

**A desconsideração de conquistas latino-americanas de Direitos frente ao eurocentrismo dos marcos teóricos do fenômeno *backlash***

***The disregard of latin american achievements of rights in front of the eurocentrism of the theoretical frameworks of the backlash phenomenon***

Bruno Fernandes Zopelaro<sup>1</sup>

**RESUMO**

O presente artigo trata da análise do fenômeno *backlash* e a construção histórica que fundamenta seus quatro principais marcos teóricos, os quais possuem influencia majoritariamente eurocêntrica e supostamente desconsideram as conquistas latino-americanas de direitos e o novo constitucionalismo latino-americano em sua bagagem conceitual. Tem por objetivo geral compreender se há ou não a desconsideração das conquistas latino-americanas de Direitos na definição conceitual dos quatro principais marcos teóricos do *backlash*. Para tanto, buscou-se definir o conceito de *backlash* e apresentar a visão geral dos seus quatro principais marcos teóricos, com destaque ao constitucionalismo popular, de Tushnet, e o constitucionalismo democrático, de Post e Siegel. Bem como contextualizar as raízes históricas das conquistas latino-americanas de Direitos humanos, e o novo constitucionalismo latino-americano. Quanto à metodologia da pesquisa, utilizou-se do método de abordagem dedutivo, o método de procedimento monográfico e a técnica de pesquisa bibliográfica.

**Palavras-chave:** *backlash*; eurocentrismo; conquistas latino-americanas;

**ABSTRACT**

*This article deals with the analysis of the backlash phenomenon and the historical construction that underlies its four main theoretical frameworks, which have mostly Eurocentric influence and supposedly disregard the Latin American achievements of rights and the new Latin American constitutionalism in their conceptual baggage. Its general objective is to understand whether it exist or not there is a disregard for the Latin American achievements of Rights in the conceptual definition of the four main theoretical frameworks of the backlash. Therefore, we sought to define the concept of backlash and present an overview of its four main theoretical frameworks, with emphasis on popular constitutionalism, by Tushnet, and democratic constitutionalism,*

<sup>1</sup> Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). Email: brrunozopelaro@gmail.com

*by Post and Siegel. As well as contextualize the historical roots of Latin American human rights achievements, and the new Latin American constitutionalism. As for the research methodology, we used the deductive approach method, the monographic procedure method and the bibliographical research technique.*

**Keywords:** *backlash; eurocentrism; Latin-American conquests.*

## 1 INTRODUÇÃO

O fenômeno *backlash* é objeto de estudo difundido no âmbito do Direito norte-americano e europeu. Ele representa as reações sócio-políticas observadas após o proferimento de uma decisão polêmica da Corte Constitucional de determinado país, geralmente envolvendo a temática de direitos humanos fundamentais reivindicados por determinado grupo minoritário. Entretanto, é pouco difundido na América Latina, mas, progressivamente, começa a se materializar nessas novas terras.

Embora seja um tema comumente utilizado para investigação prática das reverberações de decisões judiciais, não se busca desenvolver nesta pesquisa o resultado da análise de um ou mais julgados específicos. Dar-se-á foco para a construção histórica que fundamenta os marcos teóricos do *backlash*, os quais são, aparentemente, embasados em fontes majoritariamente europeias ou norte-americanas, principalmente ao estabelecerem questões envoltas aos direitos humanos fundamentais e o movimento do constitucionalismo.

A fim de contextualizar o fenômeno, a problemática do presente ensaio será compreender se há ou não a desconsideração das conquistas latino-americanas de Direitos, com ênfase em sua raiz histórica, e do novo constitucionalismo latino-americano, na definição dos conceitos utilizados pelos doutrinadores, Dworkin, Sunstein, Tushnet e Post e Siegel, junto aos quatro principais marcos teóricos do *backlash*.

Ao analisarmos esses marcos teóricos, principalmente à luz de Tushnet e Post e Siegel, os doutrinadores explicam suas bases conceituais sob a ótica europeia ou norte-americana, supostamente desconsiderando as raízes históricas das

conquistas latino-americanas de Direitos, bem como o novo constitucionalismo, motivo pelo qual surge o problema de pesquisa.

Nesse sentido, com intuito de organização da pesquisa, o estudo será organizado em duas frentes, as quais serão desenvolvidas e correlacionadas para se chegar na resposta do problema de pesquisa. O primeiro tópico buscará definir o conceito de *backlash* e apresentar a visão geral dos seus quatro principais marcos teóricos, cada um representado por autores distintos, com ao constitucionalismo popular e o constitucionalismo democrático. No segundo tópico, serão contextualizadas, brevemente, as raízes históricas das conquistas latino-americanas de Direitos humanos, bem como o novo constitucionalismo latino-americano, de maneira a permitir o entendimento geral dos temas, sem, contudo, esgotar os assuntos propostos.

