**O BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE COMO FATOR ESTRATÉGICO FRENTE AO EFEITO BACKLASH**

**Adriano Athayde Coutinho[[1]](#footnote-1)**

**Laércio Jorge de Souza Ramos Júnior[[2]](#footnote-2)**

O Supremo Tribunal Federal, na esteira do fenômeno da hiperjudicialização de questões éticas, sociais e políticas que tem ocorrido nos países do ocidente, tem se debruçado sobre demandas polêmicas que afetam sobremaneira o arranjo institucional republicano clássico. Nos últimos tempos, a Corte Constitucional Brasileira foi provocada a tratar do casamento entre pessoas do mesmo sexo, criminalização da homotransfobia, mudança de nome de transexuais, descriminalização do aborto, da possibilidade de pesquisas com células-tronco, eutanásia, constitucionalidade de ações afirmativas no sistema de ensino, proteção dos animais, dentre outros assuntos (MARMELSTEIN, 2015). O Guardião da Constituição tem assumido protagonismo na medida em que os demais Poderes Republicanos tem se esquivado de assumir responsabilidades em face de casos sensíveis e demandas latentes que emergem de uma sociedade cada vez mais plural e organizada. Ao se deparar com tais casos, que criam, inclusive, divergências entre a própria sociedade e setores políticos, a Suprema Corte assume sua feição contramajoritária, que pode ser tanto conservadora quanto progressista. Trata-se de um fenômeno que Ran Hirschl denominou de juristocracia (HIRSCHL, 2004). Nas palavras do Ministro Luís Roberto Barroso “[...] a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade” (2012, p. 24). No entanto, esse processo provoca reações sociais e políticas. Assim, surgem grupos dotados de insatisfação, que se organizam e se mobilizam para alterar o entendimento adotado pelo Judiciário. Esse fenômeno é denominado de “backlash”, expressão que surgiu nos Estados Unidos no Século XX e que se refere, por exemplo, a pane mecânica de rodas de um veículo ou incidente no molinete de uma vara de pescar que provoca efeito contrário ao desejado por quem promove a ação. Trata-se de uma metáfora para explicar que o efeito backlash seria uma reação da sociedade às decisões tomadas pela Corte Estadunidense no âmbito de assuntos sensíveis e ainda não bem aceitos pela população e pelos setores políticos que, marcados por ideologias conservadoras, resistem a alterações do status quo por meio de decisões judiciais progressistas (FONTELES, 2019, p. 27). Valle (2013, p. 05), traduz esse fenômeno nos moldes da terceira Lei de Newton, no sentido de que toda ação corresponde a uma igual reação em sentido contrário. No Brasil o efeito backlash tem se manifestado por meio da mobilização de grupos políticos e sociais organizados de matriz conservadora que, tem reagido pela via política legislativa, a posicionamentos judiciais frutos de casos polêmicas enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal. Considerando esse cenário negativo que emerge em contrapartida às teses progressitas pró-direitos fundamentais na via judicial, e que acarreta, a médio e longo prazo, retrocessos de direitos, o presente estudo busca analisar o fortalecimento do Bloco de Constitucionalidade como forma combater o efeito backlasch, e como alternativa a legitimação da Corte Constitucional como *locus* eficiente para implementação de direitos. Para atingir o objetivo busca-se: compreender o conceito do efeito backlash; tratar do bloco de constitucionalidade brasileiro; identificar a manifestação do efeito backlash no cenário brasileiro e analisá-lo como fator estratégico no litígio dos Direitos Fundamentais. Essa pesquisa foi realizada com base no método dedutivo. Para atingir os objetivos propostos, foi feito um estudo mediante técnica de revisão bibliográfica, com enfoque na doutrina, artigos científicos de direito constitucional e de direitos humanos, com suporte em decisões emanadas pelo STF e iniciativas legislativas pertinentes ao tema. George Marmelstein, ao analisar como o fenômeno blacklash tem afetado a jurisdição constitucional no Brasil, sistematizou a linha lógica que segue o processo em 07 (sete) fases. A primeira fase é marcada por uma decisão liberal proferida pelo Poder Judiciário em uma matéria divide a opinião pública, as demais fases remontam um processo de mobilização e organização social e política que culmina em