

A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS DAS MINORIAS E A DOMINAÇÃO POLÍTICA E DIGITAL NA PERSPECTIVA DO *BACKLASH* NO BRASIL

Wilsianne Carneiro Rabelo¹

Edgard Fernando Barbosa²

Rogério Carlos Born³

Resumo: O presente estudo tem como objetivo analisar a utilização da estratégia *dual track advocacy*, criada pelo advogado Evan Wolfson, na perspectiva de políticos instrumentalizarem a decisão judicial como plataforma eleitoral, fazendo uso da disseminação de informações falsas com intenções de macular o voto do eleitor e na tentativa da dominação política através do meio digital, podendo provocar um retrocesso nas conquistas dos direitos das minorias. A partir da adesão à linha teórica do constitucionalismo democrático, o recorte temático a ser pesquisado refere-se ao efeito político-social *backlash no Brasil* contra decisões judiciais favoráveis aos direitos das minorias. Neste artigo serão analisadas as inter-relações existentes entre o direito, a política e a tecnologia e como estas contribuem com os direitos das minorias. A metodologia adotada é a exposição teórica e explicativa, pois identifica e relata como ocorre a dominação

¹ Bacharela em Direito pelo Centro Universitário UniDomBosco, Curitiba, Brasil. Possui pós-graduação *latu sensu* em história social da arte obtidos junto a Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR).

² Mestre, advogado, doutorando no Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil).

³ Doutorando e Mestre em Direito Constitucional, na área de concentração de Direitos Fundamentais e Democracia, pela UniBrasil.

política digital através do *backlash* utilizada como plataforma eleitoral. A pesquisa foi realizada pelo método hipotético-dedutivo, partindo de fatos gerais e analisando casos históricos judiciais que geraram o efeito *backlash*, seguindo o ciclo problema e conjecturas das consequências. A hipótese verificada demonstrou que o Direito continua sendo o principal instrumento de superação das desigualdades sociais e que o efeito *backlash* pode promover avanços ou retrocessos sociais. Contudo, o defensor deverá estar atento às circunstâncias sociais, às possíveis reações políticas e a estratégia adequada para que a sua demanda judicial sirva como elemento transformador da sociedade.

Palavras-Chave: *Backlash*. Democracia. Dominação. Litigância estratégica. Tecnologia.

THE JUDICIALIZATION OF MINORITY RIGHTS AND POLITICAL AND DIGITAL DOMINATION IN THE PERSPECTIVE OF *BACKLASH* IN BRAZIL

Abstract: The present study aims to analyze the use of the dual track advocacy strategy, created by the lawyer Evan Wolfson, in the perspective of politicians to instrumentalize the judicial decision as an electoral platform, making use of the dissemination of false information with intentions to taint the voter's vote, in the attempted political domination through the digital medium, which may cause a retrogression in the conquests of minority rights. From the adherence to the theoretical line of democratic constitutionalism, the thematic focus to be researched refers to the political-social backlash effect in Brazil against judicial decisions favorable to the rights of minorities. This study will analyze the interrelationships between law, politics and technology and how they contribute to minority rights. The methodology adopted is the theoretical and explanatory exposition, as it identifies and reports how digital political domination occurs

through the backlash used as an electoral platform. The research was carried out by the hypothetical-deductive method, starting from general facts and analyzing historical judicial cases that occurred generated the backlash effect, following the problem cycle and conjectures of the consequences. The verified hypothesis demonstrated that Law remains the main instrument for overcoming social inequalities and that the backlash effect can promote social advances or setbacks. However, the defender must be aware of social circumstances, possible political reactions and the appropriate strategy so that his judicial demand serves as a transforming element of society.

Keywords: *Backlash*. Democracy. Domination. Strategic litigation. Technology.

1. INTRODUÇÃO



múnus advocatício está subordinado às leis e ao agir em benefício da coletividade, o profissional possui a missão de dar concretude dos direitos dos cidadãos garantidos pela Carta Magna, devendo elaborar argumentos convincentes em defesa de direitos e participar de forma ativa na edificação de uma sociedade justa e equânime (COSTA, 2018).

Com a ascensão do constitucionalismo, a jurisdição tem sido o espaço para perquirir direitos das minorias não consolidados no Parlamento. As iniciativas legislativas são resistentes a aprovar temas sensíveis, ainda não consolidados pela sociedade tais como os direitos relacionados aos homossexuais, as pessoas com deficiência, a maior participação feminina na política, as minorias étnicas, cotas raciais, idosos, e a legitimidade de pesquisas com células-tronco, entre outros. O Poder Judiciário passa a exercer a função de garantir os direitos das minorias que caberia ao Poder Legislativo. Com o Judiciário desempenhando

uma função contramajoritária em defesa do direito das minorias, torna-se cada vez mais tênue a linha que divide as questões políticas das questões jurídicas (MARMELSTEIN, 2016, p. 2).