Por fim, para perfectibilizar a pesquisa, utilizou-se do método de abordagem dedutivo, visto que se pretende, a partir da revisão bibliográfica apresentada, atingir determinadas respostas. O método de procedimento foi o monográfico e a técnica de pesquisa foi a bibliográfica.

## **2 BACKLASH E SEUS QUATRO PRINCIPAIS MARCOS TEÓRICOS**

O *backlash*, de maneira delimitada para o presente artigo, é um termo de origem norte-americana utilizado para descrever uma **reação ideológica e social** em detrimento de **polêmicas decisões judiciais da Corte Constitucional de um país**, recheadas de questões controversas, das quais resultam grande resistência da sociedade (Fonteles, 2019; Klarman, 2011; Marmelstein, 2016).

Ainda, para melhor compreensão do contexto geral na pesquisa, mesmo que não se pretenda adentrar em aspectos práticos ou na análise de tais reverberações sociais, mas tão somente compreender os aspectos envoltos aos marcos teóricos, Marmelstein (2016, p. 6) exemplifica o fenômeno na prática:

[...] (1) Em uma matéria que divide a opinião pública, o Judiciário profere uma decisão liberal, assumindo uma posição de vanguarda na defesa dos direitos fundamentais. (2) Como a consciência social ainda não está bem consolidada, a decisão judicial é bombardeada com discursos conservadores

inflamados, recheados de falácias com forte apelo emocional. (3) A crítica massiva e politicamente orquestrada à decisão judicial acarreta uma mudança na opinião pública, capaz de influenciar as escolhas eleitorais de grande parcela da população. (4) Com isso, os candidatos que aderem ao discurso conservador costumam conquistar maior espaço político, sendo, muitas vezes, campeões de votos. (5) Ao vencer as eleições e assumir o controle do poder político, o grupo conservador consegue aprovar leis e outras medidas que correspondam à sua visão de mundo. (6) Como o poder político também influencia a composição do Judiciário, já que os membros dos órgãos de cúpula são indicados politicamente, abre-se um espaço para mudança de entendimento dentro do próprio poder judicial. (7) Ao fim do processo, pode haver um retrocesso jurídico capaz de criar uma situação normativa ainda pior do que a que havia antes da decisão judicial, prejudicando os grupos que, supostamente, seriam beneficiados com aquela decisão.

Simplificadamente, pode haver a eclosão de um ambiente político conflituoso sobre determinado assunto julgado, ao contrário do que era pretendido pela atuação do judiciário ao proferir sua decisão sobre o caso concreto (Marmelstein, 2016). Seguindo tal lógica, esse fenômeno pode adotar tanto uma forma conservadora, quando a decisão tiver cunho de vanguarda, quanto uma forma progressista, quando a decisão buscar a manutenção do estado em vigência (Fonteles, 2019).

Esse fenômeno é compreendido e conceituado a partir de sua correlação com o Direito Constitucional, direitos fundamentais (direitos humanos positivados) e inicia, sem maiores aprofundamentos, com a definição de Estado Constitucional e constitucionalismo. Essas nascentes teóricas possuem origem amplamente reconhecida nas fontes de estudo europeias, as quais se reproduziram, unilateral e majoritariamente, ao longo de séculos em solos latino-americanos, sugerindo que as raízes de movimentos latinos são desconsideradas ao contextualizar o fenômeno *backlash*.

A primeira delimitação, o Estado Constitucional, abrange o Estado de direito, que tem como primazia o princípio da legalidade, e o Estado democrático, evidenciado pela soberania popular. Ambos formam o Estado Democrático de Direito e possuem previsão expressa no caput do artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil (Brasil, 1988).

Já a segunda, na ótica do **constitucionalismo**, tem sua origem moderna na Constituição dos Estados Unidos da América de 1787, sendo o movimento social

e político que norteia a forma de organizar do Estado e os limites de atuação impostos aos próprios Poderes estatais, através da formalização de direitos e garantias fundamentais (Rossi; Kozicki, 2021). Nesta perspectiva, Rossi e Kozicki (2021, p. 37) explicam a compreensão desse movimento sob o título do “constitucionalismo liberal”:

O constitucionalismo como teoria o movimento doutrinário estabeleceu a necessidade e garantiu a existência de limites jurídicos ao exercício do poder político, e, conseqüentemente, estruturas de garantia da liberdade por meio de técnicas e mecanismos de limitação do poder. Assim o constitucionalismo representou um movimento cultural e político, próprio do mundo moderno, do liberalismo e da filosofia da Ilustração. O "constitucionalismo liberal" caracterizou-se, em fins do século XVIII, pela criação de Constituições escritas cujo objetivo principal era estabelecer um equilíbrio entre Poder e Liberdade. Estas Constituições estavam voltadas a dar molde jurídico ao Modelo Liberal de Estado de Direito, em ascensão naquele momento. Neste sentido a preocupação primeira era dar existência e organização jurídica a um modelo de Estado-Nação, mas também propiciar o mais amplo desenvolvimento do sistema capitalista.

