

Constitucionalismo democrático estadunidense: notas introdutórias para uma leitura aproximativa

North American democratic constitutionalism: introductory notes for a approximative reading

Wagner Vinicius de Oliveira¹

Resumo: esse artigo analisa a resposta do constitucionalismo democrático para a relação entre constitucionalismo e democracia. Distante da pretensão de resolver esse “quebra cabeça” busca-se compreender os traços fundamentais dessa teoria e as possibilidades de leitura comparativa entre as práticas da jurisdição constitucional estadunidense e brasileira. Inicia-se pela leitura aproximativa entre pensamentos, práticas institucionais e ações sociais desenvolvidas nesses países de realidades distintas, sem defender a simples transposição do fenômeno analisado. Utiliza-se como metodologia a revisão bibliográfica para realizar a comparação. Os resultados encontrados justificam o esforço comparativo, apesar das dificuldades de um *backlash* à brasileira existe uma movimentação em curso.

Palavras-chave: Controle difuso. Direito comparado. Jurisdição constitucional. Participação social.

Abstract: in this article, we analyze the response of democratic constitutionalism to the relationship between constitutionalism and democracy. Far from the intention to solve this “puzzle”, we seek to understand the fundamental features of this theory and the possibilities of comparative reading between the practices of the American and Brazilian constitutional jurisdiction. We used the literature review methodology to make the comparison. The results found justify the comparative effort, despite the difficulties of a Brazilian backlash there is a movement in progress.

Keywords: Diffuse control. Comparative law. Judicial review. Social participation.

1. Introdução

As ideias do constitucionalismo democrático transbordam as fronteiras estadunidenses, isto porque, esse movimento moderno surgido entre a metade e o final do século XX possui a pretensão de reunir dois conceitos que possuem perspectivas históricas bastante diferentes. O

¹ Professor de direito da Faculdade do Norte de Mato Grosso – AJES. Doutorando em direito pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro - FND/UFRJ, mestrado em direito pela Universidade Federal de Uberlândia - UFU (2018), ambos com bolsa de pesquisa pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES (2017-2018; 2019-2023), bacharelado em direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas (2016), advogado (OAB/MG).

constitucionalismo geralmente está associado as ideias do liberalismo político ou melhor das revoluções liberais estadunidense e europeias, produto de distintas correntes teóricas que, basicamente, preconizam a limitação do exercício do poder estatal e o reconhecimento dos direitos e das garantias individuais para determinados setores da sociedade, que posteriormente receberam o adjetivo de universais.

Registra-se que a origem do liberalismo não é necessariamente democrática, pois, foram vários movimentos marcados pela exclusão de mulheres, negros, não proprietários, entre outras pessoas que não contavam com a cobertura dos direitos individuais. Dentre outros sentidos, a democracia abarca o direito de participar direta ou indiretamente da condução da coisa pública e influenciar nas deliberações sobre a agenda pública.

A sobredita conexão traduz o direito permanente de participação social, germe da democracia participativa, e envolve os direitos de grupos não hegemônicos geralmente chamados de minorias, os valores democráticos fundamentais, o reconhecimento dos direitos humanos, os direitos e as liberdades civis, entre outros exemplos possíveis.

Nesse sentido, as disputas sobre o papel de uma constituição numa democracia tornam tênue as linhas entre os campos político e jurídico, especialmente na proteção ou na ampliação dos direitos fundamentais de grupos vulneráveis a exemplo das mulheres, dos negros, dos gays, lésbicas, bissexuais, travestis e intersex - GLBTQ+. A problemática reside no sentido empregado para essas perspectivas demasiadamente abrangentes de liberdade e de restrição que envolvem direitos e garantias fundamentais.

O constitucionalismo democrático ou originalismo vivo se volta contra o discurso hegemônico originalista, teoria interpretativa que realiza uma leitura conservadora do texto constitucional. Não raro, esse viés pode representar a “trapaça” ou a “manipulação do sentido histórico do texto constitucional” (DUTRA; VIEIRA, 2013, p. 53-54). O constitucionalismo

democrático também oferece uma resposta alternativa à visão juriscêntrica da constituição, isso é, a prevalente ideia de que a constituição é aquilo que o tribunal constitucional diz ser.

Assim, o tema central desse artigo será expor as principais ideias do constitucionalismo democrático estadunidense representado por alguns dos principais expoentes da Yale Law School (USA), Robert C. Post e Reva B. Siegel, ambos professores de direito dessa universidade. Para a orientação teórica, acolhe-se três artigos produzidos pelos autores em momentos distintos: (i) *Democratic constitutionalism*; (ii) *Popular constitutionalism, departmentalism, and judicial supremacy*; (iii) *Roe rage: democratic constitutionalism and backlash*. Esse levantamento bibliográfico qualitativo procura descrever as pesquisas que já foram realizadas ao mesmo tempo em que se busca compreender os fundamentos apresentados para sustentar suas principais conclusões apresentadas.

Nesse artigo defende-se as ideias do constitucionalismo democrático enquanto possibilidade de uma experiência comparada. Com isso, não se acredita na simples transposição, na tradução literal de um movimento localizado geograficamente e temporalmente ou na suposição de identidade entre as manifestações do constitucionalismo democrático, ao contrário, defende-se a “tradutibilidade” de algumas das ideias estadunidense para a compreensão dos fenômenos nacionais sob as lentes teóricas do constitucionalismo democrático.

Acrescenta-se ainda que no curso dessa trajetória surgiram dificuldades para sustentar a tese da estrita correspondência entre os fenômenos focalizados. Mas, a principal hipótese trabalhada nesse artigo consiste na leitura aproximativa entre os pensamentos, as práticas institucionais e as ações sociais desenvolvidas nesses países de realidades jurídicas e sociais distintas.

Para tanto, utiliza-se como técnica de pesquisa a revisão bibliográfica seguida da análise crítica da dogmática jurídica para realizar a comparação

pretendida. Emprega-se essa metodologia em dois sentidos: (i) no primeiro, procura-se descrever os conceitos elementares e os fundamentos apresentados pelos autores estadunidenses (ii) no segundo momento, desenvolve-se os esforços críticos e comparativos para comprovar (ou não) a resposta provisória de possibilidade de comparação, guardadas as devidas proporções, entre o constitucionalismo democrático estadunidense e uma movimentação social brasileira que necessidade da realização de estudos mais aprofundados.

Os primeiros resultados obtidos com essa pesquisa teórica, que serão explicados no desenvolvimento do artigo, sugerem a confirmação parcial da hipótese acima apresentada. Assim, foram identificados alguns traços iniciais que justificam o esforço comparativo pretendido.

Realizadas as devidas apresentações, divide-se as reflexões desse artigo em duas partes. Na primeira seção, coloca-se em evidência as principais ideias teóricas e empíricas do constitucionalismo democrático estadunidense, expõe-se, também, algumas das dificuldades encontradas em seu contexto original de aplicação. Já na segunda seção, procura-se compreender se e em que medida essa teoria fornece base interpretativa para as experiências práticas da jurisdição constitucional brasileira.