Observando o contexto apresentado, mostra-se imprescindível para os defensores do direito a pesquisa sobre o fenômeno social e político *backlash*, com o objetivo de responder a problematização da relação existente entre a defesa do direito das minorias, a política e a tecnologia. Neste sentido, conduz para o seguinte questionamento: qual estratégia deve ser utilizada pelos defensores ao pleitear os direitos das minorias, conjecturando o denominado fenômeno *backlash*, quando tem como reação política o uso das novas tecnologias, disseminando conteúdos com intenções de manipular o voto dos eleitores, comprometendo os efeitos da decisão e pondo em risco a democracia?

A pesquisa se limitará às hipóteses dos defensores dos direitos judicializarem favoravelmente aos direitos das minorias e obterem como efeito do *backlash* a utilização da decisão judicial por políticos, como plataforma eleitoral na tentativa da dominação política através do uso indevido das novas tecnologias. Dentro desta perspectiva será apresentada nos primeiros capítulos a definição e peculiaridades do fenômeno *backlash*, como ele se manifesta no direito internacional e no direito brasileiro, suas formas de exteriorização, como calcular e identificar indicadores fortes e fracos de um *backlash* e as reações políticas que coadunam com os princípios constitucionais.

Nos capítulos seguintes, a pesquisa busca analisar como ocorre a tentativa da dominação política por meio de um dos tipos da exteriorização do efeito *backlash* identificado na pesquisa realizada pelo cientista político Rogério Carlos Born (2021, p. 1199), quando afirma que “a dominação digital aparece como uma nova forma de detenção do poder como formadora da vontade do eleitor por intermédio das redes sociais e outros meios sociais de comunicação eletrônica”. O autor ensina que a

dominação digital surge quando o eleitor é influenciado por informações falsas que são disseminadas nas redes sociais por políticos que tentam macular a vontade do eleitor, disseminando conteúdos e informações que se encaixam com o perfil de determinado eleitor, resultando na criação de bolhas que favorecem a ascensão de líderes populistas que colocam em risco a democracia.

Preliminarmente, mostra-se importante para a pesquisa a análise da estratégia *dual track advocacy* criada pelo advogado Evan Wolfson, apresentado por Alessandra Prezepiorski Lemos no artigo “Constitucionalismo, democracia e a tensão insuperada: Como a advocacia em defesa do casamento homoafetivo nos Estados Unidos superou a hipótese do *backlash*”, assim como os estudos e reflexões acerca da “Dominação política digital” realizada por Rogério Born. Serão também analisadas as considerações sobre o Direito e o *backlash*, apontadas por Samuel Sales Fonteles e George Marmelstein.

Em suma, servirão como base para o estudo: o Direito Constitucional, a historiografia e a Ciência Política, com o desiderato de testar a tese de análise da estratégia *dual track advocacy* formada por Evan Wolfson, na perspectiva do *backlash*, no contexto sociopolítico brasileiro do século XXI. O escopo é aferir como a adoção da estratégia contribui com a concretude dos direitos fundamentais e sociais das minorias estabelecido nas decisões judiciais e propiciar a transformação social.

Cabe ressaltar que o presente estudo não busca tomar posicionamento quanto as ideologias mencionadas, objetiva-se aqui, tão somente apontar, substancialmente, vertentes no contexto teórico. Os resultados alcançados com este trabalho buscam servir como subsídio e elucidação no processo de análise crítica sobre a influência do *backlash*, no pleito das demandas sociais das minorias e como as estratégias adotadas pelos profissionais da área do direito podem contribuir para uma sociedade justa e equânime dentro da perspectiva constitucional.

Para a realização deste trabalho, a metodologia adotada será a pesquisa teórica que consiste na investigação do tema com base em referências bibliográficas, alicerçadas em artigos, legislações, livros sobre o tema e consulta a jurisprudências. O levantamento dos fundamentos utilizados nos casos práticos, terá como base o método dedutivo, como meio de fundamentar e aprofundar os estudos no campo do Direito Constitucional, salientando a importância da dialética na construção de um Estado de Direito democrático e plural.

2. *BACKLASH*, DEFINIÇÕES E PECULIARIDADES

A expressão *backlash* foi definida pelo Dicionário de Oxford (2021), “como uma forte reação negativa de uma quantidade considerável de pessoas a um acontecimento social ou político”. O efeito *backlash* é conceituado por Samuel Sales Fonteles (2018, p. 16), como um estímulo político invisível que é acionado quando os tribunais decidem sobre temas ainda não ponderados pela sociedade, inflamando grupos em que a decisão atinge seus interesses pessoais. Quando a decisão judicial contraria os ideais ou desejos políticos, a exteriorização manifesta-se enquanto forma retaliação como: a revisão legislativa de decisões; com a interferência política; introdução de restrições à jurisdição dos tribunais, ou a “poda dos poderes de controle de constitucionalidade” (MARMELSTEIN, 2016, p. 3).

A pesquisa verifica que o foco do ataque não considera o fundamento jurídico da decisão judicial, mas a vertente ideológica que estaria por trás do tema decidido, “se a decisão judicial tem um viés conservador, a reação política pode vir de setores progressistas. Se, por outro lado, a decisão for progressista, o contra-ataque virá de setores mais conservadores” (MARMELSTEIN, 2016, p. 4).

