



Brasília | ano 54 | nº 214
abril/junho – 2017

***Backlash* às decisões do Supremo Tribunal Federal sobre união homoafetiva**

MARIANA BARSAGLIA PIMENTEL

Resumo: A ampliação do espaço institucional do Poder Judiciário, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, desencadeou um engajamento da população quanto ao que vem sendo decidido nas instâncias jurisdicionais. Surge, nesse cenário, a possibilidade de reações sociais e institucionais negativas às decisões que interpretam o texto constitucional, às quais a teoria constitucional deu o nome de *backlash*. Com base na leitura que o Constitucionalismo Democrático faz do *backlash*, o presente artigo pretende analisar como a população brasileira reagiu à decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI nº 4.277 e na ADPF nº 132, na qual se reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar. Visa-se demonstrar que as respostas negativas da sociedade, muito embora possam trazer consequências indesejadas, não constituem uma ameaça ao jogo democrático, expressando o dissenso em um contexto marcado pelo pluralismo.

Palavras-chave: *Backlash*. Constitucionalismo Democrático. Supremo Tribunal Federal. União homoafetiva.

1. Introdução

A expansão da atuação do Poder Judiciário no Brasil depois da promulgação da Constituição Federal de 1988, principalmente do Supremo Tribunal Federal, que vem resolvendo cada vez mais questões sociais, políticas e morais, potencializou o engajamento da população quanto ao que vem sendo decidido nas cortes.

Muitas decisões proferidas pelo Poder Judiciário – como é de se esperar em um contexto plural como o do Brasil – causam reações negativas por parte da população. A essa resposta contrária da sociedade às decisões

Recebido em 18/1/17
Aprovado em 20/2/17

proferidas pelos órgãos do Judiciário, em específico àquelas em que se interpreta a Constituição, a teoria constitucional deu o nome de *backlash*.

Inserido no contexto do denominado Constitucionalismo Democrático, o fenômeno *backlash* é visto como uma ferramenta de ampliação da legitimidade democrática do sistema jurídico, na medida em que representa a possibilidade de participação do povo na leitura dos significados do texto constitucional.

E é exatamente com base nessa leitura que o presente trabalho visa analisar o *backlash* à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4277 (BRASIL, 2011a) e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132 (BRASIL, 2011b), na qual se reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, com todos os direitos e deveres que emanam da união estável entre homem e mulher, consagrados no art. 226, § 3º da Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB (BRASIL, 1988), e no art. 1.723 do Código Civil (BRASIL, 2002).

Para tanto, na seção 2, aponta-se a ampliação do espaço institucional do Poder Judiciário no Brasil, evidenciando a atuação do Supremo Tribunal Federal frente a temas que interessam à população brasileira como um todo. Na seção 3, apresenta-se o conceito do fenômeno *backlash*, com base na leitura feita pelo Constitucionalismo Democrático, utilizando-se como marco teórico Robert Post e Reva Siegel. Na seção 4, examina-se a histórica decisão da Suprema Corte sobre a união homoafetiva, bem como as reações negativas a essa decisão, que surgiram em todos os espaços da sociedade. Finalmente, na seção 5, demonstra-se que o *backlash* pode ser visto como um mal por alguns filósofos da teoria constitucional (e que deve ser evitado), concluindo-se, contudo, que essas reações negativas integram o jogo democrático, não podendo sobrepor-se ao dever do Poder Judiciário de assegurar o direito das minorias. Por derradeiro, após a ponderação das consequências do *backlash* especificamente no contexto da decisão da Suprema Corte que reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, sugere-se a ideia de *backlash* como parte do diálogo constitucional que deve ter lugar nas sociedades democráticas, traduzindo um dissenso que, a par de trazer alguns prejuízos, é inevitável e maximiza a legitimidade da democracia.

2. A ampliação do espaço institucional do Poder Judiciário no Brasil

Passados quase 30 anos da vigência da Constituição Federal de 1988, torna-se inegável a afirmação de que o Poder Judiciário vem ga-

nhando cada vez mais espaço no cenário institucional brasileiro, tanto seu órgão de cúpula, revestido de competência para a proteção da Constituição, quanto suas demais estruturas, na aplicação difusa de um Texto Fundamental que, por seu caráter analítico, se comunica com vários planos da vida cotidiana (VALLE, 2013).