Sabe-se, no entanto, que juízes trabalham com a “adequação contextual” em termos de interpretação constitucional, ou seja, considera-se que entre o jurídico e o político existe uma alternativa possível para a situação problema levada até a apreciação do Judiciário. Portanto, importa saber que se trata de uma pesquisa inovadora e introdutória cujo artigo é um dos primeiros resultados de uma relação que se busca explicitar, diagnosticada nas práticas sociais e institucionais brasileiras, que futuramente estabelecerão ligações robustas com o amadurecimento e o aprofundamento dos trabalhos de pesquisa.

Assim, tem-se que uma forte reação social ou *backlash* à brasileira - observados os princípios fundamentais implícitos e explícitos positivados no

texto da Constituição da República de 1988 - a julgar pela atualidade das questões culturais, econômicas, jurídicas, políticas e sociais enfrentadas precisa ser compreendido não apenas como uma possibilidade remota e passada, mas, sobretudo como um imperativo de fazer frente a superposição do Judiciário, em geral, e do Supremo Tribunal Federal (STF), em particular.

2. Constitucionalismo democrático em retrospectiva: primeiras aproximações

Antes de adentrar na teoria do constitucionalismo democrático, tal qual apresentada pela Escola de Yale nos Estados Unidos da América, cabe realizar uma espécie de prólogo. Cujas peças-chave desse “quebra cabeça” teórico é compreender a constituição como um elemento que intermedeia o povo e suas instituições, um documento de origem híbrida (jurídica e política) capaz de orientar um *ethos* para a vida em sociedade.

Isso significa o comprometimento com algumas premissas. A primeira delas diz respeito que uma constituição pelo menos no lado ocidental do mundo não é meramente um instrumento normativo para a estruturação formal do exercício do poder político-administrativo nas sociedades modernas. É muito mais do que isso. A constituição há tempos deixou de ser apenas um texto produzido no passado para refletir os anseios e as promessas realizadas.

Embora também seja um elemento para a organização e a aprovação social não há espaço para ser compreendida exclusivamente pelo aspecto jurídico-formal. Afinal, sintetiza as promessas ou os compromissos fundamentais firmados com o povo, enquanto destinatário último dos acordos que o texto constitucional simboliza e que as instituições procuram concretizar.

A proposta, então, é realizar uma leitura crítica da constituição enquanto promessa ou compromisso fundamental, objeto de perpétua

disputa argumentativa e interpretativa tanto pelas instituições oficiais - coroadas pela tripartição de funções: Executivo, Legislativo e Judiciário - quanto pela sociedade civil ou simplesmente pelo povo.

Em primeiro plano, qualquer ato de interpretação constitucional carrega consigo além do conjunto de circunstâncias implícitas e explícitas no texto positivo os embates presentes entre grupos sociais com distintas visões sobre os sentidos e os alcances da constituição. Dimensões que simbolizam o quanto os valores constitucionais como vida, liberdade, igualdade, propriedade e segurança permanecem abertos interpretativamente a despeito da positividade do texto constitucional. Além disso, não dispensam as pré-compreensões daqueles e daquelas que interpretam seu texto.

Por conta dessa perspectiva não parece aceitável filiar-se nem a leitura legalista da constituição, tampouco a representação momentânea da maioria numérica ou do conjunto das vozes que “gritam” mais alto na sociedade. Ao contrário, entende-se que a constituição possui um duplo aspecto. Se por um lado representa os acordos possíveis entre as instituições e o povo, por outro, constitui os compromissos entre as gerações passadas, presentes e futuras. Um movimento que reorganiza ou desorganiza as tradicionais instâncias temporais.

Defende-se, portanto, o ponto de vista da constituição enquanto repositório dos compromissos entre as gerações. Não apenas um passado que insiste em se fazer presente para orientar um pretense futuro, ou um futuro contido nas linhas traçadas no passado que condicionam o tempo presente, mas, realizar os compromissos fundamentais assumidos pelo poder constituinte originário; trajetória essa que pode ser tanto ascendente quanto descendente para a construção da própria história constitucional.

Por isso, afirma-se que o passado continua em movimento. A consciência histórica que Hans-Georg Gadamer, apoiado nos ensinamentos de Martin Heidegger, chamou de fusão de horizontes, já demonstrava isso na tradição da hermenêutica filosófica germânica. Um olhar histórico

socialmente orientado para o conceito de constituição indica que o passado, assim como o presente, permanece em aberto.

É certo também que o óbvio não existe. Nada é tão explícito que não mereça ser ainda mais explicitado. Com isso, não se defende nem se endossa os retrocessos ou equívocos constitucionais que podem ocorrer, mas, se assume que durante a “caminhada constitucional” de cada país alguns posicionamentos assumidos podem conduzir a lugares diferentes dos originalmente planejado. Essa digressão serve para demonstrar um pouco dos significados que acompanham toda vez que se utiliza o substantivo feminino constituição.

Diante disso, sabe-se que a tarefa de interpretar a constituição não deve ser atribuída apenas as instituições estatais, menos ainda ao Judiciário ou melhor a Suprema Corte estadunidense ou ao STF, no caso brasileiro. Nesse contexto, sobressai a função contra intuitiva de um controle social difuso para a democratização das sociedades ocidentais. Democratizar, por sua vez, implica um sistema cada vez mais inclusivo de participação social direta e efetiva, que coloca em xeque, e por vezes em risco, as capacidades institucionais para continuidade do processo de democratização.

Sem radicalismos, a proposta última do constitucionalismo democrático consiste em diminuir as distâncias entre as cidadãs e os cidadãos e a interpretação constitucional, já que aquelas e aqueles são em última instância afetados diretamente pela decisão judicial. Implica, portanto, combinar outros fatores e dimensões, não apenas o sentido constitucional albergado por uma única razão: a judicial.

Uma decisão judicial não deve ser guiada com exclusividade pelos sistemas sociais nem pelos enunciados normativos, mas, pelo resultado da integração institucional e social que leva em consideração as influências do ambiente externo em conformidade com as guias estabelecidas pelo texto constitucional positivo. Tem-se que o processo dinâmico de interpretação constitucional possui como objeto a atuação política dos cidadãos e das

instituições ao mesmo tempo em que se converte em instrumento de afirmação ou de construção das “identidades nacionais”.

Quando se fala sobre a aplicação dos direitos e das garantias fundamentais, sobretudo em termos de direitos civis e políticos, o constitucionalismo democrático se apresenta como um dos caminhos para a concretização do direito humano e fundamental à participação social na agenda pública. Não se acredita em soluções prontas ou instantâneas, mas, em processos contínuos de aprendizagem constitucional.

Parece ser possível sustentar que uma decisão judicial produz impactos na sociedade, ainda mais quando se trata de uma relevante questão constitucional. No entanto, quando se fala dos impactos da sociedade civil na atuação judicial geralmente é considerado um tema contra intuitivo ou, no mínimo, algo de natureza duvidosa. Conforme já se disse na parte introdutória, esse artigo aponta para outras direções.

2.1 O constitucionalismo democrático estadunidense

Para iniciar a fundamentação teórica desse movimento constitucional ambientado nos Estados Unidos da América recorre-se a literatura especializada no assunto. Nesta primeira seção, explora-se a dimensão intertextual entre os artigos publicados por Post e Siegel (1992; 2004; 2007), mediante a realização de uma abordagem descritiva e crítica busca-se retratar: (i) os traços fundamentais do constitucionalismo democrático, (ii) a oposição a supremacia judicial e (iii) o constitucionalismo democrático e o *backlash*.