Dentro desta perspectiva Fonteles (2018, p. 19), ensina que o *backlash* possui usualmente uma reação conservadora do

status quo que vai contra a linha ideológica da decisão judicial e que promove a ascensão política de alguns grupos com ideologia contrária ao direito protegido acarretando um retrocesso social.

Nessa perspectiva, em matéria que divide a opinião pública, George Marmelstein (2016, p. 6) aponta um itinerário processual resumido de como acontece o efeito *backlash*: Quando proferida uma decisão judicial em defesa de direitos de uma parte da população, cujos os temas não foram ainda consolidados na consciência social, a decisão passa a ser atacada politicamente por discursos conservadores que, para ganhar força, coagem e manipulam a opinião do eleitor. “Com isso, os candidatos que aderem ao discurso conservador costumam conquistar maior espaço político”, vencendo as eleições. Passando o grupo conservador a assumir o poder político, aprovar leis e outras medidas que correspondam à sua ideologia.

3. O EFEITO *BACKLASH* NA CONJUNTURA INTERNACIONAL

A análise visa indicar o nexos existente de causa e efeito entre as decisões judiciais e a reação *backlash* como resposta política a julgamentos do constitucionalismo histórico norte-americano e alemão, para supervenientemente fazer uma aplicação analógica fática no Brasil.

Entre os casos usualmente mais estudados, George Marmelstein traz como referência ao estudo do efeito *backlash*, o caso *Brown v. Board of Education (1954)*, um julgado realizado pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América (EUA), presidida por Warren, que pronunciou a inconstitucionalidade da segregação racial. Segundo a Corte, a *apartheid* violava a 14ª emenda da Constituição norte-americana de 1868, e pronunciou-se em defesa ao problema da segregação racial nas escolas públicas do país. No entanto, o autor traz uma análise comparativa da conjuntura político-social do antes e depois do caso *Brown*:

Antes do julgado o número de eleitores pretos registrados em

11 (onze) estados do Sul cresceu de 151.000 (cento e cinquenta e um mil) para 900.000 (novecentos mil). Entre 1940 e 1946, o número de associados da National Association for the Advancement of Colored People (importante associação cujo objeto era a luta em favor dos direitos das pessoas negras) aumentou 9 (nove) vezes durante a II Guerra Mundial, migrando de 50.000 (cinquenta mil) para 450.000 (quatrocentos e cinquenta mil) pessoas. No final dos anos 40, pretos já ocupavam cargos públicos e até mesmo venciam eleições (FONTELES, 2018, p. 108).

A Suprema Corte Norte-Americana reconheceu diversos direitos para os pretos, como não serem excluídos de partidos políticos, à igualdade de tratamento nos transportes interestaduais, de servirem como jurados, à possibilidade de adquirir imóveis sem cláusulas restritivas, de ter os mesmos acessos aos empregos e o voto. Diante de tais decisões favoráveis ao pleito, iniciou-se as reações *backlash*, alavancando a carreira de políticos conservadores (FONTELES, 2018, pp. 108-109).

Devido ao precedente *Brown* (1954), houve como reação o nascimento de Conselhos de Cidadãos Brancos, reativando a organização civil americana Ku-Klux-Klan, que pregava a supremacia racial branca, o racismo e o antissemitismo, como também, houve reações legislativas estaduais que emendaram as suas constituições e declararam nulo o julgamento da Suprema Corte (FONTELES, 2018).

Com o impacto das reações decorridas devido ao precedente *Brown*, o movimento favoreceu o direito racial pelos direitos civis. Apesar disso, antes do julgamento, o Governador do Estado da Carolina do Sul, manifestou a hipótese de privatizar as escolas na eventualidade de uma decisão que proibisse a segregação racial, ficando evidente que a reação tentava assegurar o *status quo*.

No Estado da Baviera, região da Alemanha com forte influência católica, aconteceu uma reação *backlash* no caso *Kruzifix-Urteil* (1995), onde a Corte Constitucional alemã invalidou a lei da Baviera que determinava a presença de crucifixos nas

escolas. O Tribunal decidiu pela remoção dos crucifixos com o argumento fundamentado em princípios, sem base política. A decisão foi considerada por muitos cidadãos da Baviera odiosa e sacrílega. Neste momento, políticos e autoridades iniciaram um confronto ideológico; o Governador ignorou a decisão e o Parlamento da Baviera promulgou uma lei que desafiava o precedente. Chegando a controvérsia à Corte Constitucional Alemã esta se eximiu de conhecer o recurso. Em 2018, após 23 (vinte e três) anos, passou a vigorar a lei estadual que determinava a exibição de uma cruz cristã em prédio público da Baviera (FONTELES, 2018, p. 125).