O Supremo Tribunal Federal tem papel de destaque nessa estrutura, respondendo por grande parte das questões morais, sociais e políticas que interessam a todos os cidadãos brasileiros. Para Katya Kozicki e Eduardo Borges Araújo, no artigo intitulado “Um contraponto fraco a um modelo forte: o Supremo Tribunal Federal, a última palavra e o diálogo”,

O desenho institucional traçado pela Constituição de 1988 reserva ao Supremo Tribunal Federal a “última palavra” no circuito decisório formal, que compreenderia os procedimentos de deliberação e de decisão previstos pela Constituição (MENDES, 2010, p. 217). Em razão dessa circunstância, a arena jurídica é palco de resolução de questões moral, social e politicamente relevantes, devido a uma transferência de poder ao Judiciário, hoje autorizado a decidir questões que estavam fora das suas competências. Inserida no processo mundial de adoção ou de revisão de constituições que adotam cartas de direito e revisão judicial (HIRSCHL, 2004, p. 1), a Constituição de 1988 promove transferências de poder das instituições representativas a órgãos judiciários (ARAÚJO; KOZICKI, 2015, p. 114-115).

A par das críticas que podem ser feitas à Suprema Corte¹ e ao Poder Judiciário como um todo, fato é que atualmente não há como o Estado Democrático de Direito ser dissociado de um Poder Judiciário presente e atuante.

Segundo o Professor Clemerson Merlin Clève,

É preciso considerar, entretanto, que democracia não significa simplesmente governo da maioria. Afinal a minoria de hoje pode ser a maioria de amanhã, e o guardião desta dinâmica majoritária/contramajoritária, em última instância, é, entre nós, o próprio Poder Judiciário que age como uma espécie de delegado do Poder Constituinte. Ou seja, a democracia não repele, ao contrário, reclama a atuação do judiciário nesse campo (CLÉVE, 2006, p. 35).

No mesmo diapasão, Streck (2007) observa, hodiernamente, uma tendência para uma maior atuação do Poder Judiciário, uma vez que em seu entendimento, sob o prisma do Estado Democrático de Direito,

¹ Ressalta-se, aqui, a contundente crítica feita no mencionado artigo de Kozicki e Araujo (2015, p. 114), que coloca o Supremo Tribunal Federal “entre a retórica do Guardião entrincheirado e a prática do Guardião acanhado”.

aquele deveria atuar com independência e mais fortemente como forma de efetivar direitos fundamentais.

Nesse contexto, as questões de reflexão atuais versam menos sobre se o Poder Judiciário deve exercer papel significativo dentro do funcionamento dos três poderes e se deslocam para *como* a atuação do Poder Judiciário deve ser desenvolvida na coordenação do convívio da sociedade brasileira, principalmente por meio do Supremo Tribunal Federal, “que com a reivindicada condição de detentor da última palavra quanto ao sentido constitucional, tem maior capacidade de interferência no exercício do jogo ordinário político” (VALLE, 2013, p. 3).

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

Há, contudo, um novo elemento que merece ser destacado e que surge com a maior visibilidade do Poder Judiciário brasileiro, que seria a possibilidade do despertar de reações populares mais significativas, acompanhadas (ou não) por instâncias políticas, às decisões judiciais (VALLE, 2013). De acordo com Vanice Regina Lírio do Valle,

O fenômeno da reação social ou institucional a uma decisão originária do Tribunal Constitucional não é novo no cenário internacional e tem merecido especial atenção na elaboração doutrinária americana dedicada ao estudo do fenômeno que ali se identifica como *backlash* (VALLE, 2013, p. 4).

O fenômeno do denominado *backlash*, associado a recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, servirá de pano de fundo aos próximos tópicos deste trabalho.

3. Constitucionalismo democrático e *backlash*

Antes de abordar, especificamente, os aspectos teóricos do fenômeno *backlash*, importante é que se faça uma breve incursão no chamado Constitucionalismo Democrático.

Em contraposição ao Constitucionalismo Popular, teoria que preconiza que as decisões concernentes às Constituições devem ser tomadas apenas pelo povo, e não mais pelo Poder Judiciário (KRAMER, 2007) e, também, ao Minimalismo Judicial, de acordo com o qual as cortes não deveriam decidir questões “desnecessárias” na resolução de

um caso concreto, limitando-se a respeitar seus próprios precedentes e exercer “virtudes passivas”², o Constitucionalismo Democrático legitima a atuação do Poder Judiciário por meio da utilização de princípios constitucionais de abertura argumentativa no processo de interpretação constitucional, de modo a potencializar o engajamento político expresso em termos de interações entre as cortes e a sociedade em geral (BUNCHAFT, 2011).