Por sua vez, o constitucionalismo também encontra instrumentalização através da Constituição Federal brasileira, ao analisarmos a representação dos três Poderes no artigo 2º da Constituição de 1988: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (Brasil, 1988). Esses elementos positivados pelo constituinte remetem ao sistema de freios e contrapesos, cujos objetivos são possibilitar o controle recíproco entre os Poderes e evitar abusos entre eles (Barroso, 2018; Bonavides, 2008).

Essa previsão de limitação do poder do Estado pelo seu próprio poder, refutando a centralização em uma única figura, é estabelecida na Europa moderna e iluminista, através de Montesquieu (2000, p. 168): “Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares”.

Apresentado brevemente esses pontos, evidente que esse aporte histórico é fortemente influenciado pelo iluminismo europeu e seus modelos liberais, motivo pelo qual o fenômeno se reveste de conceitos europeizados e aparentemente não analisados pelo viés histórico de conquistas latino-americanas, o qual será desenvolvido a tempo e a modo no presente estudo.

Seguindo nessa linha, o conceito de *backlash* é amplo e varia conforme a ótica analisada por quatro principais autores da temática que, supostamente, desconsideram os modelos latinos e contextualizam o fenômeno exclusivamente influenciados pela matriz eurocêntrica constitucional. Portanto, é primordial para o entendimento desse tema a apresentação dos seus quatro principais marcos teóricos, com destaque, principalmente, aos dois últimos que abarcam mais intimamente o tema do constitucionalismo.

O primeiro marco é do doutrinador norte-americano, Ronald Dworkin, o qual defende a ideia de que os tribunais são os lugares apropriados para grandes transformações e conquistas sociais, já que poderiam estar distantes de paixões políticas, devida sua imparcialidade e serenidade para solução de desacordos morais (Fonteles, 2019). Dworkin (2002) possui a visão do Tribunal como um fórum de princípios, uma entidade perfeita e inequívoca, por acreditar que o julgamento baseado nos princípios já traduziria o desejo social por justiça e equidade.

Diante dessas afirmações, e projetando as definições já apresentadas do *backlash*, o fenômeno funcionaria como uma resistência oferecida à autoridade da decisão, pondo em risco a respeitabilidade do decisório e a independência dos Tribunais. A doutrina de Dworkin não reconhece a força persuasiva do *backlash* por ameaçar as Cortes Constitucionais, visto que o fenômeno é percebido como obstáculo e um danoso efeito colateral que não deve inibir os magistrados de serem ousados e adotarem decisões moralmente corretas (Fonteles, 2019).

O segundo marco teórico defende a ideia do minimalismo judicial, amplamente defendido por Cass Sunstein que, ao contrário do pretendido por Dworkin, propõe um relativo desencorajamento da liberdade excessiva dos magistrados no momento de proferirem suas decisões. Aqui o judiciário deve ser moderado e econômico, evitando estender os raciocínios não levantados na demanda, a fim de buscar estreiteza horizontal na argumentação, da mesma forma que deve evitar grandes aprofundamentos meritórios, visando brevidade na análise da questão suscitada (Fonteles, 2019; Sunstein, 1999).

Para Sunstein (1999) as cortes devem construir o direito sem pressa e um caso de cada vez. No mesmo sentido, o autor ainda defende: “Minimalismo de decisão

tem duas características atraentes. Primeiro, é como reduzir os encargos da decisão judicial. Segundo, e mais fundamentalmente, minimalismo é provavelmente fazer erros judiciais menos frequentes e (acima de tudo) menos prejudiciais” (Sunstein, 1999, p. 4, tradução nossa).

Vê-se, então, que os dois primeiros marcos teóricos, mais distanciados da proposição deste estudo, trabalham suas perspectivas através de um foco prático e não trazem os conceitos amparados nesta pesquisa, entretanto, são fundamentais para o entendimento das roupagens conceituais em que o fenômeno *backlash* está revestido.

