



Enero 2018 - ISSN: 1988-7833

## BACKLASH NA TEORIA DO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO E NA TEORIA DO MINIMALISMO JUDICIAL

**Paulo Eduardo Vieira de Oliveira<sup>1</sup>**

Universidade de São Paulo - USP  
pauloevo@trtsp.jus.br

**Fernanda Ferreira Mendes<sup>2</sup>**

Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM  
Fernanda-mendes@hotmail.com

Para citar este artículo puede utilizar el siguiente formato:

Paulo Eduardo Vieira de Oliveira y Fernanda Ferreira Mendes (2018): "Backlash na teoria do constitucionalismo democrático e na teoria do minimalismo judicial", Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales, (enero-marzo 2018). En línea:  
<http://www.eumed.net/rev/ccss/2018/01/minimalismo-judicial.html>

### RESUMO

Este artigo objetiva desenvolver um embate teórico a respeito da divergência conceitual e de aplicabilidade do efeito backlash nas teorias do "Minimalismo Judicial" de Cass Sunstein e do "Constitucionalismo Democrático" desenvolvido por Robert Post e Reva Siegel. Para isso, ambas as teorias foram conceituadas e estudadas de forma separada para posteriormente apresentar a divergência existente sobre os benefícios do backlash. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica e se adotou o método analítico dedutivo a partir da análise e reflexão do conteúdo das obras dos autores Cass Sunstein, Reva Post e Robert Siegel que abordam o tema proposto e que delinearam o embasamento teórico, de forma articulada e sistematizada. Também serão utilizados na pesquisa, ainda, artigos e publicações acadêmicas e científicas que tratam de ambas as teorias e do efeito backlash. Ao final, observou-se que ambas as teorias defendem a democracia e a supremacia da constituição, porém enquanto o Constitucionalismo democrático defende a irrestrita participação popular por meio do backlash, o minimalismo judicial prega pela limitação extrema do referido efeito pelos Tribunais, de modo a evitar controvérsias morais.

**Palavras-Chave:** Democracia. Minimalismo Constitucional; Constitucionalismo Democrático. Backlash.

### ABSTRACT

This paper aims to develop a theoretical clash of the conceptual divergence and applicability of the backlash effect on theories of "Judicial Minimalism" Cass Sunstein and "democratic constitutionalism" developed by Robert Post and Reva Siegel. For this, both theories were conceptualized and studied separately later to present the divergence about the benefits of backlash. Is a bibliographic research and adopted the analytical method deductive from the analysis and reflection of the content of the works of Cass Sunstein authors, Reva Post and Robert Siegel that address the theme and outlined the theoretical framework of coordinated and systematic manner. Will also be used in the research also articles and academic and scientific publications dealing with both theories and the backlash effect. In the end, it was observed that both theories defend democracy and supremacy of the

constitution, but as democratic constitutionalism advocates unrestricted popular participation through the backlash, the judicial minimalism preaches the extreme limitation of this effect by the courts, so avoid moral controversies.

**Key words:** Democracy. Constitutional Minimalism. Democratic Constitutionalism. Backlash.

## **INTRODUÇÃO**

O backlash, também conhecido como refluxo social, carrega consigo variadas divergências de aplicação, principalmente quanto ao seu benefício para a jurisdição constitucional.

Reva Siegel e Robert Post, defensores do constitucionalismo democrático, afirmam que backlash expressa o desejo de um povo livre de influenciar o conteúdo de sua Constituição, além de favorecer a jurisdição constitucional e o estabelecimento de uma sociedade igualitária.

Ao contrário, Cass Sunstein, defensor da ideia do minimalismo judicial, acredita que os Tribunais devem limitar a sua atuação ao caso concreto em análise, evitando-se controvérsias morais, para que limitar o desenvolvimento do backlash.

A divergência entre tais teorias reflete a existência de um desacordo acerca de concepções da participação popular como meio de se obter, estabelecer e concretizar direitos constitucionais que são firmados nas democracias heterogêneas.

Nesse passo, o objetivo do presente estudo é estabelecer quais seriam pontos de divergência e as igualdades de ambas as teorias a respeito do efeito backlash para a jurisdição constitucional e para o estabelecimento de uma sociedade igualitária, ainda que heterogênea.

O tema se justifica pela grande controversa atual a respeito do papel e da força da jurisdição constitucional no âmbito da separação dos poderes e da sua dificuldade contramajoritária. Em especial, tratando da população americana, alvo de estudo das teorias embatidas, tem-se que é notório que tal nação pretende que a sua Constituição seja interpretada e aplicada utilizando-se dos valores nacionais como igualdade, liberdade, dignidade, dentre outros. Assim, o maior clamor do povo americano é que sua Constituição reflita a identidade nacional e garanta a igualdade social.

Por fim, trata-se de uma pesquisa bibliográfica e adotar-se-á o método analítico dedutivo a partir da análise e reflexão do conteúdo das obras dos autores Cass Sunstein, Reva Post e Robert Siegel que abordam o tema proposto e que delinearam o embasamento teórico, de forma articulada e sistematizada. Também serão utilizados na pesquisa, ainda, artigos e publicações acadêmicas e científicas que tratam do backlash.