Robert Post e Reva Siegel, ambos professores da *Yale Law School*, no texto “Democratic Constitutionalism and Backlash”, afirmam que

O Constitucionalismo Democrático afirma o papel do governo representativo e dos cidadãos mobilizados na garantia da Constituição, ao mesmo tempo em que afirma o papel das Cortes na utilização de um raciocínio técnico-jurídico para interpretar a Constituição. Diferentemente do Constitucionalismo Popular, o constitucionalismo democrático não procura retirar a Constituição das Cortes. Constitucionalismo Democrático reconhece o papel essencial dos direitos constitucionais judicialmente garantidos na sociedade americana. Diferentemente do foco juricêntrico nas Cortes, o Constitucionalismo Democrático aprecia o papel essencial que o engajamento público desempenha na construção e legitimação das instituições e práticas do judicial *review* (POST; SIEGEL, 2007, p. 379, tradução nossa).

Para os autores, a premissa do Constitucionalismo Democrático reside justamente no fato de que a autoridade da Constituição depende de sua legitimidade democrática, o que se dá no momento em que os cidadãos reconhecem a Constituição como a *sua* Constituição. Essa crença, para Robert Post e Reva Siegel, é sustentada por tradições de engajamento popular, que autorizam os cidadãos a não só interpretar a Constituição, como também a se opor a quem quer que a esteja desrespeitando (POST; SIEGEL, 2007).

Dentro do Constitucionalismo Democrático, fortemente marcado pelo pluralismo de posicionamentos políticos e pela possibilidade de debate acerca da interpretação da Constituição (como tem acontecido no Brasil hodiernamente), torna-se inquestionável que as manifestações e/ou reações populares contrárias a certa interpretação constitucional feita pelo Poder Judiciário engrandecem a legitimidade do sistema jurídico (KOZICKI, 2015).

Considerando que é dada ao povo a abertura necessária para o debate acerca de como a Constituição deve ser aplicada, nada mais razoável e esperado do que haver discordâncias da posição adotada pelo Poder Judiciário naquelas decisões em que se interpreta a Magna Carta.

²Defendido, principalmente, por Sustain (1999).

A essas reações populares “negativas” mais significativas, a teoria constitucional deu o nome de *backlash*. O termo, então, pode ser entendido como a contraforça que surge, no seio da sociedade, ante decisões do Poder Judiciário que interpretam a Constituição. Conforme leciona Katya Kozicki,

O termo *backlash* pode ser traduzido como reação, resposta contrária, repercussão. Dentro da teoria constitucional, vem sendo concebido como a reação contrária e contundente a decisões judiciais que buscam outorgar sentido às normas constitucionais. Seriam, então, reações que acontecem desde a sociedade e questionam a interpretação da Constituição realizada no âmbito do Poder Judiciário. No Brasil, penso ser o caso, especialmente, das reações populares às decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas em sede de controle concentrado/abstrato de constitucionalidade. O engajamento popular na discussão de questões constitucionais não apenas é legítimo dentro dessa perspectiva, mas pode contribuir, também, para o próprio fortalecimento do princípio democrático (KOZICKI, 2015, p. 194).

O fenômeno do *backlash* não é novidade no cenário internacional e tem merecido especial aprofundamento na doutrina americana. Na história dos Estados Unidos, despontam reações de toda ordem havidas em decorrência do julgamento dos conhecidos casos *Brown v. Board of Education*³ e *Roe v. Wade*⁴, que provocaram intensa discussão acerca do poder da Suprema Corte de dar respostas a questões de ordem social e institucional tão caras à população.

Neste ponto, esclarece-se que o conceito de *backlash* não se associa com erro ou acerto da decisão objeto da reação. Não há, por assim dizer, um liame inexorável entre a reação social e a correção da decisão. Nesse sentido,

É de Krieger (2001, p.1-76) a explicitação de que o *backlash* resulta de uma relação entre um regime legal instituído para promover uma mudança social, e o sistema de normas e práticas consolidadas destinatário dessa nova disciplina normativa. O *backlash* tende a emergir quando a aplicação de um regime legal transformativo gera resultados que divirjam visceralmente da normatização já consagrada ou de instituições em relação às quais segmentos influentes da população mantenham uma consciente e significativa fidelidade normativa. [...] Está-se então no plano puro e simples da manifestação do dissenso a uma alteração brusca do *status quo* – sem que se possa afirmar aprioristicamente que

³ Nesse caso, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu ser inconstitucional a divisão racial entre estudantes brancos e negros em escolas públicas do país.

