

OS PROCESSOS ESTRUTURAIS À LUZ DO EFEITO BACKLASH

STRUCTURAL PROCESSES IN THE LIGHT OF THE BACKLASH EFFECT

Marcos Délli Ribeiro Rodrigues¹

Bruna Paula da Costa Ribeiro²

Natália Ribeiro Linhares³

Ingrid Quirino Ribeiro⁴

Resumo: Atualmente, alguns litígios são tão complexos que exigem toda uma reforma nos institutos envolvidos para que haja a cessação da violação de direitos. Nesse enfoque, entram em cena os processos estruturais, como meio de solução de imbróglis dessa complexidade. No entanto, existem óbices à efetividade das sentenças do processo estrutural, como o efeito backlash. Assim, urge o questionamento: é possível, mesmo diante dos impasses, que a sentença estrutural gere efeitos positivos no mundo dos fatos? Com base em estudos doutrinários, jurisprudenciais e legislativos, entende-se que a solução mais adequada para o caso é a utilização da técnica de sentença dialógica.

Palavras-chave: Direito. Sentença. Backlash. Constituição. Jurisprudência.

1 Graduado em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG). Especialista em Processo Civil pela UnP - Universidade Potiguar. Mestrando em Direito, Regulação e Desenvolvimento Sustentável na UNIPÊ. Doutorando em Direito aluno especial, na área de concentração Empreendimentos Econômicos, desenvolvimento e mudança social. pela UNIMAR; Natal/RN

2 Graduada em Química Industrial pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB) e pós-graduada em Petróleo e Gás pela Universidade Potiguar (UNP). Graduada em Direito pela Faculdade Maurício de Nassau (UNINASSAU). Mestranda em Direito Ambiental e Novos Direitos pela Universidade de Caxias do Sul (UCS). Natal/RN

3 Graduada em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG). Especialista em Direito Administrativo e Gestão Pública pelas Faculdades Integradas de Patos (FIP). Atualmente, Natália é mestranda em Direito Ambiental e Sociedade na Universidade de Caxias do Sul (UCS). Natal/RN

4 Graduada em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG). Natal/RN

Abstract: Currently, some disputes are so complex that they require an entire reform of the institutes involved in order to stop the violation of rights. In this approach, structural processes come into play, as a means of solving imbroglios of this complexity. However, there are obstacles to the effectiveness of judgments in the structural process, such as the backlash effect. Thus, the question is urgent: is it possible, even in the face of impasses, that the structural sentence generates positive effects in the world of facts? Based on doctrinal, jurisprudential and legislative studies, it is understood that the most appropriate solution for the case is the use of the dialogic sentence technique.

Keywords: Law. Sentence. Backlash. Constitution. Jurisprudence.

INTRODUÇÃO

O contexto pós-guerra revelou a necessidade de proteção dos direitos até ali conquistados. Por isso, as Constituições promulgadas a essa época incluíram uma nova gama de direitos que, até então, não eram considerados constitucionais. Entre as novidades inauguradas, tem-se a presença dos direitos sociais, econômicos e culturais nos textos constitucionais. (ALBUQUERQUE; CASIMIRO, 2020, p. 645)

Ocorre que, embora previstos no Texto Maior, por diversas vezes, esses mesmos direitos são desrespeitados, abrindo espaço para a atuação do Judiciário na concretização do prometido pela Lex Mater. Dessa forma, diante das omissões políticas encontradas no cenário global, por diversas vezes, não é possível encontrar a solução por meio de um processo clássico. Nesse ponto entram os litígios estruturais (ALBUQUERQUE; CASIMIRO, 2020, p. 645).

Como uma saída aplicável às graves violações de direitos, os processos estruturais buscam modificar as estruturas da situação-causa de tal violação. No entanto, seus efeitos negativos, dentre os quais se destaca o backlash, colocam em dúvida a efetividade das sentenças estruturantes. Dessa forma, urge a questão-problema: diante dos impasses trazidos pelo processo estrutural, é possível que

sua sentença gere efeito no mundo dos fatos?

Visando responder o questionamento, esse artigo será dividido em três tópicos, além da introdução e da conclusão. No primeiro, será possível entender as principais características do processo estrutural e sua diferença dos litígios clássicos. No segundo, serão brevemente analisados os obstáculos para a efetividade das sentenças estruturantes. Por fim, no terceiro, será vista uma possível solução para o impasse.

Essa pesquisa baseou-se em estudos doutrinários, jurisprudenciais e legais, sob uma perspectiva qualitativa. Por fim, espera-se que esse estudo possa contribuir para o entendimento dos processos estruturais e do efeito backlash no ordenamento jurídico, além de trazer uma possível solução aos problemas aqui apresentados.

PROCESSOS ESTRUTURAIS

Conforme brevemente explanado acima, o presente tópico irá discorrer sobre o surgimento dos processos estruturais, sobre os litígios clássicos, suas diferenças quando em contraposição aos estruturais, além das características dessa classe processual.

Surgimentos dos Processos Estruturais e o Caso Brown V. Board of Education of Topeka

Embora existam divergências sobre quando surgiram os processos estruturais, boa parte dos pesquisadores da área apontam o caso Brown v. Board of Education of Topeka como caso emblemático dos litígios estruturais. Esse caso judicializou a segregação racial que ocorria nas escolas norte-americanas e fazia com que crianças negras como Linda Brown precisarem atravessar a cidade para estudar (GALDINO, 2019, p. 361).