Em primeira análise, os autores explicitam as bases teóricas de significação para o constitucionalismo democrático e partem do fato que “a constituição foi sensível às necessidades sociais de envolver os objetivos fundamentais de justiça” (POST; SIEGEL, 1992, p. 25). Além da tradicional função normativa, atribuem para a constituição a função (ou pretensão) de

repositório para as discussões sobre justiça nas sociedades modernas, materializadas nas disposições simultâneas sobre igualdade e liberdade.

No entanto, a questão de relevo consiste no “método interpretativo que dominou a teoria constitucional” no lado ocidental do mundo (POST; SIEGEL, 1992, p. 26). Dentro desse contexto, os autores assumem uma posição intermediária na disputa teórica entre o originalismo e a constituição viva. Implicitamente defendem a posição de um originalismo vivo (BALKIN, 2011).

Outro elemento que precisa ser levado em consideração é que “essas características sensíveis do direito ajudam a sustentar a autoridade da constituição na história” (POST; SIEGEL, 1992, p. 26). Isso não autoriza a classificação da constituição estadunidense de 1787, adotada pela convenção da Filadélfia, como histórica, ou seja, formada pela reunião de vários documentos, ao contrário, a constituição foi elaborada de uma só vez. Histórica, portanto, é a função de responsabilização assumida por ela.

Dentro da teoria do constitucionalismo democrático, “a constituição desempenha muitas funções: como especificar as idades mínimas para representantes e Senadores, estabelecer as ‘regras básicas do jogo’ para o governo dos Estados Unidos da América” (POST; SIEGEL, 1992, p. 26). A problemática reside na atribuição dos significados e alcances para conceitos cujo elevado grau de generalidade e abstração ensejam profundas controvérsias políticas e sociais.

Típico exemplo é a décima quarta emenda da constituição estadunidense que em sua primeira seção formalizou o direito civil de “igual proteção do direito”. Porém, qual seria o conteúdo prático e a extensão dessa cláusula aberta? Parece acertado dizer apenas a existência de “uma disputa política intensa para estabelecer um ‘real significado’ ou *nomos* para a cláusula do devido processo, a primeira emenda, e a cláusula de proteção igual para expressar os ideais nacionais” (POST; SIEGEL, 1992, p. 27).

Compete, portanto, cada geração realizar a tarefa de construir os significados dessas regras em conformidade com as balizas constitucionais e com os compromissos assumidos. Refirma-se que a interpretação constitucional precisa ser objeto de constante disputa entre as cidadãs e os cidadãos. Se por um lado, o direito incorpora o *nomos* porque suas matérias expressam identidades nacionais segundo afirmam os autores, por outro lado, isto é “controverso porque o povo estadunidense é heterogêneo em sua compreensão da identidade nacional” (POST; SIEGEL, 1992, p. 27). Ressalvada a ideia de unidade na identidade nacional, hipótese incompatível fática e normativamente dentro do espectro de uma constituição aberta e plural.

Mesmo assim, esses conflitos entre interpretações divergentes possuem como centro a própria “autoridade da constituição quando conduzida em concordância com os entendimentos sobre a ordem constitucional estadunidense” (POST; SIEGEL, 1992, p. 27). A constituição deixa de ser uma “solução padrão ou *standard*” determinada no passado pelos fundadores e passa a compreender o símbolo pelo qual se articula e se construí respostas provisórias para outras questões impostas por outros contextos jurídicos e sociais.

Dentro desse processo inclusivo, que também incorpora o dissenso, “não é preciso ir longe para reconhecer a constituição como ‘nossa’, como a expressão ‘Nós, o Povo’. A legitimidade da constituição depende dessa relação de reconhecimento” (POST; SIEGEL, 1992, p. 27) que cada cidadã e cada cidadão precisa enxergar a continuidade da constituição como uma tarefa a ser realizada com a sua colaboração.

Registra-se que o pertencimento ocorre não apenas quando a interpretação que se defende para o texto constituição é triunfante, inclusive deve-se “acreditar na possibilidade de persuadir os outros - e, portanto, em última análise, a Corte - a abraçar suas visões sobre o significado constitucional” (POST; SIEGEL, 1992, p. 27).

Nesse processo, a responsabilização dos atores oficiais perante o povo, necessariamente pautado pela constituição, pode ocorrer antes, durante ou principalmente após a interpretação constitucional e em virtude dos efeitos da decisão judicial. Assim, entende-se o constitucionalismo democrático como um movimento composto por relações paradoxais; primeiro, porque “a possibilidade de desacordo sobre o significado da constituição preserva sua autoridade constitucional”, segundo, porque a “autoridade constitucional depende tanto de sua capacidade de resposta democrática, quanto de sua legitimidade enquanto direito” (POST; SIEGEL, 1992, p. 27).

No final das contas, a proposta consiste em “conectar o direito constitucional aos compromissos populares” (POST; SIEGEL, 1992, p. 28), como uma das respostas para a prevalência ou exclusividade da interpretação constitucional realizada pela Suprema Corte, que pode ser considerada como uma decisão formalmente legítima, mas procedimental e substancialmente eivada de ilegitimidade democrática.

Entretanto, cabe considerar a discordância dos autores em relação a corrente teórica do constitucionalismo popular; que em sua versão mais radical prevê a soberania da visão popular para determinar os significados da constituição, mas, parece acertado que o “direito constitucional pode, por vezes, colocar em perigo uma ‘tradição preciosa’ de participação política e autogoverno” (POST; SIEGEL, 2004, p. 1.043).

Essa contra função desempenhada pelo “direito constitucional” é chamada por Post e Siegel (1992, p. 30) de “valores políticos conservadores”, geralmente associada a versão clássica do originalismo que confere uma leitura conservadora do texto constitucional e, muitas das vezes, a manutenção do *status quo* e até mesmo a subtração de direitos e garantias fundamentais para determinadas pessoas.

Basicamente, a “Corte deve ser fiel à constituição dos fundadores e ‘reestabelecer’ os entendimentos tradicionais de religião, família, propriedade privada, na ‘corrida’ pelo direito constitucional estadunidense”

(POST; SIEGEL, 1992, p. 30). Contudo, esse modo de interpretar a constituição colide com a visão do constitucionalismo conhecida como progressista.

O traço comum das visões conservadora e progressista e, por consequência, traço característico do movimento do constitucionalismo democrático estadunidense, é que os “estadunidenses se mobilizam porque se importam com ideais constitucionais”, cada qual ao seu tempo e modo na defesa de suas pautas, “isso, por sua vez, depende da substância dessa visão. Não é uma questão que possa ser respondida de forma abstrata” (POST; SIEGEL, 1992, p. 31-32), demanda, portanto, de fatores relacionados ao contexto de aplicação.

2.2 Pontos e contrapontos

Expostos, no essencial, os fundamentos do constitucionalismo democrático passa-se a análise da resposta a supremacia judicial. Post e Siegel (2004, p. 1.029) se posicionam contrários à sobreposição da interpretação constitucional realizada pela Suprema Corte estadunidense, pois, “uma constituição jurídica conduz os cidadãos a passividade e ameaça importantes características da própria cultura constitucional”. Em verdade, o significado da supremacia judicial pode ser contrário ao *nomos* constitucional.