⁴ Nesse caso, a Suprema Corte decidiu que a mulher, amparada pelo direito à privacidade e pela cláusula do devido processo legal da “Décima Quarta Emenda”, detém o poder de decidir, por si só, acerca da continuidade ou da interrupção da sua gravidez.

essa divergência seja em si boa ou ruim; o que ela expressa é em princípio, o descontentamento com a solução. A reação à mudança brusca – e em síntese é disso que se cuida quando se alude a *backlash* – só pode receber signo valorativo quando se tem uma avaliação sobre a bondade ou maldade do regime anterior (superado pela decisão) que funcione como elemento de orientação quanto à pertinência da mudança em si (VALLE, 2013, p. 9).

É exatamente em razão dessa alteração na ordem das coisas que, muitas vezes, existem reações negativas àquelas decisões do Judiciário, principalmente as proferidas pela Suprema Corte, que interpretam a Constituição de modo a ampliar e reconhecer o direito das minorias.

Fixado o conceito de *backlash* e pontuado que não se trata apenas de reações negativas a “decisões ruins”, passa-se à análise desse fenômeno da teoria constitucional no contexto das uniões homoafetivas.

4. A união homoafetiva e a reação popular às decisões do Supremo quanto ao tema

O reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, digna de proteção e regulamentação, integrou a luta do movimento LGBT e de uma parcela da população durante muitos anos.

No Brasil, as relações homoafetivas vinham sendo chanceladas, diariamente, pelos Tribunais Estaduais e pelos magistrados de primeiro grau, mediante a concessão de diversos direitos a parceiros homossexuais, como a partilha de bens, a pensão por morte, a condição de dependente em planos de saúde, entre outros.

A doutrina nacional há muito tempo defendia que a previsão do art. 226 da Constituição Federal⁵ seria meramente exemplificativa, pois “não se pode deixar de reconhecer que há relacionamentos que, mesmo sem a diversidade de sexos, atendem a tais requisitos. Têm origem em um vínculo afetivo, devendo ser identificados como entidade familiar a merecer a tutela legal” (DIAS, 2010, p. 193).

⁵“Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 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. § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações” (BRASIL, 1988).

Finalmente, no ano de 2011, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4277 (BRASIL, 2011a) e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132 (BRASIL, 2011b), proferiu decisão histórica, na qual reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, com todos os direitos e deveres que emanam da união estável entre homem e mulher, consagrados no art. 226, § 3º, da CRFB e no art. 1.723 do Código Civil⁶.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4277 foi protocolada na corte inicialmente como ADPF nº 178. A ação buscou a declaração de reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Visava, também, que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis fossem estendidos aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo.

Já na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132, o governo do Estado do Rio de Janeiro (RJ) alegou que o não reconhecimento da união homoafetiva contraria preceitos fundamentais como igualdade, liberdade (da qual decorre a autonomia da vontade) e o princípio da dignidade da pessoa humana, todos da Constituição Federal. Com esse argumento, pediu que a Suprema Corte aplicasse o regime jurídico das uniões estáveis, previsto no art. 1.723 do Código Civil, às uniões homoafetivas de funcionários públicos civis do Rio de Janeiro.

⁶“Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. § 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente. § 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável” (BRASIL, 2002).

Seguido pelos demais Ministros do Supremo, o Ministro Relator das ações, Ayres Britto, votou no sentido de interpretar a norma do art. 1.723 do Código Civil Brasileiro conforme a Constituição Federal de 1988, a fim de excluir qualquer significado do dispositivo legal que pudesse impedir que a união entre pessoas do mesmo sexo fosse reconhecida como entidade familiar:

O sexo das pessoas, salvo expressa disposição constitucional em contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. É como dizer: o que se tem no dispositivo constitucional aqui reproduzido em nota de rodapé (inciso IV do art. 3º) é a explícita vedação de tratamento discriminatório ou preconceituoso em razão do sexo dos seres humanos. Tratamento discriminatório ou desigualitário sem causa que, se intentado pelo comum das pessoas ou pelo próprio Estado, passa a colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos” (este o explícito objetivo que se lê no inciso em foco). [...] Óbvio que, nessa altaneira posição de direito fundamental e bem de personalidade, a preferência sexual se põe como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana” (inciso III do art. 1º da CF), e, assim, poderoso fator de afirmação e elevação pessoal. A teor do § 1º do art. 5º da nossa Lei Maior [...] se deduz que a liberdade sexual do ser humano somente deixaria de se inscrever no âmbito de incidência desses últimos dispositivos constitucionais (inciso X e § 1º do art. 5º), se houvesse enunciação igualmente constitucional em sentido diverso. Coisa que não existe. [...] Pelo que dou ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme a Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida esta como sinônimo perfeito de “família”. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva (BRASIL, 2011b, p. 24).

Essa decisão do Supremo Tribunal Federal, muito embora tenha agradado a uma parcela da população, principalmente àqueles que defendem o direito de igualdade no tratamento da comunidade LGBT, desencadeou reações contrárias, que aconteceram em diferentes espaços da sociedade.

Entre essas reações negativas (feito *backlash*), menciona-se, em primeiro lugar, na esfera política, o crescimento de vozes favoráveis ao chamado Estatuto da Família, que pretende excluir as relações homoafetivas da proteção estatal.

O Estatuto da Família é um projeto de lei (PL 6583/13) ainda em trâmite no Congresso Nacional, que propõe regras jurídicas para definir quais grupos podem ser considerados como entidade familiar perante a lei. Nos termos do art. 2º do Estatuto da Família: “Para os fins desta Lei, define-se entidade familiar 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” (BRASIL, 2013a).

O apoio ao projeto de lei, ressaltou-se, não se restringe aos membros do Congresso Nacional. A Câmara dos Deputados realizou uma enquete em seu sítio eletrônico, criada em fevereiro de 2014 e encerrada em agosto de 2015, na qual questionava: “Você concorda com a definição de família como núcleo formado a partir da união entre homem e mulher, prevista no projeto que cria o Estatuto da Família?”. Ao ser finalizada, a enquete registrou 5,3 milhões de votos contrários à proposta, isto é, 51,6%. Os votos a favor da proposta somaram 4,9 milhões, ou seja, 48,09%.

Outras pesquisas feitas recentemente demonstram que muitos brasileiros não aprovam a união homoafetiva. Segundo a pesquisa

realizada no ano de 2015, pela *Hello Research*, agência de pesquisa de mercado e inteligência, quase a metade da população brasileira é contra o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Das pessoas que foram ouvidas, 21% declararam serem indiferentes ao tema e 30% totalmente a favor do casamento homossexual (BARBOSA, 2015).

Nas redes sociais também é possível verificar a forte reação negativa à decisão do Supremo Tribunal Federal, que reconheceu o direito dos casais homossexuais. Não são raras as publicações que negam veementemente o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar. Vislumbra-se, também, um forte apoio a políticos extremamente conservadores que defendem abertamente que o conceito de família se restringe à união entre um homem e uma mulher.

Não só por meio de seus computadores, todavia, as pessoas expressaram a sua insatisfação com a decisão da ADPF nº 132/RJ e da ADI nº 4.277/DF (BRASIL, 2011a, 2011b) e com o reconhecimento, em geral, de direitos à comunidade LGBT. Muitos brasileiros foram (e continuam indo) às ruas protestar contra o movimento LGBT, o governo federal e o Poder Judiciário, em razão do tratamento juridicamente igualitário atualmente dado aos casais homossexuais⁷.

Essas reações da sociedade brasileira demonstram o desapontamento da população com a equiparação da união homoafetiva com a união heterossexual, que se concretizou com a decisão da Suprema Corte. Contudo, como será visto a seguir, essa reação social negativa faz parte do jogo democrático, não constituindo uma ameaça ao seu funcionamento.

⁷ Tem-se, como exemplo, o protesto liderado por Silas Malafaia no ano de 2013, do qual aproximadamente 40 mil pessoas participaram (BRESCIANI, 2013).