O terceiro marco teórico está intrinsecamente ligado ao Constitucionalismo Popular (Fonteles, 2019). Para os defensores desta teoria, o Constitucionalismo Popular, diferentemente do Constitucionalismo Legal, tem o povo como a força ativamente incluída na interpretação do Direito Constitucional, possuindo este a palavra final, deixando as Cortes como autoridades coadjuvantes e secundárias (Tushnet, 2006).

Sendo assim, tal como no minimalismo judicial, o *backlash* também deve ser evitado, no entanto, de maneira ainda mais ferrenha, tendo em vista que as Cortes não seriam legitimadas, nem mesmo, para invalidar leis legisladas pelo parlamento, ou seja, inexistiria qualquer tipo de controle de constitucionalidade (Fonteles, 2019, p. 53).

O quarto marco teórico revela a ascensão do constitucionalismo democrático. Diferentemente da proposta de jurisdição centralizada de Dworkin, ou até mesmo do constitucionalismo popular de Tushnet, ambas mais extremistas, busca-se com Robert Post e Reva Siegel um equilíbrio interpretativo para lidar com o efeito *backlash* (Fonteles, 2019, p. 54). O Constitucionalismo Democrático vê com maior naturalidade as disputas ideológicas no âmbito constitucional, devendo haver um diálogo entre um governo representativo e cidadãos engajados no cumprimento da Constituição (Post; Siegel, 2007).

Fonteles (2019, p. 60) ainda elucida e interpreta o pensamento dos autores acerca do tema:

Para Post e Siegel, a jurisdição constitucional e as políticas democráticas se influenciam mutuamente, porque o constitucionalismo democrático empresta valor às históricas lutas sociais para que determinados pontos de vista acerca do significado constitucional sejam efetivamente incorporados nas decisões dos Tribunais [...] consideram que as decisões das Cortes podem efetivamente alterar os valores constitucionais compartilhados por uma sociedade, razão pela qual o *backlash* há de ser tido como uma consequência necessária da vindicação de direitos constitucionais [...] deve ser tido como um instrumento de legítima pressão social, de modo a sensibilizar juízes e Tribunais para que julguem conforme o sentimento social acerca do significado da Constituição que os governa.

Esses autores compreendem o *backlash* como uma tentativa do povo de se fazer ouvir no processo de constitucionalização, entendendo a possibilidade de expressar o descontentamento popular com decisões judiciais, sem colocar em risco o próprio Estado Democrático de Direito, reconhecendo, inclusive, efeitos benéficos deste fenômeno, uma vez que ele tem o poder de ativar a cidadania adormecida de toda uma sociedade (Post; Siegel, 2007).

Por fim, o constitucionalismo democrático se mostra mais equilibrado ao lidar com situações moralmente sensíveis envolvendo, principalmente, grandes repercussões sociais, fazendo contrapeso aos marcos mais extremistas como o minimalismo judicial de Cass Sunstein, a teoria de Ronald Dworkin ou o constitucionalismo popular de Mark Tushnet.

Dessa maneira, presume-se, então, que cada marco teórico do efeito *backlash* traz consigo diversos conceitos vistos pelo diapasão europeu, tanto ao questionar as reações sociais sobre decisões constitucionais, quanto ao embasar suas teorias em fontes europeias. Embora, por exemplo, o tema acerca de direitos humanos e constitucionalismo, pensados em escala social, não sejam uma exclusividade das lutas verificadas no continente europeu, de acordo com que será narrado no tópico seguinte.

### **3 RAÍZES HISTÓRICAS DAS CONQUISTAS LATINO-AMERICANAS DE DIREITOS E O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO FRENTE AOS MARCOS TEÓRICOS DO *BACKLASH***

Observados os marcos teóricos basilares do efeito *backlash* e sua forte influência sofrida pelo modelo hegemônico europeu, buscar-se-á neste tópico do estudo desenvolver as raízes históricas das conquistas latino-americanas de direitos humanos, os quais são o embrião dos direitos fundamentais positivados. Desse modo, será possível compreender se a história de conquistas da América Latina sobre direitos humanos fundamentais, e o novo constitucionalismo latino-americano, são desconsiderados enquanto objeto de estudo do fenômeno *backlash*.

Inicia-se esse embasamento com o destaque para a maneira com que se construiu a narrativa sobre os direitos humanos no período colonial da América e a forma com que se desconsideram ou não legitimam as conquistas resultantes dos tempos de lutas sociopolíticas nas terras recém-descobertas àquela época, principalmente na parte hispânica da América do Sul (Bragato, 2016).