## **1. CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO**

O Constitucionalismo democrático, criado por Reva Siegel e Robert Post é um modelo para fazer cumprir a Constituição, em condições de controvérsia pública. Veja-se a melhor definição:

Propomos um modelo que chamamos de "constitucionalismo democrático" para analisar os entendimentos e práticas pelas quais os direitos constitucionais foram historicamente estabelecidos no contexto de controvérsia cultural. O constitucionalismo democrático vê divergência interpretativa como uma condição normal para o desenvolvimento do direito constitucional.<sup>3</sup>

Os autores pioneiros explicam que a “premissa do constitucionalismo democrático é que a autoridade e a autonomia da Constituição dependem da sua legitimidade democrática, ou melhor, da capacidade da Constituição para inspirar os americanos a reconhecê-la como a sua Constituição<sup>4</sup>”. E que a teoria deve “expressar o paradoxo de que autoridade constitucional depende tanto sua capacidade de resposta democrática como da sua legitimidade como lei<sup>5</sup>”.

Os autores, ainda, explicam que somente o engajamento e a participação popular autorizam os cidadãos a fazerem alegações sobre o significado da Constituição, lhes permitindo a oposição às vias governamentais, a política eleitoral e as instituições da sociedade civil, quando eles acreditam que estas não estão respeitando a Constituição<sup>6</sup>.

Essa teoria poderia ser chamada, de acordo com Friedman<sup>7</sup>, de "constitucionalismo popular mediado", já que alguns estudiosos são da opinião de que o significado constitucional deve ser enraizado mais profundamente nos entendimentos populares.

Ronald Dworkin apud Walker<sup>8</sup> fornece um exemplo proeminente daqueles que “definem” democracia em termos ambiciosos para satisfazer um senso mais expressivo de autogoverno constitucional. Para ele, a democracia exige “que as decisões coletivas sejam feitas pelas instituições políticas, cuja estrutura, composição e prática tratam todos os membros da comunidade como indivíduos, com igual consideração e respeito”.

Nessa linha, Post e Siegel<sup>9</sup> frisam que o constitucionalismo democrático não se trata de uma metodologia, mas apenas elucida valores de forma a moldar o processo de tomada de decisão constitucional, valorizando o papel essencial que o engajamento público desempenha na legitimação das instituições e práticas da revisão judicial.

Tal modelo, então, permite que os cidadãos se tornem politicamente ativos e também difunde memórias e princípios da Constituição. Inclusive, veja-se exemplo de pensamento totalmente contrário ao modelo do constitucionalismo democrático:

Sabe-se que os progressistas conceituavam a Constituição como "direito vivo", como uma "carta viva" "capaz de evoluir." Eles acreditavam que a Constituição é sensível à evolução das necessidades sociais e aos ideais de justiça fundamental, e assim agiram nos anos 1960 e 1970 para acabar com a segregação nas escolas, para garantir a justiça fundamental no sistema de justiça criminal, para impor a separação de Igreja e Estado, e reconhecer a igualdade de gênero no trabalho e na família. Na década de 1980, os conservadores uniram americanos afastados por estas mudanças em um movimento político que buscava reverter as decisões dos Tribunais de Warren e Burger. Os conservadores acusaram Congresso de reagir exorbitantemente e o Tribunal de legislar de maneira que traia a Constituição dos fundadores.<sup>10</sup>

Explica-se que o constitucionalismo democrático examina as muitas práticas que facilitam uma comunicação permanente e contínua entre os Tribunais e o público, não tendo qualquer intenção de afastar o Tribunal da tomada de decisão, muito menos de deslegitimar a Constituição:

constitucionalismo democrático examina as muitas práticas que facilitam uma comunicação permanente e contínua entre os tribunais e o público. Estas práticas devem ser robustas o suficiente para evitar a alienação constitucional e para manter a solidariedade em uma comunidade normativamente heterogênea.<sup>11</sup>

Muito pelo contrário, Friedman<sup>12</sup> acredita que adotando o modelo de Reva Siegel e de Robert Post, o Judiciário desempenharia um papel importante na identificação dos valores que, por serem constitucionais, encontram apoio popular ao longo do tempo. Estas práticas, nesse sentido, devem ser robustas o suficiente para evitar a alienação constitucional e para manter a solidariedade em uma comunidade normativamente heterogênea.

Para Walker<sup>13</sup>, o século XX tem sido rotulado por alguns como o Século Democrático, tendo como ponto alto a busca do "ideal de governo para atuar pelo povo". E citando Amartya Sen, Walker nos apresenta que estamos vivendo a era em que a democracia deixou de ser entendida como uma necessidade puramente local, passando a ser entendida como um "compromisso universal" e assim como um "modelo normal do governo".

Complementando tal entendimento, Friedman<sup>14</sup> clareia o constitucionalismo democrático, alegando que este se baseia em três premissas principais. A primeira é que as decisões judiciais devem se colocar dentro de um intervalo de aceitabilidade para a maioria das pessoas. O segundo pressuposto é que, mesmo quando o público não concorda com alguma decisão, ainda assim suporta a prática de revisão judicial. Por fim, a terceira é que, se as pessoas ficarem descontentes com a revisão judicial e com seus resultados, eles poderiam agir.