Passados mais de cinquenta anos⁵ do movimento *separate but equal*⁶, percebe-se uma evolução na sociedade norte americana, quando a Corte, ao julgar o caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, passa a entender pela inconstitucionalidade da segregação racial. No entanto, os Estados Unidos estavam organizados de modo separatista, o que causou uma imensa dificuldade em executar o que foi determinado em sentença (SANTOS; DIAS; NETO, 2020, p. 69).

A Corte entendeu que haveria dificuldades para cumprir a decisão do caso, de modo que o direito material exigia uma transição para um estado de coisas diverso que permitisse sua concretização (GALDINO, 2019, p. 365).

Nesse ponto, inclusive, urge lembrar que houve o caso *Brown II*, após uma resistência de implementação das medidas ocasionada pelo sul dos Estados Unidos, buscando entender tais entraves (BRITTO; KARNINKE, 2019, p. 278).

Como no caso mencionado, em um contexto no qual há uma omissão política⁷ de grandes dimensões que impeça a efetivação dos direitos previstos pela Constituição, há o cenário ideal para o surgimento de um litígio estrutural. Nesse viés, os processos estruturais surgem como uma forte resposta, capaz de suprir as faltas estatais por meio de uma sentença estruturante, que pode reformar completamente um aspecto social, como a segregação racial (ALBUQUERQUE; CASIMIRO, 2020, p. 646).

5 “Na ocasião, revertendo o posicionamento adotado em *Plessy v. Ferguson* (1896), que por décadas serviu de supedâneo para a discriminação com base na cor da pele nos Estados Unidos (BERNSTEIN, 1963), a Corte unanimemente declarou inconstitucional a segregação racial nas escolas públicas (BELL JR, 1980)”. SANTOS, Yago da Costa Nunes dos. DIAS, Isabela Santos. NETO, Jaime Barreiros. *Decisões progressistas e Backlash: reações conservadoras ao reconhecimento judicial do direito de união entre pessoas do mesmo sexo no Brasil e na Colômbia*. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, v. 13, n.1, jan./jul. 2020, p. 69

6 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. CÔRTEZ, Victor Augusto Passos Villani. *As medidas estruturantes e a efetividade das decisões judiciais no ordenamento jurídico brasileiro*. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, v. 13, 2014, p. 233/234

7 Segundo Matheus Casemiro e Felipe Braga: (...) “o termo omissão não se refere a um vácuo normativo. Afinal, é possível que exista ampla diversidade normativa tratando sobre determinado tema e, ainda assim, existir uma grave omissão política. Portanto, a omissão política pode ser compreendida como a falta de políticas públicas necessárias à proteção de direitos constitucionalmente assegurados, ocasionando-lhes profundas e reiteradas violações por parte do Poder Público”. ALBUQUERQUE, Felipe Braga. CASIMIRO, Matheus. *A importância da participação pública nos processos estruturais: contribuições da teoria normativa de Susan Sturm*. **Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 2, maio/ago. 2020, p. 646.

No entanto, nem toda omissão ocasiona um processo estrutural. Para entender a diferença entre o litígio clássico e o estrutural, serão brevemente pinceladas as características de ambos procedimentos nos tópicos seguintes.

PROCESSOS TRADICIONAIS

Importante fazer um comparativo entre os processos judiciais tradicionais e os processos estruturais, a fim de compreender quais os reais impactos de uma decisão estrutural em uma sociedade.

Dessa forma, inicialmente, faz-se necessário conhecer a principais características do processo clássico. Aqui, existe a dicotomia entre os polos, na qual, comumente, o polo ativo busca a reparação de um direito violado pelo ente que compõe o polo passivo. Nesse ponto, importa destacar que não há, na grande maioria dos casos, uma preocupação com as violações que continuaram ocorrendo, mas há uma necessidade de sanar os danos já causados (ALBUQUERQUE; CASIMIRO, 2020, p. 646).

Imperioso destacar que há formas, no processo tradicional, de ingresso de terceiros nas demandas. No entanto, tais acontecimentos são encarados como acidentes processuais, devendo ser evitados até pela celeridade dos processos (PICOLI, 2018, p. 16-17).

Outrossim, o papel do juiz limita-se a um cargo passivo⁸, no qual agir além do que as partes invocam podem ser causa para a anulação das decisões (PINHO; CÔRTEZ, 2014, p. 235).

No entanto, os problemas estruturais demandam processos diferentes: além de sanar os prejuízos causados, torna-se necessário intervir mais a fundo nas instituições envolvidas no imbróglio, buscando reorganizar o estado de coisas para que as violações não se perpetuem.

BREVES COMENTÁRIOS SOBRE OS LITÍGIOS ESTRUTURAIS

⁸ Nas palavras de Humberto Dalla e Victor Augusto Cortês: “Como já argumentado, o processo civil brasileiro é marcado por sua estrutura binária. São processos judiciais típicos. O limite da atuação jurisdicional está ligado ao pedido formulado, o princípio da demanda estabelece equivalência entre o pedido da peça vestibular e a sentença”. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. CÔRTEZ, Victor Augusto Passos Villani. As medidas estruturantes e a efetividade das decisões judiciais no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, v. 13, 2014, p. 235

O objeto capaz de resultar em um processo estrutural é causa de imbrólios tão enraizados que, se apenas as consequências forem tratadas, o problema irá se perpetuar (ALBUQUERQUE; CASIMIRO; 2020, p. 647).