aprovação de leis que retrocedem no campo dos direitos fundamentais e por uma nova composição dos órgãos de cúpula da Corte, que são indicados politicamente, o que gera mudança de entendimento dentro do próprio poder judicial. Por fim, na sétima fase, chega-se efetivamente a conclusão de que a decisão judicial que deveria melhorar a vida de minorias, gera efeitos contrários (MARMELSTEIN, 2015, p. 6-7). No Brasil, há uma série de manifestações da Corte que provocaram o efeito blacklash. Pode-se destacar: o reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas pelo Supremo Tribunal Federal, que gerou repercussão e clamor de grupos políticos e sociais pela aprovação do chamado Estatuto da Família, com vistas à exclusão das relações homoafetivas da proteção estatal; a decisão da Corte de não criminalizar a antecipação terapêutica do parto nos casos de feto anencéfalo e a constitucionalidade da realização de pesquisas científicas com células-tronco embrionárias, que provocaram grupos insatisfeitos que demandaram projetos de lei para vedação absoluta do aborto e as pesquisas com células-tronco; a decisão de inconstitucionalidade de uma lei estadual que regulamentava a vaquejada (STF, ADI 4983/CE, 2016), que teve como efeito blacklash a aprovação de uma lei federal que tornou a vaquejada "à condição de manifestações da cultura nacional e de patrimônio cultural imaterial" (Lei 13.364/2016). Nesse cenário de incerteza ocasionado pelo efeito blacklash, uma alternativa estratégica encontra amparo no Bloco de Constitucionalidade. Isso ocorre porque uma cultura pautada no bloco de constitucionalidade impõe, tanto ao julgador quanto ao Legislador, a observância da constituição alargada, que inclui os direitos fundamentais presentes em normas e standares internacionais, ampliando entendimento da realidade dos fatos a partir de uma visão principiológica globalizada. O Bloco de se define como uma estrutura matriz utilizada para realização do controle de constitucionalidade frente a todo ordenamento jurídico nacional. André de Carvalho Ramos (2018), aponta que há o bloco de constititucionalidade amplo, que compreende todos os tratados de direitos humanos internalizados pelo Brasil, e o Bloco de Constitucionalidade restrito que, compreende apenas os tratados recepcionados por meio do rito previsto no texto constitucional. Para o autor, filiado à corrente minoritária que defende o Bloco de Constitucionalidade amplo, tal conclusão é fruto da literalidade do art. 5º, § 2º da CFRB/1988, que dispõe sobre a existência de um Bloco de constitucionalidade que contém todos os direitos previstos nos tratados internacionais de direitos humanos. Mazzuoli nos ensina que independente do status do tratado de direitos humanos em âmbito interno, todas as normas infraconstitucionais devem ser compatíveis com aqueles, o que o autor denomina Dupla compatibilidade vertical material (2011, p.74).No Brasil, fruto de comando constitucional, o Bloco de Constitucionalidade vem se desdobrando progressivamente. A saber, pode-se destacar o entendimento do Supremo Tribunal Federal que conjuga o art. 5º, § 1º, da Constituição o qual determina que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” com o § 2º do art. 5º, e entende que tal aplicação imediata deve ser estendida aos tratados de direitos humanos recepcionados nos moldes constitucionais (Extr 986, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 15-8-2007, Plenário, DJ de 5-10-2007). A discussão acerca do Bloco de Constitucionalidade Brasileiro se desenhou concretamente a partir da decisão do STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade 595/ES, de Relatoria do Min. Celso de Mello. Naquele momento, o Supremo concebia que dispositivos normativos pertencentes ao bloco, entendidos ainda enquanto normas supralegais, poderiam servir de paradigma para realização do confronto das leis e atos normativos infraconstitucionais por meio de controle de constitucionalidade. No entanto, com o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, a Suprema Corte modificou sua posição acerca dos tratados e convenções batizados pelo rito especial do art. 5º, § 3º, mas, manteve os tratados aprovados sem o aludido rito constitucional no patamar da supralegalidade. Dessa forma, surgiu o que a Doutrina denomina de bloco de constitucionalidade