo que a população se posicione a favor ou contra as decisões tomadas pelos juristas e políticos, pois é dela e para ela que ocorrem deliberações jurídicas e políticas. E sob o ponto de vista *da opinião pública do povo contra o povo*, esta ocorre quando há o antagonismo de opiniões numa mesma sociedade, isto é, de um lado um grupo de pessoas que tem opiniões conservadoras, do outro um grupo de pessoas que tem opiniões liberais. Há, ainda, os que aderem opiniões dos dois grupos em assuntos diferentes. Assim, pode acontecer de um lado infringir o direito do outro, gerando, portanto, a opinião do povo contra o próprio povo.

O papel de reproduzir a vontade da população é concedido ao Poder Legislativo e Executivo. O povo, mediante o voto, escolhe os candidatos, e, com isso, entende-se que tais políticos representam a vontade da maioria. Por essa razão, não costumam intervir em favor das “minorias” (pois, muitas vezes, a intervenção em favor de minorias implica em perda de votos e prejuízo de interesses dos “donos do poder”).

Ressalta-se, aqui, que, ao se falar em “minorias”, não se objetiva relacionar à quantidade numérica, mas, sim, a uma parcela de pessoas que não condizem aos “padrões morais” daquela sociedade, que pouco tem representação ou, como ressaltou a revista *La Gandhi Argentina* (1998), as minorias nunca poderiam se traduzir como uma inferioridade numérica, mas sim como maiorias silenciosas que, ao se politizarem, convertem o gueto em território e o estigma em orgulho gay, étnico, de gênero – portanto uma maioria parlamentar escolhida para representar a população é, na realidade, uma minoria dominante.

Em 2003, nos Estados Unidos, ocorreu o caso *Goodridge v. Department of Public Health*, que tratava sobre casamento entre pessoas do mesmo sexo, e a Suprema Corte decidiu a favor dos casais homoafetivos. A opinião pública estava demasiadamente fracionada quanto à promulgação

³ Impeachment, operação Lava-Jato, crise econômica, corte de direitos trabalhistas, previdenciários, financiamento estudantil e outros.

deste direito para o grupo, contudo, após tal decisão da Suprema Corte, suscitou-se uma reação contrária a ela. Partidos conservadores⁴ ganharam força, estabelecendo mensagens em oposição a alguns direitos homoafetivos, incluindo o casamento, enquanto os democratas perderam grande parte de votos. Klarman (2011, p. 2) afirma que posteriormente à decisão da Suprema Corte mais de vinte e cinco Estados promulgaram proibições constitucionais sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo levando a derrota de uma parte dos candidatos democratas do Senado.

Em 2011, no Brasil, após a Suprema Corte decidir em favor da união homoafetiva, foi realizada uma pesquisa pelo IBOPE onde 55% se manifestam contra o direito ao grupo.

O fato é que há ainda a parte considerável da população que opina contra o direito das “minorias” e cabe às cortes constitucionais defender os direitos contramajoritários. Trata-se, inclusive, de um dos fatores que legitima ao Judiciário o papel de realizar controle de constitucionalidade. De acordo com o ministro Barroso (2014, p. 15), o STF exerce dois papéis distintos e antagônicos, o *contramajoritário*, ao defender os direitos fundamentais e a democracia, em nome da Constituição. O segundo papel é o *representativo*, quando, em algumas situações, responde a litígios e desejos, sociais e políticos, nos quais os Poderes eleitos para representar a população não conseguem desempenhar.

A reação contrária da população às decisões judiciais que tem como intuito favorecer o direito das maiorias silenciosas – contramajoritária – leva ao conflito do povo contra ele mesmo. Para Barroso (2011, p. 267) é adequado que o envolvimento e a atuação da população influenciem as resoluções da justiça, contanto que seja dentro de limites. É claro que uma decisão judicial não deve ser julgada com base em pesquisa de opinião pública, não obstante, isso não minimiza a relevância que a atuação do Judiciário tem, havendo de ser compreendido, respeitado e acatado pela comunidade. A opinião da população é um fator extrajurídico importante no procedimento para a adoção de decisões por juízes e tribunais, contudo, não é o único. Além disso, não é simples a função de compreender e aplicar o desejo da opinião pública fielmente.