Cabe considerar que a proposta de um diálogo interinstitucional, embora represente um avanço em termos de interpretação constitucional, fornece respostas insatisfatórias se junto aos órgãos oficiais não levar em consideração a interpretação realizada diretamente pelas destinatárias e destinatários da norma constitucional. Nesses termos, os diálogos assim como a democracia participativa podem ser reduzidos à mera formalidade.

Por isso, o departamentalismo compreendido como “a visão de que cada um dos três ramos do governo federal possui autoridade independente e coordenada para interpretar a constituição” (POST; SIEGEL, 2004, p.

1.031) é insuficiente se apresentar uma resposta que não ouça ou que desconsidere a opinião popular sobre o sentido que a decisão judicial confere à constituição.

Nessa perspectiva, os autores entendem a democracia enquanto o “valor do autogoverno coletivo, devemos atentar para as condições sobre as quais os indivíduos participam da formação discursiva da vontade popular” (POST; SIEGEL, 2004, p. 1.036). Compreende-se que as dificuldades de operacionalizar algumas questões relevantes, especialmente quando se pergunta sobre os procedimentos necessários para realizar essa participação social efetiva, ou ainda, das atrizes e atores sociais que formam o elenco participativo do processo constitucional.

O processo de interpretação plural do “direito constitucional reflete os julgamentos e as opiniões dos tribunais, enquanto a ‘constituição’ expressa as crenças fundamentais do ‘Nós, o Povo’” (POST; SIEGEL, 2004, p. 1.038). Acrescenta-se, ainda, que a participação social ocorre dentro e fora do campo processual, a figura dos *amici curiae* é apenas mais um dos exemplos possíveis para que pessoas da sociedade civil possam atuar processualmente.

Já uma das formas de atuação extraprocessual diz respeito ao relacionamento estabelecido entre a Suprema Corte e a opinião pública (FRIEDMAN, 2009), assim como a relação com os movimentos sociais que, conforme será examinado “requer o desestímulo radical à supremacia judicial” (POST; SIEGEL, 2004, p. 1.038). Diante disso, estabelecem-se pelo menos duas situações.

Primeiro, que de alguma forma as atuações extraprocessuais reverberam nas fases processuais, seja na fase de conhecimento (fase cognitiva), seja na fase deliberativa, que, por sua vez, se subdivide em: (i) deliberação interna, realizada entre os magistrados da Suprema Corte; (ii) deliberação externa, entre a Corte e os movimentos sociais, por exemplo. Segundo, e mais importante, que “a prática da nossa ordem constitucional

reflete um contínuo dissenso sobre a natureza desses limites” (POST; SIEGEL, 2004, p. 1.041).

Assim, para recuperar os argumentos apresentados até agora e extrair uma conclusão parcial: afirma-se que a atuação dos movimentos sociais, em suas diversas formas de pressão social, constitui um dos mecanismos pelo qual o povo interfere ativa e diretamente nas questões constitucionais. Ponto central para o possível aperfeiçoamento democrático.

Cumpre, portanto, investigar como os autores trabalham essa proposta. Importa destacar que essa relevante função é compartilhada com outros seguimentos da sociedade, conforme já mencionado: a opinião pública e a academia, cujos “argumentos podem, em última instância, ajudar a transmutar aspirações práticas” (POST; SIEGEL, 1992, p. 31).

Por razões de espaço, nesse artigo será abordada apenas a questão dos movimentos sociais. Sabe-se, no entanto, que a expressão “movimentos sociais” é demasiadamente ampla, cuja generalidade dificulta, quando não impede, o entendimento das formas de atuação.

Deste modo, Post e Siegel (1992, p. 28) trabalham o movimento ocorrido nos Estados Unidos da América na década de 1960 e 1970, conhecido como a segunda onda feminista, com fundamento na cláusula de igual proteção, reivindicam a interpretação do “texto constitucional para expressar sua compreensão implícita ou para proibir a discriminação baseada em sexo” (POST; SIEGEL, 1992, p. 29).

Esse aspecto constitucional é desenvolvido sob o pano de fundo do caso *Roe v. Wade* (1973), no qual os autores ressaltam a forte reação social (*backlash*) da decisão judicial progressista da Suprema Corte dos Estados Unidos da América que permitiu a realização do aborto. Segundo entendem, os “tribunais eram celebrados como ‘fóruns de princípio’, locais privilegiados para a difusão da razão humana” (POST; SIEGEL, 2007, p. 373) mas, nem por isso, suas decisões não estão sujeitas a qualquer espécie de influência ou de controle social.

Apresentam como precedente a “violenta reação contra *Brown v. Board of Education* (1954)” (POST; SIEGEL, 2007, p. 373), ou seja, o movimento desencadeado pelos setores conservadores em relação à decisão judicial que proibiu a discriminação racial nas escolas estadunidenses.

A autoridade da decisão depende em parte da legitimidade democrática, contudo, é igualmente relevante a independência funcional do Judiciário para atuar de maneira “contra majoritária”, quando necessário para promover ou assegurar direitos e garantias fundamentais de grupos não hegemônicos. Embora tais categorias sejam bastante questionáveis. Desse modo, pondera-se que “se os juízes parecem ceder à pressão política, o público pode perder a confiança na autoridade dos tribunais para declarar o direito constitucional” (POST; SIEGEL, 2007, p. 375).

Tem-se, portanto, um campo fértil de tensão a ser explorado. Há, inclusive, uma contradição aparente com as ideias apresentadas acima, pois, se para a legitimidade democrática é necessária a interação entre a opinião pública e os movimentos sociais, por exemplo, o comprometimento da Corte com aquela e obediência a esses últimos podem oferecer respostas incompatíveis com a própria história ou o próprio texto constitucional.

Conforme se disse, a contradição é apenas aparente, à medida que as guias para a interpretação realizada pelas instituições estatais e também pelo povo, com a consequente solução da controvérsia judicial, são as diretrizes da constituição. Mas, caso a interpretação e a decisão judicial não estejam revestidas de legitimidade democrática nem se justifiquem por serem supostamente contra majoritárias, quais seriam os instrumentos disponíveis para o povo? Post e Siegel (2007, p. 376), sugerem que a “reação pode promover a solidariedade constitucional e revigorar a legitimidade democrática da interpretação constitucional”.

Essa resposta provoca um movimento pendular que pode representar, de um lado, “um povo livre para influenciar o conteúdo de sua constituição”, mas, igualmente provocar a “ameaça a independência do direito”, por outro

lado (POST; SIEGEL, 2007, p. 376). Em sequência, os autores ilustram as consequências sociais indesejáveis produzidas pela decisão no caso *Roe v. Wade*.

As práticas do constitucionalismo democrático devem refletir as “identidades nacionais”, sob a qual se busca em conformidade com governos representativos, com cidadãos mobilizados, com a Suprema Corte, entre outros atores, realizar os “diálogos entre a Corte, o povo e seus representantes” (POST; SIEGEL, 2007, p. 384-385). E o *backlash* é a modalidade de conversação mais radical, no sentido filosófico do termo de enviar as raízes.