O Vice-Presidente da Corte Constitucional alemã, Johann Friedrich Henschel, referindo-se ao *backlash* sofrido, declarou que a independência do Tribunal precisava ser preservada e que se os políticos resistissem à decisão dos juizes, estariam se fundamentando na máxima de que a Lei só teria importância apenas quando fossem favoráveis aos seus interesses particulares, concluindo que se isto fizer escola, estariam abandonando as bases de um Estado Democrático de Direito.

4. COMO CÁLCULAR UM INDICADOR DE IMPACTO *BACKLASH*

O efeito *backlash* se exterioriza de várias formas; na perspectiva apresentada por Fonteles, os sintomas mais recorrentes da exteriorização são: as críticas jornalísticas; as manifestações sociais; as reações legislativas; os atos de desobediência civil; a instrumentalização da decisão na plataforma eleitoral que influencia no resultado de processos eleitorais, ou a perda de mandatos exercidos por políticos tradicionalmente estabilizados na carreira política (FONTELES, 2018, p. 56).

O autor afirma que os Poderes Executivo e Legislativo diante de uma decisão judicial que altere seu *status quo*, reagem de várias formas contra a decisão, apesar da Constituição

Brasileira estabelece que as decisões vinculam a administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual, municipal e do Distrito Federal (FONTELES, 2018, p. 62).

Art. 102,

(...)

§ 2º- As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (BRASIL, 1988).

Os demais Poderes, ao se sentirem pressionados, não se submetem aos ditames da decisão judicial e imediatamente elaboram novas formas e normas que contrapõem a decisão proferida, utilizando-se do fenômeno denominado de “fossilização da Constituição”. Assim, o legislador acaba por editar nova lei com o mesmo conteúdo daquilo que foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (FONTELES, 2018, p. 67).

Fonteles demonstra que é possível construir um medidor de intensidade do impacto *backlash*, ao calcular as reações sociais, apesar de não conferir a estas uma precisão, ele considera ser mais seguro um cálculo baseado em uma escala composta por marcos extremados e bem definidos, identificando a reação, respondendo ao questionário e considerando os valores referenciados por: Se não aconteceu atribui-se o valor 0 (zero); o valor 0,5 se aconteceu de maneira fraca; e o valor 1,0 se aconteceu de maneira forte o indicador. O autor apresentou os seguintes questionamentos para que sejam respondidos e calculados a intensidade da reação:

a) A decisão recebeu críticas explícitas e contumazes em veículos de mídia diversificados ou por parte de autoridades em pronunciamentos públicos? (Não: 0; Sim: 0,5 se de maneira fraca; 1,0 se de maneira forte).

b) A decisão foi questionada em protestos, greves, passeatas, comícios, procissões, desfiles ou demais manifestações reativas da sociedade civil? (Não: 0; Sim: 0,5 se de maneira fraca;

1,0 se de maneira forte).

c) O tema foi instrumentalizado como plataforma nas candidaturas eleitorais? O resultado das eleições imediatamente subsequentes à decisão proclamou como vencedores candidatos que se comprometeram a confrontar a medida (decisão, lei ou resultado de consulta popular), produzindo um panorama eleitoral que destoava do tradicionalmente observado na última década? Ou ainda: ocorreu a perda repentina de mandatos exercidos por políticos tradicionalmente estabilizados na carreira política e cuja atuação vai ao encontro da medida controversa? (Não: 0; Sim: 0,5 se de maneira fraca; 1,0 se de maneira forte). A primeira pergunta representa um impacto fraco. As demais, um resultado forte).

d) A decisão desafiou reações legislativas crônicas ou generalizadas (na hipótese de decisão nacional e reação estadual)? (Não: 0; Sim: 0,5 se de maneira fraca; 1,0 se de maneira forte).

e) A composição da Corte sofreu alterações em função do julgado controverso, por meio de indicações tendentes a alterar o perfil do colegiado? (Não: 0; Sim: 0,5 se de maneira fraca; 1,0 se de maneira forte).

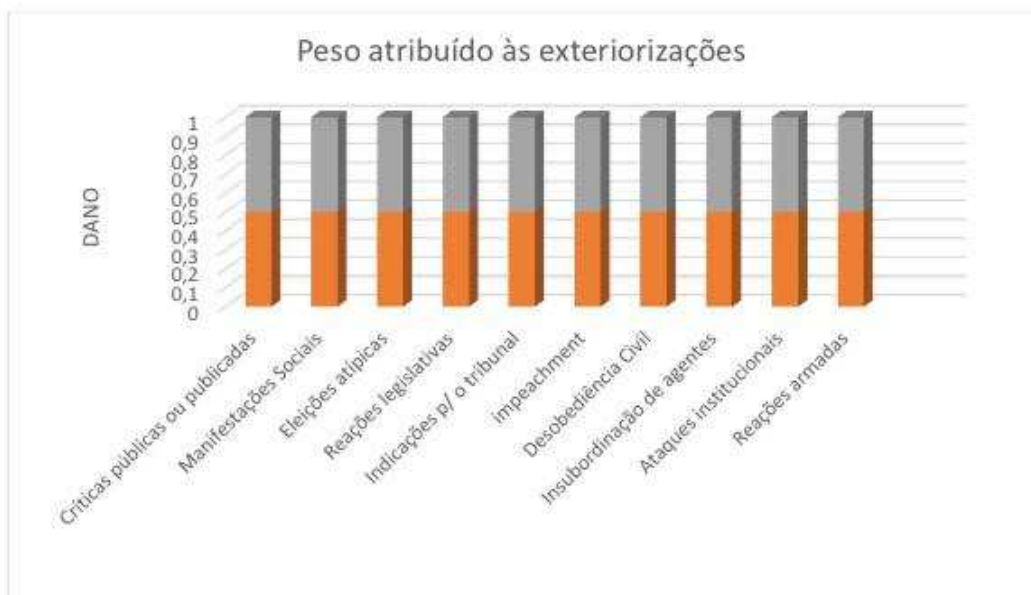
f) Houve (tentativas de) impeachment de Ministros das Cortes (ou recall para remoção de juízes)? (Não: 0; Sim: 0,5 se de maneira fraca; 1,0 se de maneira forte).