restrito, que integra um corpo de tratados aprovados pelo rito especial (RAMOS, 2018). Atualmente, o Bloco de Constitucionalidade Brasileiro alberga, além da Constituição de 1988, a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo (ratificado em 2007); Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com outras Dificuldades para ter Acesso ao Texto Impresso (ratificado em 2013); e, a Convenção Interamericana Contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância (ratificado em 2021). Desse modo, tem-que a posição aceita pela Suprema Corte é de que há um Bloco de Constitucionalidade que alberga o texto constitucional formal e todos os tratados aprovados por meio do rito previsto no art. 5°, §3 da CRFB/1988. Para uma melhor compreensão de como é possível utilizar o bloco de constitucionalidade como estratégia para afastar o efeito blackflash, é preciso ter sua noção completa que não passa somente por tratados e declarações ratificados, mas também pelos standares desenvolvidos pelos órgãos internacionais, tanto em sua competência consultiva quanto contenciosa. O Bloco de Constitucionalidade é um mecanismo proteção dos direitos humanos fundamentais na medida em que não apenas congrega normas, mas entendimentos que contribuem para o ideal de natureza viva, progressista, indivisível e interdependente dos direitos humanos. A título de exemplo, podemos mencionar alguns standares interamericanos que dão sentido de inclusão a conceitos e direitos de minorias: Opinião Consultiva nº 21/2014 em que a Corte IDH, ao tratar de medidas que os Estados devem adotar acerca de meninos e meninas migrantes ou com pais em condição de migração, reconheceu que a definição do conceito de família deveria ser ampliada e que não existe um modelo de família único (LEGALE, SARDINHA, 2019). Ainda, na Opinião Consultiva nº 24/2017, a Corte IDH tratou da obrigação dos Estados de respeitar e adotar medidas positivas em torno do direito à Identidade de gênero, igualdade e não discriminação a casais do mesmo sexo (CORTE IDH, 2017). Tais entendimentos, constituídos no âmbito de um órgão internacional tão legitimo quanto a Suprema Corte, e fruto de um Tratado (CADH) tão vinculante quanto a Constituição, quando compreendidos no Bloco de Constitucionalidade, colaboram para legitimação da Corte Constitucional como *locus* eficiente para implementação de direitos. Ocorre o que Flávia Piovesan diz quando dispõe sobre o Bloco de Constitucionalidade e sua finalidade, pois se cria um “[...] código comum de ação, a qual os Estados devem se conformar, no que diz respeito à promoção e proteção dos direitos humanos” (PIOVESAN, 2006, p. 16). Conclui-se que para solução da tensão constate entre direito e política, fruto dos novos arranjos institucionais das relações entre os Poderes da República, é necessário uma compreensão do backlash como parte do jogo democrático, na medida em que se apresenta como vontade de parcela dos cidadãos. No entanto, não se pode perder de vista a natureza progressista e indivisível dos direitos humanos e de seu papel constitucional por meio da gama de direitos fundamentais, na proteção das minorias em um Estado Democrático de Direito. Desse modo, o Bloco de Constitucionalidade, se apresenta como alternativa a superação do efeito backlash no Brasil, na medida em que o mecanismo congrega não apenas o texto constitucional formal, mas uma gama de valores universais da dignidade humana e dos direitos fundamentais, que servem como parâmetros para uma compreensão do fenômeno constitucional, que se soma ao principio da máxima efetividade das normas constitucionais, que se aplica a todos os direitos materialmente constitucionais. Assim, o Bloco de Constitucionalidade pode contribuir tanto no âmbito da verificação preventiva quanto repressiva de constitucionalidade. Além de poder servir de parâmetro para o controle difuso e para o controle abstrato de constitucionalidade. No entanto, para que o bloco de constitucionalidade se apresente como Fator Estratégico no Litígio dos Direitos Fundamentais, será preciso que a Suprema Corte supere o receio do uso de tratados internacionais como parâmetros para a não aplicação de normas internas. Igualmente, é imperioso que o Poder Judiciário Brasileiro desenvolva senso de cultura interamericana de direitos humanos.