5. O *backlash* como um “mal” necessário

Como visto, a postura liberal do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF nº 132/RJ e na ADI nº 4.277/DF causou reações negativas da sociedade, com uma forte ascensão do conservadorismo no que concerne ao tema das uniões homoafetivas. Segundo George Marmelstein Lima, “a mudança jurídica decorrente da decisão judicial obriga que os conservadores explicitem seus pontos de vista claramente e, nesse processo, um sentimento de intolerância que até então era encoberto pela conveniência do *status quo* opressivo tende a surgir de modo menos dissimulado” (LIMA, 2015, p. 1).

O *backlash* à decisão da Suprema Corte não se restringiu ao mero inconformismo da população, por meio de discursos de intolerância, mas desencadeou, também, a atuação do Poder Legislativo, por intermédio do mencionado Estatuto da Família (PL 6583/13). Abriu-se espaço, por assim dizer, a uma eventual vitória dos políticos conservadores, com a possibilidade de aprovação de uma lei que visa piorar a situação dos casais homossexuais⁸.

O “mal” causado pelo *backlash*, consistente no fortalecimento de correntes políticas contrárias à decisão, levou muitos pesquisadores a afirmarem que esse fenômeno mais obstaculiza do que promove os direitos protegidos pelas Cortes Constitucionais. Segundo Robert Post e Reva Siegel,

Uma das muitas razões para essa resistência é que os progressistas passaram a ter medo de que uma decisão judicial possa causar

uma reação política e cultural que mais prejudique do que promova os valores progressistas. Uma geração atrás, progressistas responderam a um violento *backlash* contra *Brown v. Board of Education*, tentando desenvolver princípios de teoria constitucional que ajudariam a justificar decisões que causam controvérsia. Hoje, há muitos progressistas que perderam as esperanças nesse projeto. Eles temem que decisões judiciais causem *backlash* do tipo que eles atribuem ao caso *Roe v. Wade*, o qual acreditam que desencadearam o Novo Direito. Perplexos com a ferocidade do contra-ataque dos conservadores, os progressistas concluíram que a melhor tática é não agir quando há possibilidade de ressentimentos por parte da população (POST; SIEGEL, 2007, p. 373-374, tradução nossa).

Sustein (1999), nesse sentido, ressalva a possibilidade de o ativismo judicial potencializar a articulação de forças políticas contrapostas ao sentido da decisão. De acordo com o autor, “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 do objetivo que ela procura promover” (SUSTEIN, 1999, p. 59, tradução nossa).

Post e Siegel (2007) argumentam que, embora esses “custos” do *backlash* sejam inevitáveis, o Constitucionalismo Democrático identifica certos benefícios dessa reação social. Para os autores, o *backlash* pode promover a solidariedade constitucional e revigorar a legitimidade democrática da interpretação constitucional.

De fato, “a divergência expressa no ambiente democrático veicula um ponto de vista que não foi considerado, [...] este é um elemento que necessariamente enriquece a discussão sobre o efetivo acerto da decisão havida em *judicial review*” (VALLE, 2013, p. 16).

No caso específico do reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar,

⁸ Adverte-se, aqui, que, muito embora exista a possibilidade de que o Estatuto da Família vire lei, o Supremo Tribunal Federal detém a competência para, eventualmente, declarar essa norma inconstitucional.

não há como negar que a decisão do Supremo Tribunal Federal, ainda que tenha causado diversas controvérsias, foi fundamental para a promoção do direito à igualdade das pessoas da comunidade LGBT.

Em outras palavras, sem a decisão judicial, dificilmente se conseguiria a necessária mobilização social para que a situação fosse abertamente discutida, uma vez que há um déficit de representação de determinadas minorias nas instâncias deliberativas, o que, em muitas situações, demanda uma expansão da atuação judicial.

Há que se ressaltar, outrossim, que a decisão do Supremo não causou apenas reações negativas por parte da população e dos órgãos institucionais. Pelo contrário, ela contribuiu para que direitos dos casais homossexuais fossem ampliados.

É o que se deu, por exemplo, através da Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013, do Conselho Nacional de Justiça, que estabeleceu a proibição aos cartórios brasileiros de se recusarem a realizar a habilitação, a celebração de casamento civil ou a conversão de união estável em casamento entre as pessoas do mesmo sexo.⁹

O que se denota é que a recusa dos cartórios em fazer valer a decisão da Suprema Corte levou o CNJ a garantir a efetivação dos direitos assegurados pela Constituição Federal.