Haberle, na mesma toada, defende a necessidade de ampliação do círculo de intérpretes da Constituição, uma vez que é consequência natural da necessidade de integração da realidade no processo de interpretação constitucional. Logo, não apenas os órgãos estatais possuiriam tal mister, mas também diversas outras entidades, como a igreja, as associações de pais, os sindicatos, a mídia, os teatros, as editoras, dentre muitos outros.

"Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma é, indireta ou até mesmo diretamente, um intérprete da norma. O destinatário da norma participa do processo hermenêutico de forma muito mais intensa do que geralmente se supõe."<sup>15</sup>

Sendo assim, para que os critérios interpretativos sejam mais abertos possíveis, mais pluralista deve ser a sociedade. E, ao sustentar que não só o processo de formação da constituição deve ser pluralista, mas também todo o seu desenvolvimento posterior (principalmente na atividade de interpretação de suas normas), Haberle se afasta do modelo minimalista, que foi construído através

de uma sociedade fechada de intérpretes, que se fincava, principalmente, na figura dos juízes das cortes constitucionais.

Assim, não há dúvidas que a possibilidade de desacordo sobre o significado da Constituição preserva a autoridade constitucional e a legitimidade dos Tribunais, já que permite que pessoas de diferentes convicções vejam a Constituição como modo de expressar os seus compromissos mais fundamentais e a considerar a Constituição como lei fundamental.<sup>16</sup>

Alternativamente, tem-se a hipótese de que a revisão judicial proposta nesse modelo é problemática, porque invalida e combate as leis decretadas em nome do povo e feitas pelos seus representantes eleitos.<sup>17</sup> Mas de acordo com Robert Post e Reva Siegel “estes padrões de intercâmbio são os que têm historicamente remodelado o significado de nossa Constituição”<sup>18</sup>, lhes garantindo a manutenção como lei máxima e protetora dos direitos fundamentais.

## **2. MINIMALISMO JUDICIAL**

Diferente do constitucionalismo democrático, o minimalismo judicial moderno é geralmente creditado ao professor Cass Sunstein, da Harvard Law School, que é o principal expoente acadêmico desta corrente de pensamento. Sunstein (apud Sykes, 2014) propõe que os juízes devem, em geral "evitar as regras gerais e teorias abstratas, e tentar focar sua atenção apenas no que é necessário para resolver disputas particulares"<sup>19</sup>.

A teoria do Minimalismo defende que os tribunais devem limitar sua atuação as provas apresentadas no processo concreto, evitando-se controvérsias morais, e consequentemente o backlash. Assim, o Minimalismo é melhor compreendido como um esforço para deixar as coisas abertas, limitando a largura e a profundidade das decisões judiciais.<sup>20</sup>

Para Smith, o Minimalismo é a visão de que os tribunais devem resolver os casos através da emissão de decisões estreitas que afastem claramente os princípios gerais e amplas implicações. Seria, portanto, a política de juízes "dizendo não mais do que o necessário para justificar um resultado e deixando tanto quanto possível indecisos"<sup>21</sup>.

Ilustrando a teoria, O'Connor (apud Smith, 2010) aponta que os juízes devem ser como tartarugas - "lentas e constantes", não estando em movimento "muito rápido ou em qualquer direção"<sup>22</sup>.

Sunstein apud SYKES (2014) defende a prática de "dizer não mais do que o necessário para justificar um resultado, e deixando, tanto quanto possível não-decidido."<sup>23</sup> Veja-se a melhor explicação de Cass Sunstein:

Os tribunais devem não decidir questões desnecessárias para a resolução de um caso; tribunais deveriam negar a manifestação para as áreas que não estão "maduras" para decisão; tribunais deveriam evitar decidir questões constitucionais; os tribunais devem respeitar os seus próprios precedentes; tribunais devem, em certos casos, investigar o real em vez de propósito hipotético de estatutos; tribunais não devem emitir pareceres consultivos; tribunais devem seguir participações anteriores, mas não

necessariamente ditas como anteriores; os tribunais devem exercer as virtudes passivas associadas com doutrinas que envolvem a tomada de decisão.<sup>24</sup>

O julgamento minimalista pode, nesse sentido, ser esclarecido em duas dimensões, quais sejam, estreiteza e superficialidade.

Na primeira dimensão, Sykes explica que as opiniões judiciais devem ser sucintas ao invés de amplas, decidindo somente o caso em questão, e evitando pronunciamento de regras sobre possíveis futuros casos. Veja-se a definição original de Sunstein:

A estreiteza significa em se abster de decidir outras questões desnecessárias para um caso particular. Por exemplo, no caso *Romer v Evans*, a Suprema Corte, ao invalidar lei discriminatória contra homossexuais, atuou de forma estreita e se absteve de adentrar em um série de casos envolvendo discriminação contra homossexuais, tais como a temática da exclusão militar ou o casamento entre pessoas do mesmo sexo.<sup>25</sup>

Na segunda dimensão, Sykes traz que as opiniões judiciais devem ser superficiais em vez de profundas, evitando grandes controvérsias teóricas e questões de princípio básico<sup>26</sup>. Devem se basear, portanto, em acordos teóricos de forma incompleta que permitam com que juízes participem nos julgamentos últimos, deixando as questões mais fundamentais de princípio intocáveis, veja-se:

A superficialidade, enquanto segundo atributo, pressupõe que as pessoas, em meio a profundos desacordos, buscam alcançar acordos parcialmente teorizados. A idéia é alcançar "acordos sobre abstrações entre desacordos ou incerteza sobre o significado particular de tais abstrações."<sup>27</sup>

Smith (2010) esclarece que o juiz minimalista deve ser neutro quando se trata de valores substantivos e de política. Minimalistas devem evitar "tomar lados em controvérsias sociais em larga escala" ou sobre "as maiores e mais contestadas questões da constituição". "Minimalistas querem que juízes decidam casos sem tomar posições em questões mais profundas na vida social"<sup>28</sup>. Veja-se outra explicação:

Minimalismo é devidamente considerado como uma teoria da tomada de decisões particularmente dirigida aos tribunais: Os juízes devem decidir novos casos como outros já foram decididos anteriormente. Se os tribunais não decidirem previamente a questão diante deles, os juízes devem identificar os princípios que emergem de casos semelhantes e aplicá-los para a nova edição. Se os juízes desejam mover a lei em uma direção, eles devem fazer movimentos mínimos na doutrina, ou seja, escrever opiniões estreitas.<sup>29</sup>

O criador da teoria minimalista é claro ao trazer que o minimalismo pode ser impulsionador da democracia, não só no sentido de que deixa questões em aberto para a deliberação democrática, mas também, e mais fundamentalmente no sentido de que ele garante que certas decisões importantes sejam tomadas apenas pelos atores democraticamente responsáveis, ou seja, pela Corte.<sup>30</sup>

Não só isso, mas Sunstein enumera algumas razões para se apoiar o minimalismo. A primeira seria que “o minimalismo reduz custos da decisão para os Tribunais” e o segundo motivo seria que “reduz os custos de erros associados a julgamentos equivocados<sup>31</sup>”.

Seria o minimalismo moderno, então, justificado principalmente por razões pragmáticas. Métodos de decisão minimalistas miram as limitações de competência judicial em particular e os limites da habilidade do juiz para avaliar com precisão as consequências de uma decisão de uma forma ou de outra. Estritas, as decisões reduzem o risco e o custo de erro.<sup>32</sup>

Outros motivos elencados por Sunstein afirmam que o minimalismo judicial “reduz as dificuldades associadas a “racionalidade limitada”, incluindo a falta de conhecimento de imprevistos adversos” e “ajuda a sociedade a lidar razoavelmente com o pluralismo”<sup>33</sup>. Sykes (2014) também explica tais razões:

Decisões minimalistas também são ditas pluralistas, demonstrando respeito por diversas perspectivas, deixando as questões fundamentais de princípio sem solução. O minimalismo alega promover estabilidade e previsibilidade, para manter a flexibilidade para futuros tribunais, e para capacitar deliberação democrática, dando espaço para que decisões de política respondam as questões constitucionais deixadas em aberto pelo Supremo Tribunal.<sup>34</sup>

Nesse sentido, Sunstein acredita claramente que o minimalismo conduz a bons resultados, que preserva o direito à privacidade, a capacidade de se envolver em alguma ação afirmativa e a capacidade do governo federal para regular a poluição, dentre outros, pois promove a estabilidade, considera grandes teorias como suspeitas, respeita divergências, deixa um espaço para a tomada de decisão democrática, e reflete uma humildade que muitas vezes falta na academia.

Teriam os “minimalistas os seus próprios pontos de vista sobre a sociedade justa, mas eles não impõem seus pontos de vista sobre todos os outros<sup>35</sup>.”

Por outro viés, de forma avessa ao minimalismo judicial, Smith afirma que este método é inconsistente, porque carece de conteúdo distinto e, por isso, não teria identidade estável, veja-se:

“Ela não consegue se referir a um único método de tomada de decisões judiciais. A aparência prevalente de má-fé é um sintoma do fato de que o minimalismo não tem uma identidade definida e, correspondentemente, não tem a capacidade tanto para disciplinar ou para orientar o seu candidato a praticantes. O conceito é incoerente.<sup>36</sup>”

Prakash, na mesma linha, afirma que o minimalismo de Sunstein é uma defesa do *status quo* doutrinal. “Deste ponto de vista, o minimalismo é uma ação de retaguarda, concebido para afastar o caráter conservador que supostamente seria decorrente da lei”.<sup>37</sup>

Outra posição contrária ao posicionamento de Sunstein, Bunchaft aponta que “o uso construtivo do silêncio na apreciação de teorias abstratas e profundas, somente revela-se eficaz quando o processo democrático cumpriu seu papel inclusivo, respeitando as condições de abertura e participação de minorias”<sup>38</sup>. O minimalismo só funcionaria se a jurisdição jurisdicional já fosse, portanto, inclusiva, já que seu caráter concentrador e limitado só aumentaria a desigualdade social.

Mas em resposta a tais críticas, Sunstein já afirmou que “muita coisa pode ser dita contra os julgamentos minimalistas. O Minimalismo é apropriado apenas em determinados contextos e dificilmente é uma abordagem sensata para todos os funcionários, ou mesmo todos os juízes ou o tempo todo”<sup>39</sup>.