Dessa feita, as sentenças estruturais têm como foco principal renovar todo o contexto do objeto litigioso, de modo que irá impedir a continuação do problema no futuro, além de reparar os danos já ocasionados por ele⁹⁻¹⁰ (PINHO; CÔRTEZ, 2014, p. 237).

Assim, já é possível ter ideia, ainda no início da explicação, como uma sentença estrutural afeta o contexto ao qual é inserida. Nesse viés, pesquisadores como Owen Fiss, entendem que, de modo geral, o contexto no qual está inserido um problema estrutural é marcado por uma problemática na estrutura pública, que impossibilita a execução dos direitos previstos na Constituição (ALBUQUERQUE; CASIMIRO, 2020, p. 647).

No entanto, de modo complementar, vale frisar que as decisões estruturais podem ser voltadas as estruturas privadas que ocupem um papel fundamental para assegurar a concretização de direitos à sociedade, quando houver alguma violação generalizada na prestação de seus serviços, ou, ainda, se houver algum dano causado a diversas aéreas da sociedade (VITORELLI, 2018, p. 7).

Nesse fito, pode-se conceituar o processo estrutural como um meio jurídico pelo qual se busca solucionar um litígio que esteja gerando uma grave violação de direitos, buscando, para isso, restabelecer a ordem e concretizar os direitos já previstos nas normativas, sejam no âmbito público ou no privado.

9 De acordo com os ensinamentos de Braga e Casemiro: “Nas palavras de Campos (2016, p. 189), esses provimentos jurisdicionais são ‘comandos voltados a alcançar as mudanças institucionais que caracterizam a public law litigation’.” ALBUQUERQUE, Felipe Braga. CASIMIRO, Matheus. A importância da participação pública nos processos estruturais: contribuições da teoria normativa de Susan Sturm. **Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 2, p. 643-665, maio/ago. 2020, p. 647

10 No mesmo sentido: “Sérgio Cruz Arenhart ensina que estas são decisões que se orientam para uma perspectiva futura, tendo em conta a mais perfeita resolução da controvérsia como um todo, evitando que a decisão judicial se converta em problema maior do que o litígio que foi examinado”. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. CÔRTEZ, Víctor Augusto Passos Villani. As medidas estruturantes e a efetividade das decisões judiciais no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, v. 13, 2014, p. 237

Assim, a sentença estrutural ordenará a readequação do órgão causador das violações ocorridas, indicando os passos para que tais erros não se repitam. Nesse viés, as decisões são compostas por *structural injunctions*¹¹, capazes de transformar a realidade de violações em um futuro de proteção e implementação aos direitos constitucionais (VITORELLI, 2018, p. 10).

Flavianne Nóbrega, Eduarda França e Matheus Casemiro trazem importante conceito de processo estrutural:

Os processos estruturais, portanto, são comumente vistos como um tipo (espécie) de processo coletivo, que visa enfrentar conflitos multipolares e de elevada complexidade, cujo objetivo é promover a guarda dos direitos fundamentais pela via jurisdicional, interferindo no (mau) funcionamento ou na omissão de organizações públicas ou privadas. É necessário, nesse sentido, que as organizações sejam reestruturadas como um todo, a partir da alteração de seus procedimentos internos, sua estrutura burocrática e a mudança comportamental de seus agentes (NÓBREGA; FRANÇA; CASIMIRO, 2022, p. 114).

Grandes nomes do Direito Processual Civil, como Freddie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr. e Rafael Alexandria de Oliveira, fazem uma dicotomia entre as características dos processos estruturais. Para eles, essas particularidades dividem-se entre essenciais e não essenciais (DIDIER JR., Freddie; ZANETI JR, 2020, p. 110).

Dentre as essenciais, conforme já mencionado, está a necessidade de se discutir um imbróglio estrutural, envolto por um estado de violação de direitos, o qual deverá ser transformado para um estado ideal das coisas. Para que isso aconteça, outra característica marcante é a necessária flexibilidade processual, já que para haver uma alteração estrutural no estado das coisas, o rito processual a ser seguido não poderá ser o tradicional.

Por seu turno, dentre as características que são típicas, mas não essenciais, os autores citam a multipolaridade, a coletividade e a complexidade.

11 Segundo Owen Fiss, “o instrumento formal por intermédio do qual o Judiciário busca reorganizar instituições burocráticas para que funcionem de acordo com a Constituição”. VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: Processo Estrutural, Processo Coletivo, Processo Estratégico e suas diferenças. **Revista dos Tribunais Online**, v. 284, out. 2018, p. 10.

Dessa forma, a primeira delas é bastante comum nos processos estruturais, tanto que se torna difícil imaginar um litígio estrutural que não envolva múltiplos polos. Isso ocorre porque, aqui, a tradição binária processual perde sentido, na maioria dos casos, diante da complexidade deles. Assim, é bastante usual que haja a multipolaridade nesse tipo processual e que os interesses de cada parte se alinhem e se desalinhem ao das outras partes no curso processual.

Dessa forma, no que diz respeito à questão X, todas as partes podem estar alinhadas. Já no que tange à questão Y, apenas uma parte pode discordar do todo. Aqui, por diversas vezes, o quesito de contraposição total entre os polos da ação, costumeiramente presente no processo clássico, é minado pela multipolaridade (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR, 2020, p. 110).