g) Os distúrbios civis atingiram o patamar de uma significativa recusa ao cumprimento da decisão, caracterizando uma ampla desobediência civil? (Não: 0; Sim: 0,5 se de maneira fraca; 1,0 se de maneira forte).

h) A decisão deixou de ser cumprida por agentes públicos e autoridades, no intuito deliberado de ignorá-la? (Não: 0; Sim: 0,5 se de maneira fraca; 1,0 se de maneira forte).

i) A decisão gerou atos arbitrários de court packing, cortes no orçamento ou outras medidas de ataque institucional? (Não: 0; Sim: 0,5 se de maneira fraca; 1,0 se de maneira forte).

j) É possível verificar uma relação entre a decisão e atentados ou conflitos armados, como guerras civis? (Não: 0; Sim: 0,5 se de maneira fraca; 1,0 se de maneira forte) (FONTELES, 2018, pp. 81- 82).



(FONTELES, 2018, p. 57)

Esta pesquisa optou por analisar especialmente o indutor (c) que trata sobre a instrumentalização do tema pleiteado na decisão judicial como plataforma nas candidaturas eleitorais e como candidatos vencedores se comprometeram a confrontar a decisão, produzindo um panorama eleitoral conveniente com a sua ideologia.

Para o cálculo é considerado a resposta obtida para cada indutor, considerando cada quesito, Fonteles apresenta uma fórmula para que seja aplicada uma média aritmética das respostas:

$$(i) = \sum x/n$$

Onde:

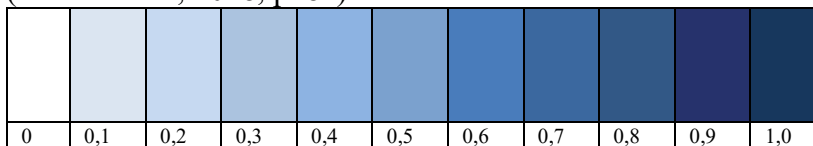
- (i) é o indicador de impacto *backlash*;
- x é o valor de cada pergunta;
- n é o total de variáveis utilizadas.

$$\text{IMPACTO (i)} = (a + b + c + d + e + f + g + h + i + j).$$

10

O resultado encontrado estará em uma variação entre 0 e

1. Quanto mais estiver próximo de 1 o valor encontrado para o indicador, maior será o impacto ou a força do *backlash* (FONTELES, 2018, p. 84).⁴



(FONTELES, 2018, p. 83)

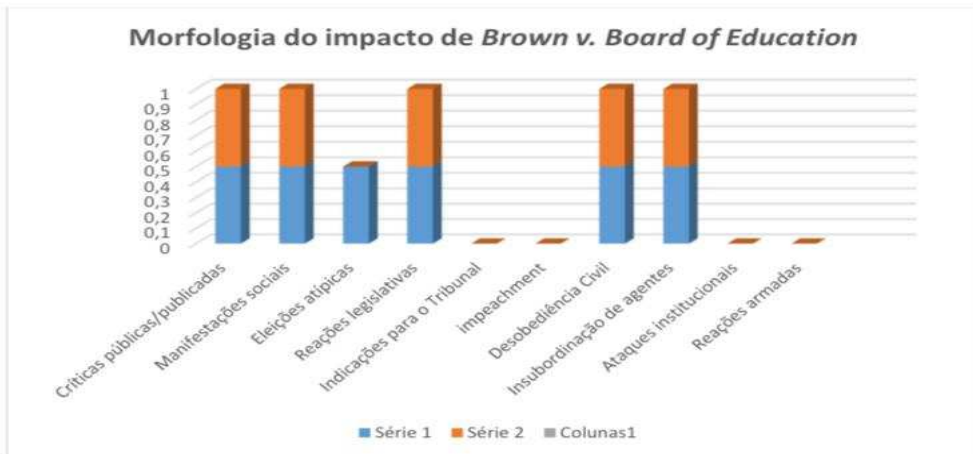
Para interpretar o indicador segue a tabela com valores adaptados:

<i>Intervalo (valor índice)</i>	<i>Status</i>
0,1 e 0,3	<i>Backlash</i> de baixo impacto
0,35 e 0,6	<i>Backlash</i> de médio impacto
0,65 e 1,0	<i>Backlash</i> de alto impacto

(FONTELES, 2018, p. 83)

Fonteles aplicou e calculou o indicador de impacto no caso *Brown v. Board of Education* (1954), obtendo como resultado: $5,5/10 = 0,55$. Mostrando o caso um exemplo de *backlash* de médio porte. Neste caso a decisão recebeu críticas em veículos de mídia diversificadas; inúmeras autoridades se pronunciaram pública e ostensivamente contra a decisão; a decisão foi questionada e foi reativado o movimento Ku-Klux-Klan; o tema foi instrumentalizado como plataforma nas candidaturas eleitorais e obteve como resultado das eleições candidatos que se comprometeram a confrontar a decisão; e ocorreu fortemente a perda repentina de mandatos exercidos por políticos tradicionalmente estabilizados na carreira política e cuja atuação foi ao encontro da medida judicial (FONTELES, 2018, p. 84).

⁴ A variação de cores do indicador entre branco, cinza e preto é classificada por Fonteles, como sendo a cor preta o *backlash* mais perigoso. Estarei mudando a escala para cor azul, para evitar contribuição discriminatórias utilizadas socialmente com a cor preta que seria algo ruim, como racismo estrutural, por vezes passa imperceptível por estar cristalizado na cultura de um povo.



(FONTELES, 2018, p. 113)

A decisão obteve como reações legislativas a emenda às constituições de cinco Estados que declararam nulo o julgamento da Suprema Corte e foi atacada por 70 (setenta) projetos de lei com o desiderato de enfraquecê-la. Houve pedidos de impeachment durante a chamada Corte de Warren. Com a decisão, o sentimento dominante era de oportunismo eleitoral, sendo adotado como estratégia política a conquista da simpatia do eleitorado negro, que antes era relativamente negligenciado, como também, alavancou a candidatura de políticos favoráveis à segregação racial (FONTELES, 2018, p. 85).

5. O EFEITO *BACKLASH* NO BRASIL

Para compreender a relação existente entre direito, política e o efeito *backlash* no Brasil, faz mister uma análise sobre como iniciou o controle de constitucionalidade no país e como estas relações impactam nos pleitos das demandas de direitos das minorias.

A partir da digressão argumentativa do mais importante contexto histórico que tem como referência o controle de

constitucionalidade, a célebre decisão do *Chief Justice John Marshall*, contida no *leading case Marbury vs. Madison*⁵, a Suprema Corte dos Estados Unidos passou através do seu poder verificar a compatibilidade das leis, atos do Poder Legislativo e Executivo em face da *Paramount Law*, inaugurando o chamado controle difuso de constitucionalidade (FILHO, 2008, p. 3).

Analogamente ao direito internacional, mostra-se importante observar o contexto social, em que se iniciou o controle de constitucionalidade no processo histórico do Brasil. Nagib Filho relata que na Constituição Imperial de 1824, outorgada por D. Pedro I, vigorava o pensamento constitucionalista predominante na Europa do início do século XIX e o controle de constitucionalidade das leis era exercido pelo Poder Legislativo, considerando a divisão e a harmonia dos poderes políticos como um princípio conservador dos direitos dos cidadãos na efetivação das garantias constitucionais.

Em 1891, na República Velha, foi introduzido o sistema do controle judicial de constitucionalidade, no então chamado Estados Unidos do Brasil, substituindo a organização política do Império pelo modelo estadunidense, adotando o sistema do Common Law, da jurisdição universal. Na Constituição de 1934, o mais alto Tribunal, passou a ser chamado de Corte Suprema, sendo introduzido o recurso extraordinário como instrumento de controle da prevalência da Constituição e das leis federais.

A alteração mais importante da época foi a introdução de mecanismos de intervenção a serem efetivados perante o Supremo Tribunal, em caso de vulneração aos princípios constitucionais, transformando a questão política de ingerência da União

⁵ É lugar comum indicar a decisão do caso *Marbury v. Madison* como histórico *leading case* da competência do Judiciário em julgar a constitucionalidades das leis e até negar validade àquelas tidas por inconstitucionais. Não nos concerne aqui analisar juridicamente o controle de constitucionalidade inaugurado pelo caso *Marbury v. Madison*, nos interessa demonstrar como esta decisão histórica se deu num contexto de disputa política e de afirmação de poder pela Suprema Corte, e como o *judicial review* nasce como artifício político (STERN, 2016, p. 194).

nos Estados em questão jurídica, a ser decidida pela Corte Suprema, que assumiu um papel político e não apenas aplicador jurisdicional do Direito. Neste momento, o Brasil passou a adotar o controle de constitucionalidade da Europa continental, cujo modelo, elaborado por Hans Kelsen, entendia que o soberano do Estado não poderia ser o guardião da Constituição, porque os atos do próprio presidente, enquanto membro do Executivo, também deveriam ser controlados.