Os autores chamam a atenção para o fato de que esse movimento “veio para designar forças contrárias desencadeadas por mudanças ameaçadoras no *status quo*” (POST; SIEGEL, 2007, p. 389). E, assim, representar tanto a continuidade, quanto a transformação da realidade social. Em verdade, a reação a uma decisão judicial específica está inserida no chamado *backlash* político, o qual “pode ser definido como a reação de grupos que estão declinando num senso de importância, influência e poder, como resultado de mudanças seculares endêmicas na sociedade” (POST; SIEGEL, 2007, p. 389).

Isso significa um movimento plural e aberto, sujeito a tropeços e acertos, formado por uma “densa rede de intercâmbio comunicativo que sustenta a legitimidade democrática da constituição”. São pessoas concretas engajadas para forçar que os atores oficiais interpretem e decidam com base naquilo que os “cidadãos acreditam ser o entendimento correto da constituição” (POST; SIEGEL, 2007, p. 389-390).

Exatamente por ambicionar ser um movimento conciliatório entre as tensões do constitucionalismo ou as possibilidades de revisão de algumas decisões majoritárias com a democracia ou possibilidade de que o povo ou seus representantes realizem decisões, que o constitucionalismo democrático sugere “algum grau de conflito pode ser uma consequência inevitável da

reclamação de direitos constitucionais, quer os direitos sejam garantidos por legislação ou pela adjudicação” (POST; SIEGEL, 2007, p. 390).

Essa consequência não está imune as críticas. Os autores rebatem algumas objeções levantadas por Michael Klarman, William Eskridge e Cass Sunstein. Klarman, por exemplo, ao entender que a constituição pode ser harmonizada adequadamente pela legislação do que pela jurisdição; representa, segundo afirmam, “uma visão seriamente romantizada da política democrática” (POST; SIEGEL, 2007, p. 393). Além de confundir representação com substituição, esta crítica não fornece alternativas para leis que eventualmente violem os direitos e as garantias fundamentais convencionados na constituição.

Já Eskridge discorda da solução apresentada no caso Roe, por desconsiderar a tradição estadunidense de oposição ao aborto. Sunstein, por seu turno, considera que o “minimalismo reduz os custos da decisão para tribunais que tentam decidi-los. Reduz os custos de erro associados a julgamentos errados” (POST; SIEGEL, 2007, p. 402), ou seja, uma decisão menos progressista quanto a apresentada no caso não seria suficiente para provocar a forte reação dos setores conservadores.

Apesar disso, tanto a decisão judicial, quanto a “intensa reação popular contra Roe” (POST; SIEGEL, 2007, p. 406) ocorreram e, alimentaram o desacordo persistente sobre o tema do aborto na sociedade civil dos Estados Unidos da América da época. Assim, “a mobilização política contra Roe foi parte de um movimento maior que se opunha à liberalização do acesso ao aborto, seja autorizado pela legislação ou pela adjudicação” (POST; SIEGEL, 2007, p. 408).

Em que pese a resistência à decisão judicial apresentada pela Suprema Corte “Roe se preocupava principalmente com o direito substantivo ao aborto, não sobre questões de técnica judicial ou mesmo sobre o papel apropriado dos tribunais em uma democracia” (POST; SIEGEL, 2007, p. 411). Setores religiosos, sobretudo grupos católicos, exerceram um papel

ativo no movimento conservador, inclusive Post e Siegel (2007, p. 413) sustentam de maneira mais ampla que esse seguimento religioso é oposto a “toda forma de liberalização do aborto, seja através da legislação ou da adjudicação”.

Constitui necessariamente uma reação política e social ou um *backlash* anti-aborto amparado pela “visão constitucional que deve preservar os tradicionais papéis familiares e resistiria à secularização dos Estados Unidos da América” (POST; SIEGEL, 2007, p. 423). Nesse ponto de vista, envolve aspectos mais profundos e característicos que remetem a própria formação cultural dessa sociedade, notoriamente com elevado grau de influência das religiões protestantes e católicas na esfera pública.

Em perspectiva crítica a decisão judicial apresentada para o caso representa uma interpretação judicial da constituição, baseada na cláusula de igual proteção, para assegurar direitos civis às mulheres, bem como a tentativa de secularização da sociedade civil. Em conclusão, os autores reafirmam que “tanto decisões recentes quanto em anteriores, a Corte tem afirmado por unanimidade que a constituição protege o direito da mulher aos procedimentos de aborto necessários para sua saúde” (POST; SIEGEL, 2007, p. 431).

Decisões judiciais posteriores, no mesmo sentido, reafirmam o fato de que o “direito constitucional incorpora um *nomos* e a fidelidade a esse *nomos* exige um engajamento jurídico e político” (POST; SIEGEL, 2007, p. 433). As manifestações e os posicionamentos contrários fazem parte do próprio dissenso democrático. Nesse sentido, mais do que uma opção entre dois lados extremos (vida do feto *v.* escolha da gestante) essa decisão judicial representou a saída contra majoritária para assegurar direitos civis (participação) e sociais (saúde) as mulheres estadunidenses.

A tensão entre o constitucionalismo vivo enquanto possibilidade de atualizar o sentido e alcance do texto constitucional pelo processo interpretativo e a visão originalista, assento ideal para posições

conservadoras contrárias a realização do aborto, resvala na expectativa criada em torno da atuação judicial. Por certo, tanto o subjetivismo quanto o conservadorismo apresentam riscos para que uma decisão judicial materialize as coalisões majoritárias momentâneas.

Coloca-se em movimento na próxima seção a tarefa de compreender os espaços variáveis entre os campos democrático e constitucional. A par disso, sabe-se que as participações processuais e não processuais contrapõem o “juriscentrismo” ao mesmo tempo em que inserem o povo e outras instituições nas buscas por soluções para as controvérsias constitucionais.

Todavia, com isso, não se espera de que as manifestações de *backlash* possam ser classificadas matematicamente em progressista ou conservadora; os fenômenos identificados são mais densos e complexos do que essa redução. E, por não ser o resultado de uma estrutura binária precisa ser analisado mais de perto. Por necessitar de um exame mais aprofundado, opta-se por realizar um esforço inicial para identificar manifestações análogas na experiência constitucional brasileira e verificar se é possível falar em *backlash* à brasileira.

3. *Backlash* à brasileira: leitura introdutória e comparativa

É chegado o momento de cotejar situações, realidades e tempos distintos para analisar as possibilidades de encontrar (ou não) alguns traços da proposta teórica e empírica do constitucionalismo democrático nas práticas da jurisdição constitucional brasileira. Por outras palavras, avaliar os dados para extrair uma conclusão plausível.

Portanto, o primeiro esforço consiste em traduzir a experiência estadunidense descrita na seção anterior para tentar identificar nas práticas sociais e jurisdicionais brasileiras alguma semelhança ou traços iniciais que justifiquem a leitura comparativa. Em termos comparativos, toda tradução, assim como a interpretação, consiste em alguma “forma de abertura a pluralidade de perspectivas e pontos de convergência material” (BASTOS

JR.; LOIS, 2018, p. 63), porque a aproximação entre contextos e práticas distintas enseja incluir diferentes pontos de vista. Com isso, não se cogita que o ideal seria copiar ou imitar o modelo estadunidense.