Nessa linha, a segunda característica comumente presente nos processos estruturais é a coletividade do processo. Intrinsecamente ligada a primeira questão, é comum que o processo estrutural seja coletivo já que normalmente a violação de direitos complexa envolve mais de um autor e mais de uma vítima. Outrossim, os doutrinadores apontam que a coletividade é comum nos processos estruturais em virtude da múltipla incidência, que ocorre já que a violação pode atingir situações individuais e coletivas ao mesmo tempo.

No entanto, é perfeitamente possível que um processo estrutural não seja coletivo. Para ajudar a visualizar, os autores citam o seguinte exemplo:

Imagine que um sujeito, portador de deficiência ou com mobilidade reduzida, ingresse com ação individual para, com base nos direitos que lhe são assegurados pela Lei nº 10.098/200029, exigir que determinados edifícios públicos ou privados, de uso coletivo, aos quais precisa ele recorrentemente ter acesso (como sua faculdade, o hospital do seu bairro, o banco no qual possui conta corrente etc.), sejam obrigados a promover reformas para garantir a acessibilidade prevista em lei (DIDIER JR.; ZANETI JR.; OLIVEIRA, 2020, p. 112).

Por fim, a complexidade é apontada como última característica comum, mas não essencial do processo estrutural. Essa característica se concretiza pois, por diversas vezes, os litígios estruturais admitem diversas soluções.

Finalizando esse tópico, Edilson Vitorelli faz um interessante apanhado das características não essenciais, demonstrando que todas estão interligadas:

Para William Fletcher, é “característica de problemas complexos, com inúmeros ‘centros’ problemáticos subsidiários, cada um dos quais se relacionando com os demais, de modo que a solução de cada um depende da solução de todos os outros”²⁹. O autor se vale da metáfora de uma teia de aranha, cuja tensão dos vários fios é determinada pela relação entre todas as partes da teia, de maneira que a intervenção em apenas um fio acarreta a redistribuição de tensão em toda a estrutura, implicando sua total reconfiguração. Os problemas policêntricos perpassam toda a sociedade e são, via de regra, pouco passíveis de resolução exclusivamente governamental³⁰. O policentrismo legal se caracteriza pela presença simultânea de vários centros de interesses juridicamente protegidos no mesmo conflito. Conforme percebeu Lon Fuller, esse tipo de problema não pode ser adequadamente resolvido por técnicas tradicionais de julgamento³¹. Nesse contexto, os interesses dos diversos subgrupos não podem ser enquadrados nas singelas categorias de autor e réu. Há zonas de interesses³² que se sobrepõem parcialmente, mas também se opõem em determinados contextos (VITORELLI, 2020, p. 114).

Após entender brevemente como se caracteriza um processo estrutural, urge a necessidade de demonstrar os possíveis impactos negativos trazidos pelo processo estrutural.

POSSÍVEIS IMPACTOS NEGATIVOS DO PROCESSO ESTRUTURAL

Os estudiosos do tema apontam quatro principais obstáculos para a efetividade dos processos estruturais, sendo eles: a possível violação da separação de poderes, a falta de legitimidade do juízo, a incompetência técnica do Poder Judiciário e o possível efeito backlash (NÓBREGA; FRANÇA; CASIMIRO, 2022, p. 114).

A possibilidade de violação do princípio da separação dos poderes ocorre pois há uma necessidade de o juiz avançar na competência do Executivo e do Legislativo, para poder solucionar os litígios estruturais. Dessa forma, o Judiciário fica preso entre agir em autoconstrução ou adotar uma

postura mais voltada ao ativismo judiciário¹² (ARAÚJO, 2021, p. 171-172).

A segunda e a terceira críticas estão diretamente ligadas e dizem respeito à ilegitimidade e à incapacidade do Poder Judiciário de atuar formulando, gerenciando e supervisionando políticas públicas capazes de solucionar os problemas estruturais. No quesito da supervisão, o caso agrava-se ainda mais, visto que os juízes têm seus deveres a cumprir, não os podendo deixar em segundo plano para acompanhar a execução de uma só sentença.

Por fim, o último principal óbice apontado refere-se ao backlash que será melhor analisado no capítulo seguinte, a fim de ser melhor entendido.

BREVES COMENTÁRIOS SOBRE O BACKLASH

O efeito backlash, um dos quatro elementos dificultadores dos processos estruturais, conforme exposto anteriormente, é um fenômeno de resposta às decisões judiciais. Esse termo ficou conhecido após o caso *Roe vs. Wade*, na Suprema Corte dos Estados Unidos, em 1973 (ARAÚJO, 2021, p. 174).

Nesse caso, Roe, vítima de estupro, buscava autorização da justiça para realizar um aborto. Após a publicação da sentença, concedendo o direito ao aborto, os políticos conservadores da época se articularam para promulgar uma lei que impedisse o aborto de acontecer¹³.

12 Tatyane Araújo conceitua ativismo judicial como sendo uma: "(...) expressão oriunda do direito americano e sobre a qual também há amplo debate no direito brasileiro, trata de um fenômeno fruto da democracia, surgindo com a teoria do Neoconstitucionalismo e do espaço que a Constituição democrática de 1988 concedeu ao Poder Judiciário em âmbito nacional, fazendo referência a uma atuação mais intensa desse Poder. É um assunto de vasta discussão e que divide opiniões no universo jurídico, essas tanto extremas quanto temperadas. Muitas são as vertentes que buscam definir o que se considera 'ativismo', assim como há quem, por fundadas razões, defenda-o ou o critique. Além disso, também se faz necessário comentar sobre a diferenciação entre ativismo judicial e judicialização da política, dois pontos com similaridades, mas que devem ser dispostos". ARAÚJO, Tatyane Maria Lins de. O impasse entre os Poderes e o efeito backlash como contra-ataque às decisões judiciais ativistas no Brasil. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, vol. 127, set./out 2021, p. 171-172.