### **3.BACKLASH NA TEORIA DO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO E NO MINIMALISMO JUDICIAL**

Depois de explicados, de forma simplista, os preceitos principais das teorias do constitucionalismo democrático e do minimalismo judicial, cumpre explicar o que cada teoria entende pelo instituto *backlash*.

O backlash para Reva Siegel e Robert Post seria um refluxo social e é compreendido como um fator positivo para o desenvolvimento do direito constitucional de uma sociedade plural.

O constitucionalismo democrático, então, sugere que o backlash pode ser entendido como uma das muitas práticas de contestação da norma através do qual o público procura influenciar o conteúdo da lei constitucional, promovendo a solidariedade constitucional e revigorando a legitimidade democrática da interpretação constitucional<sup>40</sup>.

Bunchaft explica que a existência de conflitos sobre determinados significados constitucionais, é intrínseco ao constitucionalismo, de forma que o denominado “refluxo” insere-se dentro de um contexto de normalidade no desenvolvimento de uma cultura constitucional.<sup>41</sup>

Seria, nesse passo, o desejo de um povo livre de influenciar o conteúdo de sua Constituição, questionando a autoridade autônoma do direito constitucional como algo inalcançável ou inatingível, de forma a propiciar o sentimento de representatividade plena<sup>42</sup>.

O Constitucionalismo Democrático compreende que o povo americano seria envolvido em disputa sobre o significado de uma tradição compartilhada e unido por entendimentos e práticas comuns. Portanto, backlash poderia reforçar a coesão social e a legitimidade constitucional em uma nação normativamente heterogênea como esta.<sup>43</sup>

Se um cidadão entende que o Tribunal de Justiça interpretou mal a Constituição, é perfeitamente adequado que este se manifeste com base nessa crença, impulsionando uma emenda constitucional para anular o acórdão do Tribunal.<sup>44</sup>

Nesse sentido, Bunchaft aponta que para o constitucionalismo democrático, a existência de conflitos sobre determinados significados constitucionais, na forma do backlash, devem ser intrínsecos ao constitucionalismo e se inserir dentro de um contexto de normalidade para o desenvolvimento da cultura constitucional. Assim, “a sensibilidade do direito constitucional à opinião popular potencializa a sua legitimidade democrática.”<sup>45</sup>

Nesse sentido, para o Constitucionalismo democrático, “só a partir da interação entre as minorias estigmatizadas, movimentos sociais e o Poder Judiciário, seria possível inspirar novos valores constitucionais que são capazes de transformar a sociedade, protegendo os direitos desses grupos” e garantindo uma sociedade mais igualitária.<sup>46</sup>

Já Sunstein, em entendimento diverso ao constitucionalismo democrático, defende que o *backlash* é uma “intensa e sustentada desaprovação pública ao poder judiciário, acompanhado por medidas agressivas para resistir a uma decisão e remover sua força jurídica<sup>47</sup>” e que deve ser evitado a qualquer custo.

Oliveira, na mesma linha, nos traz que “a palavra *backlash* traduz ideia de reação contrária a uma medida/decisão estatal, conquanto mais frequentemente o foco seja direcionado às deliberações do Judiciário, significando uma expressiva resistência, oposição jurídico-política de considerável intensidade<sup>48</sup>”.

o backlash consubstancia-se na rejeição de uma decisão judicial pelas many minds, consistindo, como antes escrito, no reflexo sócio-político acerca de questões altamente controversas resolvidas pelos juízes, a exemplo da liberdade de culto religioso, casamento entre pessoas do mesmo sexo, aspectos do direito de propriedade, liberdade de expressão.<sup>49</sup>

Tal conceituação, feita por Sunstein, se justifica, nas palavras de Bunchaft “já que a decisão deve ser feita pelos Juízes de forma estreita e sem invocar teorias filosoficamente profundas, permitindo que questões moralmente controvertidas sejam solucionadas pelas instâncias deliberativas.”<sup>50</sup>

Portanto, decisões que podem causar refluxo, fúria, conflitos e que envolvam questões morais que podem abalar o íntimo de parte da população, que é plural e heterogênea, devem ser amplamente evitadas para o minimalismo judicial, justamente para que não existam ressentimentos populistas.

Oliveira, concordando com o posicionamento de Sunstein, ainda esclarece que um intenso backlash teria o condão de deslegitimar não só a Corte, mas também poderia enfraquecer a própria causa em debate. Seria necessário, portanto, prudência e contenção, no intuito de reduzir eventuais riscos advindos de decisões judiciais capazes de produzir reações adversas no público e aptas a comprometer a efetividade/avanço da causa.<sup>51</sup>

Tem-se, então, que para o minimalismo judicial os custos do backlash podem superar seus benefícios. Mas tal teoria, para Bunchaft, só pode ser implementada diante da observação de uma série de fatores, veja-se:

A defesa da ampliação da atuação judicial ou de uma perspectiva minimalista não representa uma opção ideológica, mas depende fundamentalmente das condições institucionais do Judiciário, das condições de deliberação das instâncias sociais afetadas por uma lei e, por fim, se a questão envolve proteção a grupos estigmatizados, bem como do grau de participação destes em um amplo debate público<sup>52</sup>.