É notório que a história sobre os direitos humanos e reações sociais é contada em uma trajetória linear que reconhece, quase tão somente, a consolidação dos direitos como fruto da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, marco da Revolução Francesa, e da Declaração de Independência dos Estados Unidos. Certo que essas revoluções não são as únicas representantes do movimento dos direitos humanos, lutas e conquistas sociais (Bragato, 2016).

Há uma visão herdada no pensamento latino-americano que coloca o mundo europeu no centro da estrutura política, cultural, jurídica e científica. Esse ponto de vista predominante torna a europeização como a única forma de validar a representação do mundo, enquanto protagonista da modernidade e da modernização de sociedades não europeias, o qual fundamenta o discurso na racionalidade hegemônica (Rossi; Kozicki, 2021). Os direitos humanos, não obstante serem utilizados como instrumento reivindicador das lutas por garantias em face de poderes arbitrários, está costumeiramente relacionado com os discursos tradicionais, formais e dogmáticos (Wolkmer, 2019).

Essa proposta de análise dos direitos humanos por novas óticas objetiva a ressignificação da concepção dos direitos humanos sem deixar de lado as matrizes hegemônicas já elencadas. Todavia, reforça-se a importância de serem reconhecidas as potencialidades e os aspectos advindos dos povos não-europeus em busca de um

parâmetro pluriversal, ao invés da propagação de uma universalização velada, ou seja, os direitos humanos resumidos apenas à realidade europeia e desconsiderando as conquistas e experiências latino-americanas (Rossi; Kozicki, 2021; Wolkmer, 2019).

Em contraponto, denota-se a crítica proposta pelos questionamentos de Garay Montañez (2016, p. 814, tradução nossa) que adentram na desconsideração do panorama latino-americano acerca do constitucionalismo e dos direitos humanos:

Enquanto Maquiavel pensava no poder, o que acontecia nas cidades invadidas pela Europa? Enquanto Bodin refletia sobre a forma de exercer o poder, sobre a ideia de soberania e sobre a família patriarcal, o que se passava em termos de poder e família no continente americano colonizado pela Europa? Especificamente, com seus habitantes nativos e de origem africana escravizados? Enquanto Descartes e Poullain de La Barre propunham o caminho para a revolução científica e a igualdade, por que isso não alcançou os habitantes dos povos colonizados? Por que indígenas e negros não foram incluídos na retórica da Modernidade?

Nesse viés, no século XV, surgiram grandes nomes que contribuíram para a construção dos direitos humanos e, principalmente, reivindicaram mudanças do *status quo* social, cada um ao seu modo. Entre os nomes, citam-se principalmente os pensadores da Escola de Salamanca, Bartolomé de Las Casas, Francisco de Vitória e Domingos de Soto. Seus posicionamentos foram motivados, sobretudo, pelas injustiças e crueldades realizadas pelos conquistadores espanhóis em detrimento dos indígenas americanos, os quais foram, em sua maioria, massacrados ou forçados à catequização cristã (Bragato, 2016; Iglesias, 2004).

A fim de contextualizar, Bragato (2016) destaca os impactos desses debates hispânicos para o nascimento dos direitos humanos, os quais atuaram como poder contramajoritário à época. Inicialmente pontua as posteriores repercussões das Juntas de Valladolid, com destaque para os séculos XVII e XVIII, que foram essenciais na reflexão sobre os direitos naturais e natureza humana, dando respaldo ao que viria ser o discurso moderno sobre os direitos humanos. Inclusive, as discussões dos juristas e teólogos hispânicos traçaram conceitos sobre Estado de natureza, contrato social e Estado Civil os quais seriam utilizados pelos europeus, Locke, Rousseau e Kant (Bruit, 1995).

Paralelamente, sabe-se que são as lutas sociais por direitos fundamentais (direitos humanos) que, muitas vezes, embasam as reivindicações de grupos desamparados, as quais chegam até a apreciação da Corte Constitucional de um país, motivo pelo qual o embasamento histórico das conquistas latino-americanas se mostra tão importante na temática do efeito *backlash*.

Por outro lado, outra temática que se relaciona com os estudos sobre *backlash* é o constitucionalismo, principalmente, no terceiro e quarto marco teórico do fenômeno, conforme abordado no tópico anterior. Contudo, neste momento, buscar-se-á apresentar também a ótica do novo constitucionalismo latino-americano, outro conceito escanteado dentro da construção do fenômeno em estudo.