13 ARAÚJO, Tatyane Maria Lins de. O impasse entre os Poderes e o efeito backlash como contra-ataque às decisões judiciais ativistas no Brasil. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, vol. 127, set./out 2021, p. 174

Assim, ocorreu o backlash, visto que houve uma movimentação do legislativo para impedir o cumprimento do determinado em sentença (ARAÚJO, 2021, p. 174).

Sobre a temática, destacam-se duas teorias¹⁴. A primeira teoria Minimalista, defendida principalmente por Cass Sunstein. Essa vertente entende que o juízo deve deter-se apenas sobre a questão jurídica do caso, deixando para a sociedade qualquer questão política pendente de escolha para solucionar o litígio, como, por exemplo, qual será a política pública adequada para tal feito (ZAGURSKI, 2017, p. 89).

Ademais, essa teoria assegura que o órgão julgador deve focar em dois pontos: a estreiteza e a superficialidade. O primeiro diz respeito à necessidade de o juízo sentenciar o caso em cima da problemática a que fora invocado, sem adentrar nas ramificações do caso. O segundo, por seu turno, refere-se ao objetivo de alcançar “acordos sobre abstrações entre desacordos ou incerteza sobre o significado particular de tais abstrações” (ARAÚJO, 2021, p. 174).

A segunda teoria, chamada de Constitucionalismo Democrático, tira o juiz do papel passivo e o insere em um contexto de maior responsabilidade. Aqui, na busca de concretizar direitos, os membros da corte ficam autorizados a adentrar os âmbitos morais e políticos, desde que de modo fundamentado.

Dessa forma, há quem interprete o backlash como uma resposta natural da sociedade às questões ainda não resolvidas extrajudicialmente¹⁵ (CHIANELLI, 2019, p. 44). Assim, como há uma

14 ARAÚJO, Tatyane Maria Lins de. O impasse entre os Poderes e o efeito backlash como contra-ataque às decisões judiciais ativistas no Brasil. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, vol. 127, set./out 2021, p. 174

15 “Nas palavras de Rodrigo Marinho e Julia Martins, o backlash é uma ‘reação social e ou política a decisões judiciais - em especial, as decisões de Tribunais Constitucionais – em temas considerados sensíveis e a respeito dos quais há marcante controvérsia, no escopo de conservar o estado anterior sobre o tema atingido’. Vale ressaltar, ainda, que o efeito backlash, segundo Marinho e Martins, está intimamente ligado à ideia de ‘sociedade aberta de intérpretes da Constituição, proposta por Peter Häberle, que desloca o foco da teoria da interpretação constitucional para os participantes do processo de interpretação’. Para Häberle, no processo de interpretação das normas constitucionais, ‘estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, as potências públicas, os cidadãos e os grupos. Não existe nenhum *numerus clausus* dos intérpretes da Constituição’. A interpretação é pluralista e democrática. Häberle desenvolveu a teoria do Estado Constitucional Cooperativo, que preconiza a cooperação e a integração, de forma a democratizar a interpretação constitucional, descaracterizando o Estado como estrutura fechada na soberania nacional”. CHIANELLI, Laila Alves. O efeito Backlash à luz da Teoria dos Diálogos Constitucionais. 2019. Monografia

interpretação aberta das constituições, é um efeito natural que a sociedade discorde e aja de modo contrário ao entendido pelo Judiciário. Aqui, quando o campo social caminha para apaziguar um embate de uma forma e o Judiciário segue de modo oposto, o backlash manifesta-se como um movimento legítimo, capaz de atualizar as sentenças para que elas sigam alinhadas com o pensamento majoritário contemporâneo.

Nesse ponto, Michael Klarman afirma que a medida ideal seria deixar a sociedade amadurecer seu posicionamento para, só então, o judiciário entrar em cena com medidas mais estruturais (CHIANELLI, 2019, p. 45). Até então, o adequado para o pesquisador seria que as cortes agissem de modo mais contencioso e tradicional.

Por outro lado, esse efeito pode ser definido como uma resposta da sociedade à decisão judicial. Assim, parte da doutrina interpreta essa reação como algo negativo, uma espécie de desrespeito ao Judiciário, que estaria atuando, pautado em conhecimento jurídico e bom senso, para assegurar a concretização dos direitos previstos na constituição e, portanto, essas decisões seriam constitucionais (ARAÚJO, 2021, p. 174).

Aqui, entende-se que, embora o backlash seja uma manifestação democrática da população, do legislativo ou do executivo, sua existência é um empecilho para o avanço da sociedade. Isso, pois, acredita-se que se a problemática estrutural foi levada ao Judiciário, esse é capacitado para decidir e culminar em uma solução adequada, fundamentada e pautada no bom senso, para sair de determinado estado de violação geral.

Para melhor entender o poder do efeito backlash, importa enxergá-lo na prática. Para isso, serão expostos dois casos de destaque, que ocorreram no Brasil.