Nessa linha, o perigo da teoria minimalista não é que as pessoas vão ser privadas da autoridade de decidir um caso particular, mas sim que elas deixarão de manter um engajamento vibrante e energético com o processo constitucional de auto-governança.<sup>53</sup>

Nessa linha, não há dúvidas que para o Constitucionalismo Democrático o refluxo social é base para o desenvolvimento da jurisdição constitucional e, portanto, é benéfico, legítimo e deve ser considerado na tomada de decisão judicial pelo Tribunal. E ao contrário, o Minimalismo Judicial entende que o conflito social é negativo e deve ser contido, por entender que tal fenômeno deslegitima os Tribunais, o poder legislativo e pode causar ressentimentos irreparáveis.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente trabalho tem como objetivo principal de apresentar as principais características das teorias do Constitucionalismo Democrático e do Minimalismo judicial e apresentar a divergência existente entre elas, no que diz respeito aos benefícios de aplicabilidade do efeito backlash, que nada mais é do que a possibilidade da participação popular na jurisdição constitucional.

Nesses termos, após diversas análises, pode-se concluir que ambas as teorias defendem a constituição cidadã, mas há clara divergência no modo de se atingir tal patamar igualitário.

O Minimalismo Judicial de Cass Sunstein defende que a igualdade só será conseguida com o tempo e através de decisões dos próprios Tribunais especializados, sem a interferência da população e, portanto, sem qualquer abertura para o backlash ou refluxo social. Tal teoria defende que o backlash é capaz de criar ressentimentos morais e populistas irreversíveis, além de deslegitimar o poder legislativo e as próprias Cortes Jurisdicionais.

De modo diverso, para o Constitucionalismo Democrático de Robert Post e Reva Siegel, só o próprio povo, através da sua intervenção, conseguiria travar confrontos capazes de gerar a igualdade pretendida. O backlash seria, então, a única forma de que povo livre teria de se manifestar e ser ouvido, diante de normas rígidas e de Tribunais inacessíveis. O constitucionalismo democrático só funcionaria com a existência do refluxo social e, por isso, este seria capaz de desenvolver o patriotismo e o sentimento efetivo de representação democrática.

Ao longo da pesquisa pode-se perceber que ambas as teorias têm adeptos e críticos, mas não há dúvidas que estas são de grande valia para se discutir a jurisdição constitucional e a sua dificuldade contramajoritária na busca por uma sociedade mais igualitária. Resta saber qual delas é a que melhor se adéqua aos anseios e pretensões da população americana, que é o alvo da pesquisa dos teóricos Cass Sunstein, Reva Siegel e Robert Post.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BUNCHAFT, Maria Eugênia. Minimalismo Judicial, Constitucionalismo Democrático: uma reflexão sobre os direitos de minorias sexuais na jurisprudência da Suprema Corte Norte Americana. Vol. 19, nº 1: 2014. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5545/2951>>

DEVINS, Neal. The Democracy-Forcing Constitution. Faculty Publications, 1999. Paper 448. Disponível em: <<http://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1389&context=facpubs>>

FRIEDMAN, Barry. Mediated Popular Constitutionalism. Michigan Law Review, Vol. 101, 2003. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=406620](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=406620)>.

HABERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta de intérpretes da constituição: uma contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Porto Alegre. Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de; OLIVEIRA, Larissa Pinha de. Abrindo e escrevendo as páginas do romance em cadeia: diálogos, backlash e hermenêutica. Juris Poiesis, ano 14, n. 14, jan./dez. 2011.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. Democratic Constitutionalism. Harvard Law and Public Review, Harvard, 2006. Disponível em: <[http://www.constitution2020.org/chapters/3\\_Democratic%20Constitutionalism.pdf](http://www.constitution2020.org/chapters/3_Democratic%20Constitutionalism.pdf)>

\_\_\_\_\_. Roe rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. Harvard Civil-Rights Liberties Law Review, v. 42, p. 373 – 434, 2007. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.yale.edu>>. Acesso em: 14 jul. 2016

\_\_\_\_\_. Popular Constitutionalism, Departmentalism and Judicial Supremacy. Yale Law School Faculty Scholarship Series, paper 178, 2004. Disponível em: <[http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1177&context=fss\\_papers](http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1177&context=fss_papers)>. Acesso em: 18 ago. 2016

PRAKASH, Saikrishna. Radicals in Tweed Jackets: Why Extreme Left-Wing Law Professors are Wrong for America. Columbia Law Review, 2006. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=921740](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=921740)>

SMITH, Tara. Reckless Caution: The perils of judicial minimalism. New York University Journal of Law & Liberty, 2010. Disponível em: <[http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/ECM\\_PRO\\_066940.pdf](http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/ECM_PRO_066940.pdf)>

SUNSTEIN, Cass R. A Constitution of many minds. New Jersey: Princeton University Press, 2009.

\_\_\_\_\_. Foreword: Leaving things undecided. Harvard Law Review, 1995. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2781624](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2781624)>. Acesso em: 18 ago. 2016

\_\_\_\_\_. A Constituição Parcial. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

\_\_\_\_\_. One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court. Harvard: Harvard University Press, 1999.