Ao se considerar que a expansão global do Judiciário (TATE; VALLINDER, 1995) consiste numa variável que explica, em parte, o padrão atual de decisão judicial na tentativa de resolver os desacordos existentes nas sociedades contemporâneas, as respostas judiciais (provisórias) devem estar acompanhadas da efetiva participação das destinatárias e destinatários da norma constitucional (povo).

Uma possível via para defender a perspectiva do constitucionalismo democrático brasileiro será realizado em conformidade com uma premissa específica: o *backlash*. Sabe-se de antemão que se trata de uma proposta inovadora voltada para o contexto jurídico, político e social brasileiro e, com tal, sujeita a contrapontos. Mas, um dos objetivos desse artigo é estimular reflexões sobre o tema das repercussões sociais na jurisdição constitucional brasileira.

Para organizar as ideias procura-se reproduzir parte do caminho percorrido na seção anterior e, assim, inicialmente descrever alguns pontos de contato para depois analisar algumas das repercussões que sugerem a comparação proposta.

3.1 Algumas áreas de contato

A correspondência entre as ideias apresentadas fica a cargo do compromisso firmado entre as gerações, ou seja, “para as presentes e futuras gerações” positivado no art. 225, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. É certo que este dispositivo está inserido no capítulo responsável pelo meio ambiente, contudo, entende-se que esta forma de pactuação deve ser ampliada para outros bens igualmente relevantes para o sistema democrático brasileiro, a exemplo, da participação social, dos direitos sociais, da ordem social, entre outros.

Nesse sentido, a experiência estadunidense traz um aprendizado que pode agregar alguma contribuição e, portanto, precisa ser levada em consideração. A tarefa de interpretar o direito deriva (ou deveria ser produto) de uma tradição constitucional compartilhada, na qual as cidadãs e os cidadãos invocam a constituição como base para criticar decisões estatais, não apenas as judiciais.

O primeiro fator que precisa ser analisado é a exclusão histórica de determinados setores da sociedade civil. A história institucional pregressa e presente marcada pela exclusão e pelo autoritarismo não é uma exclusividade brasileira, basta, por exemplo, indagar a maioria das pessoas negras estadunidenses e brasileiras sobre o significado prático de igualdade, de democracia, de participação política ou de inclusão social, isso para citar apenas alguns exemplos.

Nesses termos, as “identidades nacionais” adquirem o caráter dinâmico e de domínio público, uma contingência provocada pelas diversas correntes de pensamentos existentes na sociedade. Isso também serve para questionar a “legitimidade material” de uma decisão judicial, ou seja, a “capacidade de acomodação das diferenças” (BASTOS JR.; LOIS, 2018, p. 72).

Igualmente o povo está simbolicamente presente tanto no preâmbulo da constituição estadunidense quanto no parágrafo único do primeiro artigo da Constituição brasileira, esse substantivo não é um emaranhado de conceitos teóricos que determina a forma de agir das pessoas, por isso, qualquer significado peremptório para as características do povo apresenta incontornáveis dificuldades teóricas, empíricas e normativas. Talvez por isso, a ideia até então mais compatível para os fins propostos nesse artigo será a ideia de povo enquanto hiato,² que engloba as gerações passadas, presentes e futuras.

² Conforme afirmado na conferência de encerramento do *Congresso: 1988-2018: o que constituímos? Homenagem a Menelick de Carvalho Netto nos 30 anos da Constituição de*

Em segundo lugar, a própria ideia de democracia consiste em um modelo ideal, cuja abertura do conteúdo semântico, por estar em constante disputa, sujeita-se às distorções. A autoridade concedida pelas instituições democráticas, submete-se ao relacionamento dinâmico e instável com seu ambiente social. Definitivamente, o exercício de qualquer autoridade não é um fim em si mesmo.

A essência desse estudo comparativo consiste nas capacidades desenvolvidas pelo povo para influenciar as decisões judiciais. Uma conquista social coletiva para compor ou contrapor o conteúdo decisório com as expectativas populares, as reivindicações da comunidade, entre outras, balizada pela constituição enquanto *nomos*.

Participação política e social que, no seu último estágio, consiste na ideia de fiscalização e de transparência democrática, enquanto formas de controle social dos atos jurisdicionais. Concentra-se essas discussões sobre as espécies de controle social externo realizado de forma objetiva na atuação do tribunal ou subjetiva (magistradas e magistrados) pela via formal ou informal.

Dilema maior consiste em como mensurar e avaliar a eficiência desse controle e acompanhar seus resultados nas decisões judiciais. Alerta-se, que os custos envolvidos nessa operação podem ser maiores do que os supostos benefícios democráticos de um controle supostamente social e difuso. Mas, o aumento da legitimidade democrática e aperfeiçoamento dos modelos constitucionais pode ser igualmente uma dedução possível.

Em relação às discussões sobre o papel da sociedade civil brasileira nas situações analisadas foram encontradas algumas disfunções, que precisam ser objeto de questionamentos. Primariamente, esse modelo teórico contemporâneo de constitucionalismo vem acompanhado com todos os

1988, intitulada “A tensão entre memória e esquecimento nos 30 anos da Constituição de 1988” proferida pelo professor Melelick de Carvalho Netto em 05/10/2018 na Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, Belo Horizonte/MG, Brasil.

problemas de uma participação social efetiva, caso não esteja firmemente ancorada na disputa interpretativa da constituição.

Aquilo que está em questão são os mecanismos para aperfeiçoar o sistema democrático para tomar as decisões judiciais mais coletivas. Não há como simplesmente transpor as ideias estrangeiras para a prática constitucional brasileira com a suposição de um controle social segmentado de maneira difusa para toda a sociedade civil.

Contribuições extraídas do contexto estadunidense em meados da década de 1960 ou 1970 precisam ser analisadas com prudência para não violar os limites sociais, históricos e culturais nacionais e assim, reforçar os privilégios e os privilegiados na manutenção de uma ordem vigente que permanece a mesma a despeito das mudanças.

A constituição é um documento jurídico e político de caráter contra factual que não comporta a visão totalizante, distanciada histórica e temporalmente da utilização dos recursos institucionais de maneira aberta e inclusiva. Uma constituição não é fruto de um passado distante ou recente (no caso brasileiro), mas, fruto da complexidade de tensões e de sentidos difusos de construção permanente de uma identidade constitucional em contínuo processo de construção e de desconstrução.

Embora os grupos sociais atuem de modos e com impactos distintos na atribuição dos significados e alcances da constituição, as decisões judiciais não precisam ser entendidas como relatos momentâneos institucionalizados. Entende-se, com isso, que “a legitimidade dos tribunais passa a depender da demonstração da inclusão do maior número de perspectivas alternativas ao processo de tomada de decisões” (BASTOS JR.; LOIS, 2018, p. 72).

Ao discutir sobre o método interpretativo da teoria constitucional estadunidense percebe-se que nem todas as disposições constitucionais são objetos de disputas interpretativas (políticas). Algumas são outras não. Clássico exemplo são as regras constitucionais que definem a idade mínima

para ocupar alguns cargos eletivos, a exemplo dos cargos de Deputado ou de Presidente da República.