EXEMPLOS PRÁTICOS NO BRASIL

Caso da Vaquejada

(Pós-Graduação Lato Sensu) - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019 p. 44

Famoso caso de backlash que ocorreu no Brasil ficou conhecido como Caso da Vaquejada. O estado do Ceará editou a lei nº 15.299/2013, que regulamentava a prática da Vaquejada nos seus limites territoriais.

Ato contínuo, o Procurador-Geral da República ajuizou uma Ação Direita de Inconstitucionalidade contra a referida Lei, pois, ao seu entender, haveria violação ao artigo 225, § 1º, VII, da Carta Mãe. Em outubro de 2016, por meio da ADI 4983, o Supremo Tribunal Federal julgou a lei cearense inconstitucional (BELO, 2019, p. 51).

Já no ano de 2017, a Emenda Constitucional n. 96 alterou a redação do artigo 225¹⁶ da Constituição Federal, acrescentando o §7º (BRASIL, 1988). A partir dessa mudança, a prática da vaquejada deixava de ser considerada inconstitucional, fato esse, que se manifesta como um backlash da decisão do STF que considerou a lei que regulamentava o esporte como incompatível com as previsões constitucionais.

Essa alteração da Constituição, somada à promulgação da Lei Federal n. 13.364/2016, normativa que reconhece a vaquejada como manifestação cultural, representam uma resposta do legislativo e da sociedade à decisão resultante da ADI 4983, sendo entendidas, portanto, como uma espécie de backlash.

Aqui, pode-se entender, como o descumprimento de uma decisão judicial, para ser legítimo, conta com o apoio do Poder Legislativo, que, como representante do povo, tem a responsabilidade de atuar a favor da opinião majoritária da sociedade. Assim sendo, as articulações invalidaram a decisão judicial e o efeito backlash se concretizou.

16 Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. **§ 7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos.** (grifos acrescentados).

Caso das uniões homoafetivas

Outro famoso caso de backlash, que ocorreu no Brasil, diz respeito às famílias homoafetivas. Em 2011, ao julgar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 123/RJ e a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277/DF, o STF reconheceu o direito da união estável para casais homoafetivos.

Antes dessa decisão, o direito à união estável era restrito apenas para casais heteroafetivos, em virtude de interpretação restrita do artigo 1.723 do Código Civil¹⁷ (BRASIL, 2002). Nesse contexto, o STF, apoiado pelo Ministério Público Federal e pela Advocacia-Geral da União, afastou a literalidade da expressão “homem e mulher” e passou a admitir a interpretação extensiva da lei (ZAGURSKI, 2017, p. 98).

Como previsto, em um país com forte influência religiosa, houveram diversas manifestações características de efeito backlash. Pesquisas realizadas à época da mudança, apontaram que mais da metade da população não se considerava favorável à decisão do Supremo¹⁸ (ZAGURSKI, 2017, p. 100). Nesse contexto, alguns estados, como o Rio Grande do Sul, continuaram a não reconhecer a união estável entre pessoas do mesmo sexo, o que deixou cristalina a certeza de que só a decisão do STF não seria necessária para superar o backlash.

Assim, o Conselho Nacional de Justiça precisou agir, para efetivar a decisão do STF e acabou por publicar a Resolução n. 175/2013, que proibiu as autoridades de negarem registrar a união estável de pessoas do mesmo sexo, sob pena de responder por essa negativa.

Contudo, o efeito backlash continuou a se manifestar de outras formas. Dentre elas, pode-se

17 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

18 Adriana Zagurski aponta dados ainda mais alarmantes: “Muitos cartórios e até juízes³¹ recusaram-se a habilitar ou celebrar casamento civil ou, até mesmo, de converter união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo, levando o STF a expedir a Resolução n. 175, de 14 de maio de 2013 do CNJ – Conselho Nacional de Justiça”. ZAGURSKI, Adriana Timoteo dos Santos. Backlash: uma reflexão sobre deliberação judicial em casos polêmicos. **Revista da Advocacia Geral da União**, Brasília/DF, v. 16, n. 03, jul./set. 2017, p. 100

mencionar o projeto de lei n. 6.583/2013, o Estatuto da Família, que define a entidade como núcleo formado por homem e mulher, excluindo a possibilidade de um casal homoafetivo vir a ser considerado família (SANTOS, 2020, p. 76-77). Outro famoso projeto de lei que vai contra a decisão do STF é o da “cura gay”¹⁹ (SANTOS; NETO, 2020, p. 77).

Entende-se, portanto, que o efeito backlash traz sérias consequências práticas ao ordenamento. Assim, embora ele seja uma manifestação natural democrática, sua presença pode atrasar a cessação da violação de determinados direitos, como apresentado nesse segundo caso.

SOLUÇÕES – DECISÃO DIALÓGICA

Diante de uma realidade que viola direitos constitucionais, o Judiciário precisa agir para concretizar essas garantias. Assim, embora os processos judiciais, muitas vezes, sejam soluções adequadas para solucionar tais celeumas, existem fatores que impedem o seu perfeito funcionamento, com destaque ao backlash.