Nesse enquadramento, evidencia-se que os conflitos, forças e lutas sociais de determinado contexto histórico são capazes de serem matrizes geradoras de uma constituição e essa, conseqüentemente, absorve o pensamento da sociedade organizada, a qual incorpora tradições, costumes e práticas daquela coletividade. Portanto, não se pode simplificar a constituição apenas como um instrumento formal e positivado do ordenamento jurídico, mas como um resultado de uma construção complexa no âmbito jurídico, histórico e político (Wolkmer, 1989).

Dito isso, possibilita-se adentrar brevemente no movimento constitucionalista e novo constitucionalismo observado na América Latina, com intuito de verificar se esses movimentos também poderiam influenciar nos marcos teóricos outrora apresentados. Afinal, o fenômeno *backlash* evidencia, principalmente, as reações decorrentes da luta social de grupos minoritários por direitos fundamentais, a qual é instrumentalizada através do judiciário e envolve assuntos de grande repercussão.

Inclusive, é possível relacionar com o conceito de Boaventura de Souza Santos (2009), o qual destaca o constitucionalismo *desde abajo*, ou seja, originado pelas reivindicações das minorias. Assim, o movimento do novo constitucionalismo, capitaneado pelos países andinos, representou na América Latina uma quebra da influência exclusivamente eurocêntrica e dos modelos liberais. Wolkmer e Fagundes (2011, p. 379) entendem que essas mudanças “[...] se confirmam nas ações práticas, conduzindo as populações do regime de marginalização política e social a melhores

condições de vida; eis o requisito transformador [...]”. Traçando um paralelo, o constitucionalismo de Mark Tushnet, por exemplo, abarca conceitos semelhantes, contudo, originariamente de fontes europeias.

Dentro desse contexto de ruptura, além de adotar um viés distinto, o novo constitucionalismo latino-americano se põe como uma força contrária ao modelo hegemônico apresentado pelos europeus. Embora pouco utilizados como base teórica, em comparação ao modelo liberal europeizado, o modelo do constitucionalismo na América Latina destaca os interesses sociais de classes esquecidas na perspectiva de participação democrática e política (Viciano Pastor; Martinez Dalmau, 2010).

Convergindo com a ideia de insuficiência das bases europeias para a contextualização de determinados fenômenos em terras latino-americanas, Chivi Vargas (2009, p. 158) explica que “Históricamente ha sido insuficiente para explicar las sociedades colonizadas; no fue lo suficientemente claro para explicar la ruptura con las metrópolis europeas y la continuidad de las relaciones típicamente coloniales [...]”.

Além do mais, para Rossi e Kozicki (2021, p. 46), existem fatores que devem ser considerados dentro dos conceitos em discussão, visto que podem ser observadas inconsistências e insuficiências no modelo teórico dominante sobre os direitos humanos e o constitucionalismo:

[...] é possível afirmar que o modelo teórico dominante dos direitos humanos e também do constitucionalismo, encontra inconsistências e contradições visto que as conquistas de direitos sob o ideal racional da modernidade, além de deixar um rastro histórico de desrespeito aos direitos humanos, tem se mostrado insuficiente para atingir o objetivo de efetivação concreta destes mesmos direitos, em especial quando transcendem as dimensões de realização da liberdade e evocam a necessidade de criar planos concretos de igualdade social e mudanças na relação do homem com o meio ambiente.

À vista disso, o novo constitucionalismo agrega em sua normativa constitucional interesses de grupos minoritários, grupos esses que são o foco das discussões relacionadas ao fenômeno *backlash*. Em outras palavras, basta uma análise para denotar que o principal motivador de decisões polêmicas dos tribunais

são aquelas advindas da provocação judicial de grupos minoritários em busca de maior espaço social, as quais resultam em reações diversas de grupos conservadores que desejam a manutenção do *status quo*.

Sendo assim, mostrou-se, resumidamente, o aporte histórico essencial para o entendimento de uma aparente desconsideração das conquistas latino-americanas de direitos nos marcos teóricos sobre o efeito *backlash*. Desde as raízes na América Latina, com o avanço nas discussões sobre os direitos humanos dos povos conquistados pelos hispânicos, até breves conceitos do novo constitucionalismo latino-americano.

#### 4 CONCLUSÃO

Consonante ao demonstrado no presente estudo, o *backlash* é um termo norte-americano e, ao ser analisado sob a ótica de seus quatro principais marcos teóricos, é construído a partir da grande influência do movimento do constitucionalismo e dos direitos humanos. Do mesmo modo, molda-se nas reivindicações judiciais polêmicas acerca dos direitos fundamentais positivados e, por essa razão, resulta em variadas consequências no âmbito político e jurídico do país em que se acomete.