Em 1946 foi conferido à Constituição um caráter político-liberal, fruto das diversas correntes ideológicas, tornando as crises institucionais constantes. A Constituição possuía um caráter autoritário e centralizador, outorgada por Getúlio Vargas, que era avesso ao controle de constitucionalidade das leis, autorizando o Chefe do Executivo a dispor sobre todas as matérias, inclusive emendas constitucionais, através de decretos-leis. Em 1967, quando a Suprema Corte comunicava a declaração de inconstitucionalidade ao Senado Federal, o Senado somente o fazia quando achava conveniente. Assim, mencionou Filho: “Contudo o Senado Federal não se via obrigado a automaticamente baixar a resolução suspensiva dos efeitos da norma impugnada, a despeito da prévia decisão sobre o tema pelo Supremo Tribunal Federal” (FILHO, 2008, p. 15).

Na Constituição de 1988 foram conferidas maiores atribuições ao Supremo Tribunal Federal, no papel de guardião da Constituição, como consta no caput do art. 102 da Constituição. Nagib Filho afirma que no Brasil, como em outros países, o controle da constitucionalidade das leis passou a ser um local onde se disputam os interesses que movem a sociedade moderna. Deste modo, mostra-se importante a análise da relação de causa e efeito que a política e o efeito *backlash* podem causar ao direito das minorias.

Para que as reações aconteçam, Fonteles (2018, p. 132) considera que há a necessidade de três elementos: instrumentos processuais de longo alcance, decisões sobre desacordos morais

e um auditório hostil ao teor dos julgados. Alguns indutores de *backlash*, julgados pelo Supremo Tribunal Federal, evidenciam o sentimento conservador da sociedade brasileira.

Com o advento da Lei 9.868/99, as ações diretas de inconstitucionalidade (ADIn) e a Lei 9.882/99, que disciplinou a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), cabível para prevenir ou reparar lesão a preceito fundamental, passaram a ser contempladas com efeitos vinculantes e *erga omnes, conditio sine qua non* para as primeiras experiências de *backlash* no Brasil, “irrogou-se ao STF poderes para aquilatar, em controle concentrado, a constitucionalidade de leis municipais, estaduais e federais, inclusive juízos sobre a recepção de normas anteriores à Constituição” (FONTELES, 2018, p. 133).

Com a citada Lei 9.882/99 (ADPF), o diploma legal possibilitou ao Supremo Tribunal Federal (STF) enfrentar dilemas éticos mais sensíveis como: Na ADPF 54, que trata do abortamento de fetos anencefálicos; na ADPF 132, debater a união civil entre pessoas do mesmo sexo, através do controle concentrado; na ADPF 186, sobre cotas raciais em universidades; na ADPF 187, sobre a Marcha da Maconha e a crise no sistema prisional ADPF 347. Estas judicializações são as que mais induziram o efeito *backlash*, considerados como litígios com o escopo de promover transformações sociais (FONTELES, 2018, p. 134).

Com o Código de Processo Civil, de 2015, os precedentes dos tribunais foram fortalecidos; o Código vinculou todos os verbetes sumulares, antigos e vindouros e outras modalidades de decisões vinculantes. Em 2017, o “Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu que decisões proferidas no controle difuso de constitucionalidade deveriam ter efeitos *erga omnes* e vinculantes, mesmo sem uma lei ou uma emenda que permitisse claramente essa conclusão” (FONTELES, 2018, p. 134).

Analisando este contexto histórico, Ana Luiza Saramago Stern afirma que através de uma análise mais próxima é possível

identificar que a decisão possui, além de seu conteúdo jurídico, um forte conteúdo político (STERN, 2016, p. 210). Dentro desta perspectiva Fonteles (2018, p. 136) considera que as decisões de um Ministro do Supremo Tribunal Federal podem trazer consigo vestígios ideológicos e menciona como exemplo que durante os Governos Lula e Dilma (2011–2016), que eram do mesmo partido político, foram nomeados 13 (treze) Ministros para o Supremo Tribunal Federal, atingindo, mais de 70% da composição da Corte. Com isso, as transformações promovidas pela influência do Partido dos Trabalhadores acirraram clivagens ideológicas na Corte e modificaram a agenda do Tribunal, contribuindo para o surgimento de decisões mais controversas (FONTELES, 2018, p. 139).

No Brasil, nas eleições de 2018, Fonteles (2018, p. 159) atribuiu os resultados eleitorais relacionados ao efeito *backlash*, a saber, a vitória do candidato à Presidência da República Jair Messias Bolsonaro, cuja plataforma política baseava-se em uma clara reação a muitos dos precedentes do Supremo Tribunal Federal. Fonteles cita Zaiden Benvindo, quando afirma que “*Bolsonaro is more than an ‘outsider’, he is the representative of the social backlash [...]*”, ou seja, mais do que alguém alheio à política, Bolsonaro é a personificação do *backlash*.