Portanto, com intuito de manter a aceitação e o prestígio popular, para que decisões judiciais não sejam inferiorizadas e superadas por possíveis efeitos colaterais da vontade majoritária, tais como a criação de novas leis ou emendas à Constituição que contrariem aquela decisão judicial, os ministros do STF tem de agir de maneira estratégica, não se distanciando muito dos interesses e preferências da população majoritária (NOVELINO, 2015, p. 247), isto é, a opinião pública tem influência nas decisões judiciais, o que de fato pode representar um retrocesso para a

⁴ Nos Estados Unidos os partidos conservadores são denominados de republicanos, enquanto os mais liberais são denominados de democratas.

proeminência da Constituição, bem como para os direitos fundamentais da população contramajoritária.

4. Efeito *Backlash*: União Estável Homoafetiva (ADI 4.277 e ADPF 132/RJ) Vs. Estatuto da Família (PL-6583/2013)

Em maio de 2011 os ministros do Supremo Tribunal Federal julgaram a Ação Direta de Inconstitucionalidade de número 4.277/DF e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de número 132/RJ, reconhecendo a união estável entre pessoas do mesmo sexo

O ministro Ayres Britto, relator do caso, citou em seu voto a frase de Max Scheler que diz “O ser humano, antes de um ser pensante ou volitivo, é um ser amante”. O ministro defendeu que assim como o indivíduo que se considera heterossexual e se satisfaz com sua relação heterossexual, assim também o sujeito que se considera homoafetivo tem o direito de se realizar em sua relação com outro indivíduo do mesmo sexo. Ele rebateu a questão do preconceito, afirmando que, quando a preferência sexual do outro foge do padrão social da heterossexualidade, causa incômodo às pessoas que gozam de postura conservadora.

Luiz Fux, ao votar favorável à união estável de pessoas do mesmo sexo, afirmou que o que faz a família não é uma mera afeição entre as pessoas, mas sim o amor, o verdadeiro amor familiar, que instaura relações de afeto, a comunhão entre os indivíduos que projetam uma vida permanente e duradoura em comum e a identidade, quando os integrantes daquele grupo familiar sabem que existe um vínculo rígido que os unem e os identificam.

O que parecia uma ascendência para o fortalecimento da democracia brasileira, na medida em que o grupo minoritário conquistou esse importante direito, gerou um efeito surpreendente. Conforme já afirmado, em 2011 foi realizada pelo IBOPE uma pesquisa de opinião pública sobre as uniões estáveis homoafetivas e 55% da população se posicionou contra.

Em 2013, foi elaborado o Projeto de Lei (PL) n. 6583, que cria o Estatuto da Família. Tal Projeto reconhece a família como “o núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

É notório que o Projeto de Lei criado pelo deputado Anderson Ferreira exclui a possibilidade de pessoas do mesmo sexo formarem uma família (pelo menos formalmente), já que o texto desse PL deixa claro que família é formado por um homem e uma mulher. Para o idealizador do projeto, o Estatuto serve para respaldar o que a Constituição já enfatiza em seu art. 226, §3º: para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

O Estatuto da Família é, na realidade, um exemplo nítido do efeito *backlash*, já que tenta reagir à decisão judicial tomada pelo STF. O problema do *backlash* não é apenas o preconceito e a discriminação causados pelas reações conservadoras, mas também, o impacto que ele causa no âmbito do Direito, pois, afinal, opiniões, dogmas e posicionamentos todos tem o direito de ter, o problema é quando esses ideais causam impactos que podem restringir direitos de grupos minoritários, apenas para beneficiar indivíduos com discursos retrógrados inflamados de intolerância, e tudo para enaltecer o anacrônico ditado: em nome da moral e dos bons costumes.

Considerações Finais

Conforme já afirmado, as mutações constitucionais são inevitáveis e decorrem da necessidade da Constituição se adequar às novas demandas sociais. Como “organismo vivo” não pode (e nem deve) ser estanque. Imutabilidade não é sinônimo de estabilidade. Aliás, é justamente em prol da necessidade de estabilidade democrática e institucional que as constituições são alteradas.

Além do meio formal de alteração constitucional, por meio das emendas promulgadas pelo Congresso Nacional, destaca-se a possibilidade das mutações informais ou, simplesmente, mutações constitucionais. Trata-se da alteração na interpretação do texto, sem alterá-lo literalmente, a fim de que a Lei Maior possa se adequar à dinâmica da realidade social.

Nesse artigo, buscou-se discutir os limites das mutações constitucionais e realizar a análise de duas questões relevantes sobre o tema: a existência de mutações constitucionais inconstitucionais e o surgimento do efeito *backlash*.

O primeiro acontece quando a alteração informal atinge e contraria o próprio sentido originário do texto. O segundo, por sua vez, se verifica na medida em que há uma reação política a certas decisões judiciais de vanguarda.