A abertura do espaço de discussão quanto às decisões de interpretação constitucional feita pelo Poder Judiciário (premissa do Constitucionalismo Democrático) e os conflitos sobre determinados significados constitucionais no seio da sociedade, nesse contexto,

⁹“Art. 1º. É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre as pessoas do mesmo sexo. Art. 2º A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis.” (BRASIL, 2013b)

inserir-se dentro de um cenário de normalidade de uma cultura constitucional, não representando, por si só, um risco à democracia.

O dissenso faz parte dos valores da sociedade e nunca deixará de existir. Desse modo, o receio de uma contraforça às decisões judiciais que interpretam a Constituição não pode sobrepor-se ao dever do Poder Judiciário de garantir direitos de minorias, *a fortiori* porque as instâncias deliberativas do Poder Legislativo não são capazes de fazê-lo.

6. Conclusão

O Direito, como fundamento de ordem social, assume caráter de força propulsora quando visa proporcionar, por via principal aos indivíduos e por via de consequência à sociedade, o meio favorável ao seu aperfeiçoamento. A constante evolução da sociedade se reflete de maneira significativa no campo do Direito, em especial no âmbito da teoria constitucional, responsável por analisar, entre outras questões, a atuação do Poder Judiciário na guarda da Constituição.

É no Supremo Tribunal Federal que se localiza a última etapa do circuito decisório delineado pela Constituição Federal de 1988, resultado de um processo de concentração das funções de controle de constitucionalidade em torno do Poder Judiciário, principalmente em seu órgão de cúpula.

Essa atuação da Suprema Corte na interpretação da Constituição, como visto, tem o condão de desencadear reações e respostas negativas por parte da sociedade, denominadas pela doutrina *backlash*.

No contexto da decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF nº 132 e da ADI nº 4.277, que trata do reconhecimento de direitos a indivíduos que vivem em

união homoafetiva, houve, por parte da sociedade e de alguns órgãos institucionais, uma intensa reação negativa, que levou não só a protestos e discursos de intolerância, mas também a respostas no âmbito do Poder Legislativo.

O *backlash* à referida decisão, muito embora possa trazer consequências indesejáveis, com um possível retrocesso dos direitos dessa minoria em específico – caso seja aprovado o Estatuto da Família, por exemplo –, não é capaz de desconstituir os benefícios que a decisão do Supremo trouxe à comunidade LGBT.

Somente a partir da decisão da Suprema Corte é que os casais homossexuais passaram a ter “automaticamente” reconhecidos direitos assegurados aos casais heterossexuais em união estável. Se dependessem do Poder Legislativo para tanto, presume-se que jamais teriam a representatividade necessária para discutir abertamente o problema.

A divergência por parte da população, nesse aspecto, não deve ser vista com receio a ponto de se defender que o Judiciário não deva proferir decisões que garantam direitos das minorias. Muito pelo contrário, o dissenso integra o jogo democrático e legitima as decisões proferidas pelos órgãos do Poder Judiciário, na medida em que permite que o povo faça a sua própria interpretação da Constituição.

O dever do Poder Judiciário de atuar de modo a interpretar a Constituição, assegurando os direitos fundamentais ali previstos, portanto, sobrepõe-se a uma possível reação negativa, que faz parte da normalidade em um contexto de diálogo entre as Cortes e a sociedade em geral.

Sobre a autora

Mariana Barsaglia Pimentel é mestranda em Direito das Relações Sociais pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, PR, Brasil; advogada atuante no escritório Medina & Guimarães Advogados Associados, Curitiba, PR, Brasil.

E-mail: maaribpimentel@gmail.com

Título, resumo e palavras-chave em inglês¹⁰

BACKLASH TO THE SUPREME FEDERAL COURT DECISIONS ABOUT HOMOSEXUAL RELATIONSHIP

¹⁰ Sem revisão do editor.

ABSTRACT: The expansion of judiciary's institutional space, after the promulgation of the constitution, set off an engagement of the population about the decisions issued by the courts and the judges in general. Arises, in this context, the possibility of social and institutional negative responses to decisions that interpret the constitution, which the constitutional theory named *backlash*. Based on the ideas of democratic constitutionalism about the *backlash*, this article aims to analyze how the population reacted to the decision of the supreme federal court, which recognized the homosexual union as a family entity. The aim is to demonstrate that the negative responses of society, even though may bring unintended consequences, are not a threat to the democratic process, expressing dissent in a context marked by pluralism.