Assim, buscando evitar (i) que o Poder Judiciário se omita do seu dever de concretizar direitos ou (ii) que assuma uma postura ditatorial, esse estudo encontra uma possível saída para a temática. Acredita-se que, por meio das decisões dialógicas, o jurídico possa avançar na solução de problemas

19 No mesmo sentido, Yago Santos, Isabela Dias e Jaime Neto apontam outras propostas legislativas com caráter de *backlash*: Nesse contexto, foi, igualmente, debatido o Projeto de Decreto Legislativo conhecido como “projeto da cura gay”, de autoria do deputado federal João Campos (PSDB-GO), que a despeito de ser sido aprovado pela Comissão de Direitos Humanos, então presidida pelo deputado Marco Feliciano (PSC-SP), acabou sendo retirada de tramitação por pedido do próprio autor (ZAGURSKI, 2017, p. 171). Não obstante, em 2014, o deputado Pastor Eurico (PSB-PE) também apresentou o projeto de Decreto Legislativo nº 1457/2014, objetivando sustar os efeitos da Resolução nº 01, de 22 de março de 1999, editada pelo Conselho Federal de Psicologia (BRASIL, 2014). Esta resolução fixa normas de atuação para os psicólogos em relação à questão da orientação sexual, vedando tratamentos com o objetivo de reverter a homossexualidade. Seguindo esta mesma linha, em 2016, o deputado Ezequiel Teixeira (PTN-RJ) apresentou o Projeto de Lei nº 4.931/2016, que versa sobre o “direito à modificação da orientação sexual em atenção à Dignidade Humana”. Por meio de tal proposta legislativa, busca-se possibilitar que o profissional de saúde mental atenda e aplique terapias com o propósito de alterar a orientação sexual de indivíduos de homossexual para heterossexual (BRASIL, 2016). SANTOS, Yago da Costa Nunes dos. DIAS, Isabela Santos. NETO, Jaime Barreiros. Decisões progressistas e Backlash: reações conservadoras ao reconhecimento judicial do direito de união entre pessoas do mesmo sexo no Brasil e na Colômbia. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, v. 13, n.1, jan./jul. 2020, p. 77

estruturais e evitar o backlash.

As decisões dialógicas, também conhecidas como ativismo judicial dialógico, possibilitam que o Judiciário adote uma postura ativa na busca pela proteção dos direitos, em que haja responsividade, mas que não esteja presente a usurpação²⁰ (ALBUQUERQUE; CASIMIRO, 2020, p. 652). dos outros Poderes. Assim, quando respeitados os limites dos demais Poderes e empregada uma postura ativa do Judiciário, vê-se a possibilidade de se caminhar à solução de conflitos estruturais, sem que haja possíveis backlashes.

Nesse contexto, o foco dessas soluções dialogais seria em criar um ambiente adequado para que os poderes Legislativo e Executivo, além da sociedade em si, possam se manifestar sobre a saída adequada para a problemática. Tal fato torna-se positivo quando se entende que a promoção do diálogo é capaz de aumentar a reflexão e a percepção da responsabilidade de cada instituição no imbróglio.

Ademais, esse diálogo permite um maior respeito à separação e independência dos Poderes, o que causa, conseqüentemente, uma maior probabilidade de cumprimento da sentença, já que a imposição do Judiciário troca de lugar com a decisão baseada no ativismo dialogal. Dessa forma, com decisões mais bem fundamentadas e pautadas na separação dos poderes, resta claro que haverá uma maior legitimidade nas decisões (ALBUQUERQUE; CASIMIRO, 2020, p. 653).

Decerto, não é possível afirmar que a participação dos entes envolvidos no litígio, por si só, garanta a efetividade da sentença. Por isso, uma decisão pautada no ativismo judicial dialógico precisa, para garantir seu sucesso, determinar as normas que a nortearão. Nesse norte, Susan Sturm

20 Braga e Casemiro trazem interessante conceito de usurpação, citando Oscar Vilhena: É nesse mesmo sentido o pensamento de Oscar Vilhena, que defende uma diferenciação entre responsividade e usurpação. A responsividade está associada à ideia de que o Judiciário deve atuar ativamente para promover a efetividade dos dispositivos constitucionais e, em especial, dos direitos fundamentais (VIEIRA, 2018, p. 175). Por essa razão, ela depende do arcabouço institucional e pode ser legítima, não implicando, necessariamente, em usurpação. Esclarecendo a diferença, o autor explica: A responsividade não deve ser confundida com a usurpação, em que o Judiciário avança, sem a devida justificativa normativa, sobre a função de outros poderes, e não com a finalidade de emitir um juízo normativo sobre a validade de determinados atos normas em relação à Constituição, mas com o objetivo de substituir decisões políticas ou técnicas tomadas pelos demais poderes por seus próprios juízos técnicos ou políticos (VIEIRA, 2018, p. 175-176). ALBUQUERQUE, Felipe Braga. CASIMIRO, Matheus. A importância da participação pública nos processos estruturais: contribuições da teoria normativa de Susan Sturm. **Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 2, p. 643-665, maio/ago. 2020, p. 652

desenvolve uma teoria acerca das diretrizes a serem seguidas, sendo elas: a participação, a imparcialidade, a fundamentação robusta das decisões, a remediação e a não violação do princípio da violação dos Poderes (ALBUQUERQUE; CASIMIRO, 2020, p. 655).

Conforme já exposto, a participação é pedra de torque das decisões dialógicas e deve ocorrer, de modo que os entes participativos possam influenciar nas medidas a serem tomadas a fim de sanar o problema estrutural. Sturm, entretanto, chama atenção para a necessidade de que haja um equilíbrio nessa participação, de modo que os indivíduos não sejam intimidados pelas grandes entidades.

No que diz respeito à imparcialidade, é evidente que essa diretriz deve ser seguida já no processo tradicional, em nome da segurança jurídica. No processo estrutural, por sua vez, onde o juízo assume quase um superpoder, a atuação imparcial é elemento indispensável que, somado à fundamentação adequada da decisão, é capaz de tornar a decisão estrutural plenamente confiante.