**Palavras-chave:** Bloco de Constitucionalidade, Efeito Backlash, Diretos Humanos.

**Referências**

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Rio de Janeiro 2012 Disponível em: <https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\_para\_Selecao.pdf>. Acesso em 07 de Nov. 2021.

CANÇADO, Antônio Augusto Trindade. **O direito internacional em um mundo em transformação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.641.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CHEHAB, Isabelle e LOPES, Ana Maria. **Bloco de Constitucionalidade e Controle de Convencionalidade:** Reforçando a Proteção dos Direitos Humanos no Brasil. SP. VL - 12. Revista Brasileira de Direito. Disponível em: <<https://www.researchgate.net/publication/312239189_Bloco_de_Constitucionalidade_e_Controle_de_Convencionalidade_Reforcando_a_Protecao_dos_Direitos_Humanos_no_Brasil>>. Acesso em 06 de nov. 2021.

CIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Opinião Consultiva n°. 24/2017. Julgado em 24.11.2017. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\_24\_esp.pdf>. Acesso em: 07 de nov. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Almonacid Arellano y Otros v. Chile**, julgado em 26 de setembro de 2006. Dispo­nível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/arti­culos/seriec\_154\_esp.pdf>. Acesso em 23 out. 2021.

\_\_\_\_\_\_. **Parecer Consultivo Oc-21/14 De 19 De Agosto De 2014**. Solicitado pela República Argentina, República Federativa Do Brasil, República do Paraguai e República Oriental do Uruguai. Direitos E Garantias De Crianças no Contexto da Migração e/ou em Necessidade de Proteção Internacional. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\_21\_por.pdf>. Acesso em 4 de nov. 2021.

HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo**. Trad. Marcos Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 03.

HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

LEGALE, Siddharta; SARDINHA, Danilo. **A opinião consultiva nº 21/2014: os deveres do estado frente às crianças migrantes.** Disponível em: <https://nidh.com.br/oc21/> Acesso em 23 out. 2021.

LEWANDOWSKI, Ricardo. **Voto: arguição de descumprimento de preceito fundamental** 186. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 25 abr. 2012.Disponível em: <http://www.stf.jus.br/PORTAL/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=205890>.Acesso em 9. nov. 2021.

MARMELSTEIN, George. **Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas ao ativismo judicial,** Fortaleza 2015 Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/caju/Efeito.Backlash.Jurisdicao.Constitucional\_1.pdf>. Acesso em: 06 de nov. 2021.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. prefácio Luiz Flávio Gomes. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011. – (Coleção direito e ciências afins ; v. 4 / coordenação Alice Bianchini, Luiz Flávio Gomes, William Terra de Oliveira). Disponível em: <<http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/11193/material/Controle_Convencionalidade_V_Mazzuoli.pdf>>. Acesso em 29 out. 2021.

MÜLLER, Friedrich. Metodologia de Direito Constitucional. Trad. Peter Naumann. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 68.

NEVES, Marcelo. **Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina.** Brasília, 2014. Disponível em:< http://www2.senado.leg. br/bdsf/item/id/502958>. Acesso em 04 nov. de 2021.

\_\_\_\_\_\_. **Transconstitucionalismo.** 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009

NOSCHAG, Patricia, PIUCCO, Micheli. **O Estado Constitucional Cooperativo de peter häberle e a teoria do controle de Convencionalidade Das leis como um modelo de efetivação do direito Internacional cooperativo e comum**. Revista Jurídica Cesumar. maio/agosto 2019, v. 19, n. 2, p. 366. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/6947/3528>. Acesso em 04 de nov. 2021.

PIOVESAN, Flávia. **Controle de Convencionalidade direitos humanos e diálogo entre jurisdições**. 2013. p. 124. Disponível em: [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-19/RBDC-19-067-Artigo\_Flavia\_Piovesan\_(Direitos\_Humanos\_e\_Dialogo\_entre\_Jurisdicoes).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-19/RBDC-19-067-Artigo_Flavia_Piovesan_%28Direitos_Humanos_e_Dialogo_entre_Jurisdicoes%29.pdf). Acesso em 23 out. 2021.

\_\_\_\_\_\_. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

\_\_\_\_\_\_.**Curso de direitos humanos**. 5. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI no 595/ES**, julgada em 18 e fevereiro de 2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo258.htm>>. . Acesso em: 09 nov. 2021.

\_\_\_\_\_\_.**ADPF nº 153/DF**, Min. Rel. Eros Grau, j. 29/04/2010. Disponível em: <[http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?­docTP=AC&docID=612960](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960)>. Acesso em 09 de nov. 2021.

\_\_\_\_\_\_.**Ext 986**, rel. min. Eros Grau, j. 15-8-2007, P, DJ de 5-10-2007. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigo.asp?item=784&tipo=CJ&termo=37>>. Acesso em 09 de nov. 2021.

\_\_\_\_\_\_.**HC 91.361**, Rel. Min. Celso de Mello, j. 23-9-2008, Segunda Turma, DJE de 6-2-2009). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigo.asp?item=1079&tipo=CJ&termo=37>>. Acesso em: 06 de nov. 2021.

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 07 de nov. 2021.

1. Advogado e Professor de Direito do Centro Universitário Salesiano. Juiz eleitoral do TRE-ES (biênios 2016-18 e 2018-20). Mestre em Direito Processual Civil pela UFES. E-mail: aacoutinho@gmail.com [↑](#footnote-ref-1)
2. Pós-graduando em Direito Internacional e Direitos Humanos pela PUC/MG. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Salesiano. E-mail: laerciojorge2019@outlook.com [↑](#footnote-ref-2)