SYKES, Diane S. Minimalism and its limits. Cato Institutes, 2014. Disponível em: <<http://object.cato.org/sites/cato.org/files/serials/files/supreme-court-review/2015/9/2015-supreme-court-review-chapter-1.pdf>>.

WALKER, Neil. Constitutionalism and the Incompleteness of Democracy: An Iterative Relationship. Rechtsfilosofie & Rechtstheorie, 2010. Disponível em: [http://www.bjutijdschriften.nl/tijdschrift/rechtsfilosofieentheorie/2010/3/RenR\\_1875-2306\\_2010\\_039\\_003\\_002.pdf](http://www.bjutijdschriften.nl/tijdschrift/rechtsfilosofieentheorie/2010/3/RenR_1875-2306_2010_039_003_002.pdf)

<sup>1</sup> Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor Livre-Docente em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Juiz Federal do Trabalho. Professor de Direito do Trabalho no Centro Universitário Padre Anchieta (UniAnchieta). Professor de Direito Processual do Trabalho na Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM.

<sup>2</sup> Mestranda em Constitucionalismo e Democracia pela Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM.

<sup>3</sup> POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe rage: democratic constitutionalism and backlash. Harvard Civil-Rights Liberties Law Review, v. 42, 2007, p. 374.

<sup>4</sup> POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe rage: democratic constitutionalism and backlash. Harvard Civil-Rights Liberties Law Review, v. 42, 2007, p. 374.

<sup>5</sup> POST, Robert; SIEGEL, Reva. Democratic Constitutionalism. Harvard Law and Police Review, Harvard, 2006, p. 27.

<sup>6</sup> POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe rage: democratic constitutionalism and backlash. Harvard Civil-Rights Liberties Law Review, v. 42, 2007, p. 374.

<sup>7</sup> FRIEDMAN, Barry. Mediated Popular Constitutionalism. Michigan Law Review, Vol. 101, 2003, p. 2599.

<sup>8</sup> WALKER, Neil. Constitutionalism and the Incompleteness of Democracy: An Iterative Relationship. Rechtsfilosofie & Rechtstheorie, 2010, p. 211.

<sup>9</sup> POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe rage: democratic constitutionalism and backlash. Harvard Civil-Rights Liberties Law Review, v. 42, 2007, p. 377.

<sup>10</sup> POST, Robert; SIEGEL, Reva. Democratic Constitutionalism. Harvard Law and Police Review, Harvard, 2006, p. 25.

<sup>11</sup> POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe rage: democratic constitutionalism and backlash. Harvard Civil-Rights Liberties Law Review, v. 42, 2007, p. 377.

<sup>12</sup> FRIEDMAN, Barry. Mediated Popular Constitutionalism. Michigan Law Review, Vol. 101, 2003, p. 2600.

<sup>13</sup> WALKER, Neil. Constitutionalism and the Incompleteness of Democracy: An Iterative Relationship. Rechtsfilosofie & Rechtstheorie, 2010, p. 210.

<sup>14</sup> FRIEDMAN, Barry. Mediated Popular Constitutionalism. Michigan Law Review, Vol. 101, 2003, p. 2604.

<sup>15</sup> HABERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta de intérpretes da constituição: uma contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Porto Alegre. Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 15.

<sup>16</sup> POST, Robert; SIEGEL, Reva. Democratic Constitutionalism. Harvard Law and Police Review, Harvard, 2006, p. 27.

<sup>17</sup> FRIEDMAN, Barry. Mediated Popular Constitutionalism. Michigan Law Review, Vol. 101, 2003, p. 2603.

<sup>18</sup> POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe rage: democratic constitutionalism and backlash. Harvard Civil-Rights Liberties Law Review, v. 42, 2007, p. 374.

<sup>19</sup> SYKES, Diane S. Minimalism and its limits. Cato Institutes, 2014, p. 18.

<sup>20</sup> SUNSTEIN, Cass R. Foreword: Leaving things undecided. Harvard Law Review, 1995, vol. 110, p.99.

<sup>21</sup> SMITH, Tara. Reckless Caution: The perfils of judicial minimalism. New York University Journal of Law & Liberty, 2010, p. 352.

<sup>22</sup> SMITH, Tara. Reckless Caution: The perfils of judicial minimalism. New York University Journal of Law & Liberty, 2010, p. 353.

<sup>23</sup> SYKES, Diane S. Minimalism and its limits. Cato Institutes, 2014, p. 18.

<sup>24</sup> SUNSTEIN, Cass R. Foreword: Leaving things undecided. Harvard Law Review, 1995, p.7.