A separação de Poderes demonstra ser elemento fundamental para que a sentença estrutural seja efetivamente cumprida. Isso pois, o respeito estabelecido entre os Poderes, leva os demais a cooperarem com as decisões do Judiciário. Ademais, quando não há violação dos limites de cada poder, a legitimidade do trabalho judicial cresce, aumentando, por consequência, sua eficácia.

Por fim, o pilar da remediação é simples. Para que um processo judicial seja capaz de modificar o problema estrutural, é necessário que sua sentença seja dotada de aptidão, para promover a retomada ao estado de garantia dos direitos pleiteados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do conteúdo apresentado, pode-se concluir que há violações que necessitam de uma total reforma no sistema ao qual estão inseridas, de modo que se torna necessário a atuação do Poder Judiciário, por meio do processo estrutural. Assim, o procedimento que, muitas vezes, se caracteriza pela complexidade, multipolaridade e coletividade, traz a solução para diversos imbróglis.

Contudo, esses processos trazem consigo alguns óbices que podem dificultar a efetividade

da sentença. Entre eles, destaca-se o backlash. Diante de um gênero processual que flexibiliza conceitos e princípios enraizados na sociedade, como a separação dos Poderes, ainda que com o intuito de solucionar um grave problema, é possível que sua decisão não seja aceita na sociedade, que acabe por legalizar seu descumprimento.

Assim, buscando uma solução ao impasse, tem-se a sentença dialógica. Esse instrumento, que parte de um processo de ativismo jurídico dialogal, mostra que é possível que o Judiciário assumira uma postura ativa, sem que haja de modo impositivo e unilateral.

No mundo atual vivenciamos situações que desencadeiam novos estudos; novos direitos; ambientes multidisciplinares, que protagonizam discussões heterodoxas no mundo da Ciência Jurídica. A IA (Inteligência Artificial) é um exemplo deste novo momento mundial, que impulsiona novas conjecturas sistematizadas no mundo da ciência jurídica.

Também são debates importantes: a análise econômica do direito; o consequencialismo na decisão judicial; a abordagem pragmatista; a filosófica dos precedentes; teoria dos sistemas; experimentalismo institucional; dentre outros. Tudo isso, tem um escopo que ajuda a incansável busca por uma tutela jurisdicional efetiva.

As singelas colocações, do presente estudo, têm a pretensão de fomentar o debate, neste macro mundo interligado e multifacetado, de modo que se entende que o cumprimento efetivo de sentenças estruturais pode evitar problemas como o backlash, através das sentenças dialógicas.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Tatyane Maria Lins de. O impasse entre os Poderes e o efeito backlash como contra-ataque às decisões judiciais ativistas no Brasil. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, vol. 127, p. 167-184, set./out 2021.

ALBUQUERQUE, Felipe Braga. CASIMIRO, Matheus. A importância da participação pública nos processos estruturais: contribuições da teoria normativa de Susan Sturm. *Revista Estudos Institucio-*

nais, v. 6, n. 2, p. 643-665, maio/ago. 2020.

BELO, Eliseu Antônio da Silva. A emenda da vaquejada e o efeito Backlash. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, n.º 74, p.51-69, out./dez. 2019.

BRITTO, Livia Mayer Totola; KARNINKE, Tatiana Mascarenhas. O Caso Brown v. Board Education, medidas estruturantes e o ativismo judicial. Anais do IV Congresso de Processo Civil Internacional, Vitória, 2019.

CHIANELLI, Laila Alves. O efeito Backlash à luz da Teoria dos Diálogos Constitucionais. 2019. Monografia (Pós-Graduação Lato Sensu) - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, n.º 75, p. 101-136, jan./mar. 2020.

SANTOS, Yago da Costa Nunes dos. DIAS, Isabela Santos. NETO, Jaime Barreiros. Decisões progressistas e Backlash: reações conservadoras ao reconhecimento judicial do direito de união entre pessoas do mesmo sexo no Brasil e na Colômbia. Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos, v. 13, n.1, p. 66-84, jan./jul. 2020.

PICOLI, Bruno de Lima. Processo Estrutural. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2018.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. CÔRTEZ, Victor Augusto Passos Villani. As medidas estruturantes e a efetividade das decisões judiciais no ordenamento jurídico brasileiro. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, v. 13, p. 229-258, 2014.

GALDINO, Matheus de Souza. Processos estruturais: uma transição entre estados de coisa para a tutela dos direitos. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, ano 13, vol. 20., n° 3, p. 358- 384, set./dez. 2019

NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt; FRANÇA, Eduarda Peixoto Da Cunha; CASIMIRO, Matheus. Processos estruturais e diálogo institucional: qual o papel do poder judiciário na transformação de realidades inconstitucionais? In: Revista Estudos Institucionais, v. 8, n. 1, p. 105-137, jan./abr. 2022.

VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: Processo Estrutural, Processo Coletivo, Processo Estratégico e suas diferenças. Revista dos Tribunais Online, v. 284, p. 333 – 369, out. 2018.

ZAGURSKI, Adriana Timoteo dos Santos. Backlash: uma reflexão sobre deliberação judicial em casos polêmicos. Revista da Advocacia Geral da União, Brasília/DF, v. 16, n. 03, p. 87-108, jul./set. 2017.