Robustas divergências ocorrem quando da interpretação dos conteúdos semanticamente aberto (pró-futuro) como é o caso dos sentidos atribuídos a dignidade da pessoa humana, no caso brasileiro, ou a cláusula de igual proteção, no caso estadunidense. Anterior a década de 1970 essa cláusula era interpretada para tolerar a discriminação sexual, outra hipótese, em sentido análogo, consistiu no argumento “separados mas iguais” utilizado na tentativa de manter a segregação racial nas escolas estadunidenses.

Para além da disputa entre setores progressistas e conservadores, os estadunidenses se mobilizam para conectarem o direito constitucional aos compromissos populares ou ideais constitucionais. Em certo sentido, é permitido pensar que o engajamento popular autoriza cidadãs e cidadãos a reivindicarem o significado constitucional dos compromissos presentes no Estado de direito e no autogoverno, para em conjunto construírem as dimensões empírico-normativas de decisões judiciais como foram no caso *Brown v. Board of Education* e no caso *Roe v. Wade*.

Fundamentado em fatos concretos o constitucionalismo democrático equivale à junção entre a responsabilização democrática e a legitimidade das instituições judiciais. Uma autodeterminação política e social que coloca em xeque o vetusto jargão de que decisão judicial não se discute, mas se cumpre. Contudo, no final das contas, o caso *Roe* inspirou uma campanha conservadora para tentar proibir o aborto nos Estados Unidos da América ou frear a separação entre as políticas públicas estatais e os dogmas de algumas religiões hegemônicas.

De longa data se sabe que a constituição estadunidense admite que seu texto seja interpretado, atribuindo distintas significações para seus institutos, passando pelo século dezoito e chegando até o século vinte e um. Disto também origina parte das disputas entre a interpretação

constitucional de modo originalista (geralmente conservadora) ou progressistas (constituição viva).

No entanto, parece acertado sustentar que as relações de reconhecimento e de pertencimento acomodam as “interações formais e informais entre as cidadãs e os cidadãos, isto é, pessoas que vivem em uma comunidade regida por uma constituição” (SIEGEL, 2006, p. 1.324).

Assim, Siegel (2006, p. 1.327) sustenta a existência de uma “cultura constitucional que media a relação do direito e da política”. Sem embargos, a diversidade cultural, religiosa, econômica, social, etária, de gênero, entre outras, que compõem as atuais sociedades ocidentais somadas a polissemia dos termos e expressões utilizadas no texto constitucional, redundam numa divergência semântica provocada pela multiplicidade de recursos significativos que variam conforme o contexto de aplicação.

Nesse quesito, os movimentos sociais (*women's movement*) e os contra movimentos (*traditional-family-values movement*) traduzem as expressões de “como relevantes valores sociais em matéria de direito constitucional que uma autoridade engajada na interpretação responsiva em instituições dentro da fábrica de direito constitucional” (SIEGEL, 2006, p. 1.325).

Afinal, democracia, enquanto “uma forma de organização social que valoriza o envolvimento dos participantes na deliberação coletiva” (SIEGEL, 2006, p. 1.341), implica abertura suficiente para que divergências apareçam - num movimento variável, não retilíneo ou uniforme - entre os movimentos e contra movimentos.

Por de trás das inferências que o texto remete, problematizar a questão das possibilidades de uma tradução ou de uma leitura comparativa entre as práticas da jurisdição constitucional estadunidense e brasileira revela-se adequada. Tudo isso, para enfatizar que deixar a democracia à mercê da interpretação judicial não é apenas desnecessário, como também prejudicial.

3.2 Repercussões e comparativos

As possibilidades de transposição das ideias encontram dificuldades. Pois, foram encontrados problemas na hora de apontar dentro da jurisprudência brasileira algum caso que se assemelhe com precisão aos casos Brown ou Roe, talvez sejam apenas características de uma experiência particular estrangeira que impede a identificação, pelo menos nos moldes estudados, da pressão política por parte dos movimentos sociais.

Essa afirmação não anula a longa e expressiva atuação dos movimentos sociais brasileiros, desde as emendas populares nos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988, até exemplos mais recentes como os protestos de rua, de maneira difusa e espontânea, ocorridos na maior parte do território urbano brasileiro, em junho de 2013. Esse fenômeno iniciou devido ao reajuste das tarifas dos ônibus urbanos e desencadeou outras pautas reivindicatórias.

O ponto de contato desse movimento com as experiências acima apresentadas se deve em virtude de uma de suas consequências. Devido às pressões sociais a Câmara dos Deputados Federais rejeitou por maioria (430 votos) a Proposta de Emenda à Constitucional n. 37/2011, que previa a limitação dos poderes de investigação dos membros do Ministério Público. Parcela expressiva do “povo brasileiro” associou essa proposta de alteração da Constituição como uma tentativa de impunidade dos atos de corrupção.

A particularidade desse exemplo diz respeito que a reação social foi realizada em defesa da Constituição da República de 1988, particularmente o povo nas ruas defendeu a existência do direito fundamental ao combate a corrupção e que a proposta de emenda representava burla a esse direito e a própria Constituição. Outra semelhança identificada foi que esses movimentos de rua - que na origem defendiam pautas progressistas envolvendo a livre manifestação de direitos civis e liberdades fundamentais - desencadearam um “retrocesso conservador” (GOMES; OLIVEIRA, 2016, p. 87), que se manifesta até os dias atuais.

Controversa é a questão que ambos os movimentos podem ser classificados como espécies de um controle social difuso, contudo, tais fatos não são equiparáveis reação social em face de uma decisão judicial, mas um *backlash* político.

Em termos judiciais, acrescenta-se, ainda em sede preliminar, as recentes ações judiciais - Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 5.956/DF, 5.959/DF e 5.964/DF - questionando a constitucionalidade da Medida Provisória n. 832/2018 e da Resolução n. 5.820/2018 da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), que estabelecem política de preços mínimos para o transporte rodoviário de cargas, perante o STF. Ainda pendente de julgamento.

Para tangenciar a temática abordada nessas ações judiciais, o Presidente da República em meio a greve dos caminhoneiros que praticamente paralisou o fornecimento de combustíveis, alimentos e outras atividades essenciais no país inteiro durante o mês de maio de 2018 editou a chamada “MP do frete” com o objetivo de colocar termo a greve, inclusive com previsão de multa pecuniária para as empresas que não cumprissem o tabelamento.

Ocorre que setores do agronegócio questionaram a constitucionalidade da Medida Provisória, sob o argumento de inviabilidade econômica do serviço de transporte e de interferência na livre iniciativa, requerendo a suspensão liminar da multa. Essa questão ainda não foi decidida pelas Ministras e Ministros do STF. Mas, no final de dezembro do mesmo ano, os caminhoneiros ameaçaram retornar o movimento grevista caso fosse suspenso o tabelamento. Diante disso, o Presidente do STF, em face da pressão exercida pelo movimento, revogou a liminar concedida pelo relator do processo que suspendia a exigibilidade da multa.

Nesse quadro, percebe-se algumas características que distanciam os exemplos apresentados. Primeiro, que no caso estadunidense as reivindicações não possuíam, ao menos diretamente, cunho econômico;

segundo, o *backlash* conservador foi uma resposta a decisão judicial progressista; terceiro, e mais importante, o conteúdo da questão versava sobre direitos e garantias fundamentais.