- 
- <sup>25</sup> One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court. Harvard: Harvard University Press, 1999. p. 10.
- <sup>26</sup> SYKES, Diane S. Minimalism and its limits. Cato Institutes, 2014, p. 18.
- <sup>27</sup> SUNSTEIN, Cass R. One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court. Harvard: Harvard University Press, 1999. p.11.
- <sup>28</sup> SMITH, Tara. Reckless Caution: The perils of judicial minimalism. New York University Journal of Law & Liberty, 2010, p. 356.
- <sup>29</sup> PRAKASH, Saikrishna. Radical Radicals in Tweed Jackets: Why Extreme Left-Wing Law Professors are Wrong for America. Columbia Law Review, 2006, s.p.
- <sup>30</sup> SUNSTEIN, Cass R. Foreword: Leaving things undecided. Harvard Law Review, 1995, vol. 110, p.7.
- <sup>31</sup> POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe rage: democratic constitutionalism and backlash. Harvard Civil-Rights Liberties Law Review, v. 42, 2007, p.402.
- <sup>32</sup> SYKES, Diane S. Minimalism and its limits. Cato Institutes, 2014, p. 19.
- <sup>33</sup> POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe rage: democratic constitutionalism and backlash. Harvard Civil-Rights Liberties Law Review, v. 42, 2007, p. 402.
- <sup>34</sup> SYKES, Diane S. Minimalism and its limits. Cato Institutes, 2014, p.19.
- <sup>35</sup> PRAKASH, Saikrishna. Radical Radicals in Tweed Jackets: Why Extreme Left-Wing Law Professors are Wrong for America. Columbia Law Review, 2006, s.p.
- <sup>36</sup> SMITH, Tara. Reckless Caution: The perils of judicial minimalism. New York University Journal of Law & Liberty, 2010, p. 352.
- <sup>37</sup> PRAKASH, Saikrishna. Radicals in Tweed Jackets: Why Extreme Left-Wing Law Professors are Wrong for America. Columbia Law Review, 2006, s.p.
- <sup>38</sup> BUNCHAFT, Maria Eugênia. Minimalismo Judicial, Constitucionalismo Democrático: uma reflexão sobre os direitos de minorias sexuais na jurisprudência da Suprema Corte Norte Americana. Vol. 19, nº 1: 2014, p. 149.
- <sup>39</sup> SUNSTEIN, Cass R. Foreword: Leaving things undecided. Harvard Law Review, 1995, p.28.
- <sup>40</sup> POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe rage: democratic constitutionalism and backlash. Harvard Civil-Rights Liberties Law Review, v. 42, 2007, p. 382-383.
- <sup>41</sup> BUNCHAFT, Maria Eugênia. Minimalismo Judicial, Constitucionalismo Democrático: uma reflexão sobre os direitos de minorias sexuais na jurisprudência da Suprema Corte Norte Americana. Vol. 19, nº 1: 2014, p. 150.
- <sup>42</sup> POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe rage: democratic constitutionalism and backlash. Harvard Civil-Rights Liberties Law Review, v. 42, 2007, p. 376.
- <sup>43</sup> POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe rage: democratic constitutionalism and backlash. Harvard Civil-Rights Liberties Law Review, v. 42, 2007, p. 375.
- <sup>44</sup> POST, Robert; SIEGEL, Reva. Popular Constitutionalism, Departmentalism and Judicial Supremacy. Yale Law School Faculty Scholarship Series, paper 178, 2004, p. 1030.
- <sup>45</sup> BUNCHAFT, Maria Eugênia. Minimalismo Judicial, Constitucionalismo Democrático: uma reflexão sobre os direitos de minorias sexuais na jurisprudência da Suprema Corte Norte Americana. Vol. 19, nº 1: 2014, p. 153.
- <sup>46</sup> BUNCHAFT, Maria Eugênia. Minimalismo Judicial, Constitucionalismo Democrático: uma reflexão sobre os direitos de minorias sexuais na jurisprudência da Suprema Corte Norte Americana. Vol. 19, nº 1: 2014, p. 126.
- <sup>47</sup> SUNSTEIN, Cass R. A Constitution of many minds. New Jersey: Princeton University Press, 2009.
- <sup>48</sup> OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de; OLIVEIRA, Larissa Pinha de. Abrindo e escrevendo as páginas do romance em cadeia: diálogos, backlash e hermenêutica. Juris Poiesis, ano 14, n. 14, jan./dez. 2011.
- <sup>49</sup> SUNSTEIN apud OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de; OLIVEIRA, Larissa Pinha de. Abrindo e escrevendo as páginas do romance em cadeia: diálogos, backlash e hermenêutica. Juris Poiesis, ano 14, n. 14, jan./dez. 2011.
- <sup>50</sup> BUNCHAFT, Maria Eugênia. Minimalismo Judicial, Constitucionalismo Democrático: uma reflexão sobre os direitos de minorias sexuais na jurisprudência da Suprema Corte Norte Americana. Vol. 19, nº 1: 2014.
- <sup>51</sup> OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de; OLIVEIRA, Larissa Pinha de. Abrindo e escrevendo as páginas do romance em cadeia: diálogos, backlash e hermenêutica. Juris Poiesis, ano 14, n. 14, jan./dez. 2011.

---

<sup>52</sup> BUNCHART, Maria Eugênia. Minimalismo Judicial, Constitucionalismo Democrático: uma reflexão sobre os direitos de minorias sexuais na jurisprudência da Suprema Corte Norte Americana. Vol. 19, nº 1: 2014, p. 153.

<sup>53</sup> POST, Robert; SIEGEL, Reva. Popular Constitutionalism, Departmentalism and Judicial Supremacy. Yale Low School Faculty Scholarship Series, paper 178, 2004, p. 1042.