Ao adentrar no conceito do constitucionalismo, enquanto movimento que visa garantia de direitos, promoção de liberdades e imposição de limites ao exercício do poder político como forma de limitação do próprio Estado, verifica-se que esse movimento já nasce e se perpetua centralizado a partir da Europa moderna. Não diferentes são as bases sobre direitos humanos, uma vez que se evidenciam as conquistas marcadas e influenciadas pela cultura eurocêntrica – a qual é herança dos povos colonizados.

Vislumbrou-se ainda que, a partir de diversos marcos teóricos apresentados, todos possuem relação direta ou indireta com a discussão sobre direitos humanos, bem como com o constitucionalismo. Extrai-se que o marco teórico do constitucionalismo democrático, de Post e Siegel, é mais equilibrado para lidar com situações moralmente sensíveis e de reivindicação social, fazendo contrapeso aos

marcos mais extremistas como o minimalismo judicial de Cass Sunstein, a teoria do Juiz Hércules de Ronald Dworkin ou o constitucionalismo popular de Mark Tushnet.

Ocorre que os dois últimos marcos teóricos estudados, à luz de Tushnet e Post e Siegel, utilizam-se quase exclusivamente de fontes europeias em suas afirmações, visto que, em regra, são as fontes hegemônicas perpetuadas na sociedade. A historicidade moderna dos conceitos é verticalizada em viés europeizado, principalmente, na ótica da Revolução Francesa, liberalismo e, quando muito, traz a base histórica da Constituição dos Estados Unidos da América de 1787 que, embora não europeia, também não se enquadra como latino-americana.

Apesar das fontes legítimas citadas acima, desconsideram-se as raízes históricas das conquistas latino-americanas de direitos humanos e o novo constitucionalismo latino-americano frente aos marcos teóricos do *backlash*. É possível concluir, a partir da pesquisa, que a hegemonia europeia não é a única representante do movimento dos direitos humanos, lutas, conquistas sociais e constitucionalismo. Pelo contrário, as consequências das lutas dos povos originários na América Latina tiveram influência direta naquelas vistas na Europa séculos mais tarde e, portanto, também influenciaram os marcos teóricos do fenômeno *backlash*.

Contudo, sejam os debates promovidos pela Escola de Salamanca sobre os direitos humanos dos povos conquistados, os quais promoveram grandes avanços a respeito da dignidade da pessoa humana, mais tarde absorvidas por pensadores europeus como Lock, Rousseau e Kant. Ou pelas questões desenvolvidas acerca do novo constitucionalismo latino-americano, todos os pontos convergem para o mesmo desfecho: a construção teórica e histórica do fenômeno *backlash* não cita qualquer contribuição latino-americana em sua bagagem.

Nesse viés, não há menção, por parte daqueles autores, de movimentos sociais observados na América Latina, o que representa uma desconsideração às conquistas latino-americanas tão importantes, especialmente porque o fenômeno estudado se caracteriza por ser uma reação a decisões judiciais polêmicas que foram provocadas por clamores públicos de minorias marginalizadas. Esses fatos, em tese, deveriam ser levados em consideração para um maior aprofundamento e consolidação dos estudos sobre o *backlash* em si.

Dessa forma, a hipótese levantada pela presente pesquisa se confirmou, uma vez que o fenômeno *backlash*, enraizado, em regra, em fontes eurocêntricas, não traz expressamente em seu embasamento teórico a influência histórica das lutas e conquistas sociais latino-americanas que, por outro lado, muito subsidiaram os conceitos europeus utilizados pelos autores dos principais marcos teóricos do *backlash*.

Finalmente, cabe destacar que os estudos sobre o fenômeno em discussão ainda são incipientes e pouco analisados, fato que demonstra a necessidade de compreendê-lo e a oportunidade de explorá-lo em pesquisas futuras, a partir da perspectiva latino-americana ou de outras ramificações que apresentem diferentes óticas, seja para melhor entendimento do seu aporte histórico, como para a aplicação prática e consequências do fenômeno *backlash*.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. Brasília: OAB Editora, 2008.

BRAGATO, Fernanda. Raízes Históricas dos Direitos Humanos na Conquista da América: o protagonismo de Bartolomé de Las Casas e da Escola de Salamanca. IHU Online. Unisinos. Edição 487, 13 de junho de 2016, 15 fls.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 06 ago. 2023.

BRUIT, Héctor Hernán. **Bartolomé de Las casas e a Simulação dos Vencidos**. São Paulo: Iluminuras, 1995.

CHIVI VARGAS, Idón M. **Constitucionalismo emancipatório y desarrollo normativo: desafíos de la Asamblea Legislativa Plurinacional**. Bolívia, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FONTELES, Samuel Sales. **Direito e Backlash**. Salvador: Juspodivm, 2019. 219 p.