Existe, ainda, uma questão de fundo que precisa ser levantada, qual seja: em meio as paralizações registradas em 2018, iniciou-se um barulhento movimento de parcela minoritária da sociedade brasileira que reivindica o retorno da ditadura militar, em franca oposição as ideias de defesa da constituição e da democracia.

Apresenta-se, por fim, um exemplo que mais se aproxima das ideias trabalhadas. Fala-se sobre a ADI n. 4.277/DF e da Arguição de Descumprimento Fundamental (ADPF) n. 132/DF, que versaram sobre a possibilidade jurídica de reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo biológico. Sem dúvidas, esse tipo de decisão judicial versa sobre o reconhecimento dos direitos civis de grupos não hegemônicos, fundamentada na interpretação extensiva do art. 226, § 3º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que reconhece a “união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar” (BRASIL, 1988).

Em conformidade com os fenômenos analisados, o STF interpretou a Constituição de acordo com a realidade social manifestada durante décadas e de variadas maneiras, a exemplo das passeatas do orgulho LGBTQ+, produções acadêmicas, ações judiciais, representações parlamentares, pressões da opinião pública em apoio a causa do reconhecimento dos direitos civis das pessoas homossexuais, dentre outras.

Para estabelecer um paralelo com o cenário estadunidense, que na decisão do case *Brown x Board Education*, existia um contexto de intensa atuação política e social do movimento negro, especialmente, mas, não apenas, do líder religioso Martin Luther King Jr., que contribui de forma expressiva para a conquista de parcela dos direitos civis e políticos do povo estadunidense.

Certo é que existem distintas formas de interpretar esses mesmos fenômenos. E esta é apenas mais uma, que talvez represente o começo de um caminho para experiência constitucional brasileira, cuja ideia central consiste no compartilhamento entre o povo e as instituições das tarefas democráticas de interpretação constitucional e da tomada das decisões.

No entanto, muitas transformações aconteceram desde as décadas de 1960 e 1970, em ambos os contextos, que por razões de espaço não serão abordadas com a profundidade necessária nesse momento. Bem como a constatação de que não se corrigem as desigualdades históricas e sociais apenas com a promulgação de textos legislativos ou com a propositura de ações judiciais, além disso, exige-se políticas públicas eficientes. As vias legislativa, judicial e social são apenas tentativas de correções dessas desigualdades.

Ademais, as referências ou citações as manifestações sociais nos processos judiciais podem ser utilizadas como um recurso para fins de eloquência do tribunal. Infere-se, no entanto, que desvios ou comportamentos ilegítimos podem ocorrer em ambos os lados, bem como as mobilizações progressistas e conservadoras fazem parte, cada qual ao seu tempo e modo, do trabalho coletivo de interpretar a constituição.

O ponto alto do constitucionalismo democrático consiste na possibilidade de reação social antes, durante ou até mesmo após a decisão judicial. Estabelecidas essas premissas, buscou-se localizar semanticamente, na tradição brasileira, o caminhar para a democratização da função judicial.

Conforme já se disse, um exercício contra fático e bastante duvidoso aos olhos do senso comum teórico, que não sugere qualquer forma de solucionar o problema identificado. À proporção que as cláusulas abertas presentes nos textos constitucionais permitem que as gerações recuperem, construam e continuem o projeto constitucional, seja pelo viés cognitivo ou pela esfera da ação política. Por fim, considera-se que a possibilidade dos retrocessos não significa de modo algum compactuar ou cooperar para que

eles ocorram, mas compreender que a tarefa democrática é frágil, instável e necessária.

4. Conclusão

Diante das reflexões apresentadas e do objetivo definido na parte introdutória desse artigo reforça-se, à título de considerações finais, as principais ideias trabalhadas ao longo do texto. Assim, diante do questionamento sobre as possibilidades de tradução das ideias do constitucionalismo democrático para o ambiente brasileiro, chega-se até algumas conclusões.

Pelas análises textual, temática e interpretativa realizadas tem-se que a teoria do constitucionalismo democrático, tal qual desenvolvida nos Estados Unidos da América, constitui uma forma radical (no sentido filosófico do termo) de participação social efetiva nas decisões para estabelecer os sentidos do texto constitucional. Uma das formas de atuação política que pode ocorrer antes, durante ou mesmo depois da decisão judicial, ora chamada de *backlash*.

Depreende-se das ideias dos artigos científicos analisados que as reações frente às decisões da Suprema Corte estadunidense e do Supremo Tribunal Federal não possuem o mesmo valor semântico e empírico. Todavia os fenômenos identificados não estão completamente apartados como se pode imaginar à primeira vista.

A retomada da tese de compatibilidade entre o constitucionalismo democrático e algumas manifestações sociais e institucionais possuem características e modos de atuação distintos. Os indícios ou possíveis sinais de uma participação social efetiva com vistas a formação, no longo prazo, de um controle social difuso, sugerem a confirmação parcial da resposta inicialmente apresentada, assim, identificou-se alguns traços que justificam o esforço comparativo desenvolvido. No entanto, demandam estudos complementares mais complexos e mais aprofundados.

Referências

- BALKIN, Jack M. **Living originalism**. Cambridge: The Belknap Press, 2011.
- BASTOS JR., Luiz Magno P.; LOIS, Cecília Caballero. Comparativismo constitucional e tradução jurídica: aproximações iniciais ao problema da incorporação discursiva dos elementos não-nacionais. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, v. 20, n. 08, maio/ago. 2018, p. 62-80.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Secretaria de documentação, 2018.
- DUTRA, Deo Campos; VIEIRA, José Ribas. O debate entre originalismo e o constitucionalismo democrático: aspectos atuais da teoria da interpretação constitucional norte-americana. **Revista Novos Estudos Jurídicos - NEJ**, Itajaí, v. 18, n. 01, jan./abr. 2013, p. 51-62.
- FRIEDMAN, Barry. **The will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution**. Farrar: New York, 2009.
- GOMES, David Francisco Lopes; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. História e tempo presente: o debate constituinte brasileiro nas décadas de 1980-1990 e a atual proposta de uma nova assembleia constituinte. **Revista Culturas Jurídicas**, Niterói, v. 03, n. 06, dez. 2016, p. 67-97.
- POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. Democratic constitutionalism. In: WELLINGTON, Harry H. **Interpreting our constitution: the Supreme Court and the process of adjudication**. Yale University Press: New Haven, 1992, p. 25-34.
- POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. Popular constitutionalism, departmentalism, and judicial supremacy. **California Law Review**, California, v. 92, 2004, p. 1.027-1.044.
- POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe rage: democratic constitutionalism and backlash. **Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review**, Cambridge, n. 42, 2007, p. 373-433.
- SIEGEL, Reva B. Constitutional culture, social movement conflict and constitutional change: the case of the de facto ERA. 2005-06 Brennan Center Symposium Lecture. **California Law Review**, California, v. 94, n. 05, Oct. 2006, p. 1.323-1.419.
- TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. Judicialization and the future of politics and policy. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Eds.). **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995, p. 515-528.

Artigo recebido em: 30/04/2020.

Aceito para publicação em: 20/04/2021.