O efeito *backlash* traz consequências reais, não é, portanto, “um mero processo de medição de forças, em que os juízes disputam com os políticos a prerrogativa de dar a “última palavra” sobre questões sensíveis” (MARMELSTEIN, 2015). No fim, é preciso entender que a “briga de egos” entre o Judiciário e o Legislativo – que é o que sustenta o óbice aqui abordado – e entre o direito e a política, em razão do puro prestígio popular majoritário, afronta de forma direta a própria democracia, na medida em que grupos minoritários estão sendo prejudicados e a interpretação da Constituição padece em razão da insegurança e da instabilidade geradas pelo efeito *backlash*.

Há de se ressaltar o seguinte: se, de um lado, a atuação proeminente do Judiciário pode ser um dos fatores que ocasionam o efeito *backlash* (não o único, conforme já afirmado); de outro lado, pode também garantir importantes direitos fundamentais a esses grupos, inclusive

fortalecendo a sua articulação política para o reconhecimento de mais direitos. Assim, há uma linha tênue entre os impactos negativos e os impactos positivos das mutações nesse contexto.

A conciliação entre o exercício democrático e a Constituição é um dos maiores desafios contemporâneos. Para que aconteça, torna-se necessário enfrentar essas questões. As mutações devem acontecer prioritariamente por meio das emendas, a partir de debates entre grupos de pressão e a sociedade em geral. Os limites de atuação do Judiciário (e do STF) devem ser pauta das discussões jurídicas e políticas, pois as consequências das mutações constitucionais inconstitucionais e do efeito *backlash* podem levar a uma situação não só de insegurança jurídica, mas de total esfacelamento constitucional.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: **As novas faces do ativismo judicial**. FELLET, André L. F.; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. Salvador: Juspodivm, 2011.

_____. Grandes transformações do direito contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy. In: **Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito**. ALEXY, Robert et al. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1988.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82959. Relator: Marco Aurélio. Brasília, DF, 23 de fevereiro de 2006. **Diário Oficial da União**. São Paulo, 01 set. 2006. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/761705/habeas-corpus-hc-82959-sp#!>>. Acesso em: 02 jun. 2017.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

ESTADÃO. **Confiança no Judiciário é de 29%**. 2016. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/confianca-no-judiciario-e-de-apenas-29-da-populacao-diz-fgv/>>. Acesso em: 07 ago. 2017.

HELLER, Herman. **Teoria do Estado**. Trad. Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

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

KLARMAN, Michael. Courts, Social Change, and Political Backlash. In: **Hart Lecture at Georgetown Law Center**, March 31, 2011 – Speaker’s Notes. Disponível em: <<http://tinyurl.com/bz4cwqk>>. Acesso em: 08 ago. 2017.

La Gandhi Argentina. Editorial, ano 2, n. 3, nov. 1998.

MALUF, André Luiz; BARCELLOS, Renato. **Prerrogativa do chefe do Executivo de não aplicar lei inconstitucional**. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jan-27/prerrogativa-chefe-executivo-nao-aplicar-lei-inconstitucional>>. Acesso em: 20 maio 2017.

MARMELSTEIN, George. **Efeito backlash da Jurisdição constitucional**: reações políticas à atuação judicial. 2015. Disponível em: <<https://direitosfundamentais.net/2015/09/05/efeito-backlash-da-jurisdicao-constitucional-reacoes-politicas-a-atuacao-judicial/>>. Acesso em: 08 ago. 2017.

MAUS, Ingebourg. O Judiciário como superego da sociedade. **Novos Estudos**, Ano 2000, n. 58, nov/2000, p. 183-202.

NOVELINO, Marcelo. O STF e a opinião pública. In: **Jurisdição Constitucional e Política**.

SARMENTO, Daniel Antônio de Moraes (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. **O Inquietante fenômeno da mutação constitucional**. Revista de doutrina e jurisprudência. Ano 2007, n. 84, maio/ago, p. 15-31.

SANTOS, Bruna Izídio de Castro. **O Princípio Contramajoritário como característica do Controle de Constitucionalidade**. 2011. 76 f. Monografia (Graduação em Direito). Faculdade de Direito das faculdades integradas Antônio Eufrásio de Toledo.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SUNSTEIN, Cass. **One Case at a Time**: Judicial Minimalism on the Supreme Court. Harvard: Harvard University Press, 1999.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **A Nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional**. Revista da Procuradoria Geral do Município de Fortaleza. Ano 2007, v. 15, n. 15, páginas 71-102..

Enviado em: 18.10.2017

Aprovado em: 24.04.2018