GARAY MONTAÑEZ, Nilda. Aportes del pensamiento decolonial en la investigación y enseñanza del derecho constitucional. In: TORTOSA YBÁÑEZ, MaríaTeresa; GRAU COMPANY, Salvador; ÁLVAREZ TERUEL, José Daniel. (Coords.). XIV Jornadas de Redes de Investigación en Docencia Universitaria: Investigación, innovación y enseñanza universitaria: enfoques pluridisciplinares. Alacant: Universitat d'Alacant, Institut de Ciències de l'Educació, 2016. p.813-828

IGLESIAS, Miguel Ángel Gonzáles. "Domigo de Soto: supensamiento político. Las dificultades planteadas com la conquista de América". PASIN, João Bosco Coelho (org.). Culturalismo Jurídico: São Paulo 450 anos: Seminário Brasil Espanha. Brasília: Instituto Tancredo Neves, 2004.

KLARMAN, Michael. Courts, Social Change, and Political Backlash. In: **Hart Lecture at Georgetown Law Center**, March 31, 2011 – Speaker's Notes. Disponível em: <http://tinyurl.com/bz4cwqk>. Acesso em: 04 ago. 2023.

MARMELSTEIN, George. Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas ao ativismo judicial. In: SEMINÁRIO ÍTALO-BRASILEIRO, 3, 2016, Bolonha. Disponível em: <https://www.dropbox.com/s/zo9f5fp042ght2w/Marmelstein%2C%20George%20-%20Efeito%20Backlash%20da%20Jurisdi%2C%A7%2C%A3o%20Constitucional%20%28Bolonha%29.pdf>. Acesso em: 02 ago. 2023.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la. **Do espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, vol. 42, pp. 373-433, 2007. Disponível em: [http://web.archive.org/web/20100215023412/http://www.law.harvard.edu/students/orgs/crcl/vol42\\_2/CRCL422.pdf](http://web.archive.org/web/20100215023412/http://www.law.harvard.edu/students/orgs/crcl/vol42_2/CRCL422.pdf). Acesso em: 13 ago. 2023.

ROSSI, Amélia Sampaio; KOZICKI, Katya. A colonialidade do direito: constitucionalismo e direitos humanos como categorias modernas em desconstrução. **Revista Culturas Jurídicas**, Niterói, v. 8, n. 21, p. 23-50, 2021.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pensar el Estado y la sociedad**: desafios actuales. Buenos Aires: Waldhuter, 2009.

SUNSTEIN, Cass. **One Case at a Time**: judicial minimalism on the supreme court. Cambridge: Havard University Press, 1999. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=npY0aMUOacUC&printsec=frontcover&dq=one+case+at+time&hl=ptBR&sa=X&ved=0ahUKEwiFw6ye1p3oAhWblbkGHX4SDEUQ6AEIKTAA#v=onepage&q=one%20case%20at%20time&f=false>. Acesso em: 15 ago. 2023.

TUSHNET, Mark V. Popular Constitutionalism As Political Law. **Chicago-Kent Law Review**, **Chicago**, v. 81. pp. 999-1000, 2006. Disponível em: <https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1238&context=facpub>. Acesso em: 15 ago. 2023.

VICIANO PASTOR, Roberto; MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. Presentación. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latino-americano. In: ECUADOR. Corte Constitucional de Ecuador para el período de transición. **El nuevo constitucionalismo em América Latina**. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2010. p. 9-38. Disponível em: <https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/14/o/34272355-Nuevo-Constitucionalismo-en-America-Latina.pdf?1352144011>. Acesso em: 18 ago. 2023.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Constitucionalismo e direitos sociais no Brasil**. São Paulo: Acadêmica, 1989.

WOLKMER, Antônio Carlos; FAGUNDES, Lucas Machado. Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico. **Revista de Ciências Jurídicas Pensar**, Fortaleza, v. 2, n. 16, p. 371-408, jul. 2011. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2158>. Acesso em: 18 ago. 2023.

WOLKMER, ANTONIO CARLOS. Reinvenção dos Direitos Humanos: um aporte descolonial desde o Sul. In: RABINOVITCH-BERKMAN, Ricardo (Editor). (Org.). Los Derechos Humanos desde la Historia. Inmersiones Libres. 1ed. Chile: **EH Editorial Hamurabi**, 2019, p. 287-298. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1ZVhNamNYb2Tuan7L7bmdQ5YJ4lgqriLG/view>. Acesso em: 18 ago. 2023.