KEYWORDS: BACKLASH. DEMOCRATIC CONSTITUTIONALISM. SUPREME FEDERAL COURT. HOMOSEXUAL RELATIONSHIP.

Como citar este artigo

(ABNT)

PIMENTEL, Mariana Barsaglia. Backlash às decisões do Supremo Tribunal Federal sobre união homoafetiva. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 54, n. 214, p. 189-202, abr./jun. 2017. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p189>.

(APA)

Pimentel, M. B. (2017). Backlash às decisões do Supremo Tribunal Federal sobre união homoafetiva. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 54(214), 189-202. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p189

Referências

ARAÚJO, Eduardo Borges; KOZICKI, Katya. Um contraponto fraco a um modelo forte: o Supremo Tribunal Federal, a última palavra e o diálogo. *Sequência*, Florianópolis, v. 36, n. 71, p. 107-131, 2015. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/seq/n71/2177-7055-seq-71-00107.pdf>>. Acesso em: 9 maio 2017.

BARBOSA, Daniela. Quase metade dos brasileiros é contra casamento gay. *Exame*, 11 maio 2015. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/brasil/quase-50-dos-brasileiros-sao-contra-casamentos-gays/>>. Acesso em: 5 jun. 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, 5 out. 1988.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, 11 de jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 8 maio 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 4.227. Requerente: Procuradoria Geral da República. Relator: Min. Ayres Britto. *Diário da Justiça Eletrônico*, 14 out. 2011a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 8 maio 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 132. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Ayres Britto. *Diário da Justiça Eletrônico*, 14 out. 2011b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 8 maio 2017.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 6.583/2013*. Dispõe sobre o Estatuto da Família e dá outras providências. 16 out. 2013a. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=597005>>. Acesso em: 8 maio 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 175, de 14 de maio de 2013. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. *Diário da Justiça*, 15 maio 2013b. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf>. Acesso em: 8 maio 2017.

BRESCIANI, Eduardo. Em ato contra gays, Silas Malafaia diz que união homoafetiva é crime. *O Estado de S. Paulo*, 5 jun. 2013. Política. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,em-ato-contra-gays-silas-malafaia-diz-que-uniao-homoafetiva-e-crime,1039203>>. Acesso em: 5 jun. 2017.

BUNCHAFT, Maria Eugênia. Constitucionalismo democrático versus minimalismo judicial. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 38, p. 154-180, jan./jun. 2011. Disponível em: <<http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/189/171>>. Acesso em: 9 maio 2017.

CLÈVE, Clemerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 14, n. 54, p. 28-39, jan./mar. 2006.

DIAS, Maria Berenice. Família homoafetiva. In: _____. *Manual de direito das famílias*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 192-206.

KOZICKI, Katya. Backlash: as “reações contrárias” à decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 153. In: SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de et al. (Org.). *O Direito Achado na Rua: introdução crítica à justiça de transição na América Latina*. Brasília: UnB, 2015. v. 7. p. 192-194. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/anistia/anexos/15-12-15-direito-achado-na-rua-vol-7_web-versao-10mb-1.pdf>. Acesso em: 9 maio 2017.

KRAMER, Larry. The interest of the man: James Madison, popular democracy. *Valparaiso University Law Review*, v. 41, n. 2, p. 697-754, 2007. Disponível em: <<http://scholar.valpo.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1174&context=vulr>>. Acesso em: 19 maio 2017.

LIMA, George Marmelstein. *Efeito backlash da jurisdição constitucional: reações políticas à atuação judicial* [online]. 2015. Disponível em: <<https://direitosfundamentais.net/2015/09/05/efeito-backlash-da-jurisdicao-constitucional-reacoes-politicas-a-atuacao-judicial/>>. Acesso em: 9 maio 2017

POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe rage: democratic constitutionalism and the backlash. *Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review*, v. 42, n. 2, p. 373-433, 2007. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=990968>. Acesso em: 9 maio 2017.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SUNSTEIN, Cass. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1999.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Backlash à decisão do Supremo Tribunal Federal: pela naturalização do dissenso como possibilidade democrática* [online]. 2013. Disponível em: <https://www.academia.edu/5159210/Backlash_%C3%A0_decis%C3%A3o_do_Supremo_Tribunal_Federal_pela_naturaliza%C3%A7%C3%A3o_do_dissenso_como_possibilidade_democr%C3%A1tica>. Acesso em: 9 maio 2017.