Mesmo carente de alianças partidárias, com apenas 1% do tempo disponível no rádio e na TV (8 segundos), além de um dos mais baixos recursos de campanha (12 milhões do Fundo Eleitoral)³⁶⁶, Jair Bolsonaro sagrou-se vitorioso nas eleições presidenciais. Trata-se do primeiro candidato declaradamente conservador a ocupar a cadeira de Presidente da República [...] (FONTELES, 2018, p. 157).

Contudo, fica evidente que sem a decisão judicial, dificilmente se conseguiria a necessária mobilização social para que a situação discriminatória fosse abertamente discutida. Quando há uma decisão judicial que favorece a situação da minoria, o grupo reacionário tende a sair da situação de comodidade e assume abertamente seus preconceitos, que antes eram encobertos por um discurso ideologista. Assim, surge a possibilidade de

prejuízo dos direitos das minorias, podendo ocorrer um eventual crescimento político dos conservadores com a possibilidade de aprovação de legislações discriminatórias.

6. A DOMINAÇÃO POLÍTICA E DIGITAL E O *BACKLASH*

Ao demandar a favor das causas das minorias, uma das preocupações que os defensores devem ter é quando acontece o efeito *backlash* e a decisão judicial é instrumentalizada como plataforma eleitoral com o intuito de se permanecer no poder, prejudicando e atrasando a possibilidade da transformação social. As decisões judiciais que afrontam esse *status quo* podem provocar uma reação contrária, possibilitando a ascensão de políticos com ideais contrários à decisão de aprovar leis que prejudiquem a situação dos grupos oprimidos.

Nessa temática, assume especial relevo os estudos desenvolvidos por Rogério Born, que destaca que a dominação política nasce das estratégias criadas em circunstâncias conjunturais e que, para garantir a permanência ou ascensão do poder, são criados fatores que cativam e aguçam a vontade momentânea do eleitor que são psicologicamente influenciáveis através de estratégias de marketing político. Neste sentido, Born discorre sobre o tema da dominação política digital e ensina que essa dominação ocorre através da criação de estratégias que justificam e legitimam este domínio, utilizando de circunstâncias sociais e da tecnologia para disseminar informações de interesse particular e com intenções eleitorais.

A dominação política nasce das estratégias criadas em circunstâncias conjunturais que envolvem o momento da conquista do poder. Já a duração deste domínio pelo detentor depende das fontes de legitimação da conquista e da justificação da manutenção deste poder (BORN, 2021, p. 1198).

A dominação política é considerada por Born, como sendo uma nova forma de detenção do poder que utiliza das tecnologias para disseminar informações nas redes sociais na

tentativa de macular a vontade dos eleitores. Para o autor, o voto deve estar em concordância com a consciência livre do eleitor, quando este ato não corresponde à vontade real do eleitor com o voto sufragado, compromete a democracia, então “o desequilíbrio dos pleitos é agravado pelo abuso do poder econômico pelo financiamento direto ou indireto da arquitetura digital das campanhas” (BORN, 2021, p. 1201).

Como exemplo do marco inicial ao emprego das mídias sociais no processo eleitoral, Born cita a política social de integração das minorias no marketing político da campanha presidencial de Barack Obama, em 2007, buscando conquistar eleitores descendentes de afro-americanos, hispânicos, asiáticos e mexicanos; os fiéis de algumas religiões, principalmente católicos e os integrantes dos grupos homoafetivos. Chris Hughes, um dos fundadores do Facebook, coordenou uma rede social exclusiva de engajamento, a My.Barack. Obama; através do sítio, os eleitores norte-americanos obtinham todas as informações que buscavam. A plataforma dispunha de eventos, visitas pessoais, postagens relacionadas a campanhas, além de canais no YouTube, no Flickr, influência de *blogueiros*, jogos eletrônicos e disparadas de mensagens de texto (SMS). Através da verificação das preferências dos eleitores, os partidos identificavam e localizavam os eleitores apoiadores, rejeitores e indecisos para persuadir a vontade dos eleitores (BORN, 2021, pp. 1203-1204).

O sucessor republicano, Donald Trump, na sua campanha utilizou novas ferramentas e tecnologias de inteligência artificial para o mapeamento dos eleitores. A algoritmização foi utilizada para atingir os estados nos quais os eleitores eram mais persuasíveis e indecisos. Os dados coletados conforme a personalidade identificada por algoritmos, foi disponibilizada pelos próprios criadores dos perfis pessoais quando aceitaram por adesão aos termos e condições, passando a receber mensagens moldadas à sua personalidade (BORN, 2021, p. 1204).

As modernas campanhas eleitorais utilizam a plataforma

virtual, que possui um sistema adaptado para fornecer ao eleitor a proposta eleitoral que tendencia a vontade do eleitor. Desta forma, estes filtros abriram espaço para um novo formato de campanha política, separando os eleitores em bolhas de acordo com a sua ideologia, sendo a internet uma forte ferramenta de ação massiva.

7. A JUDICIALIZAÇÃO DE DEMANDAS DAS MINORIAS E A ESTRATÉGIA DA *DUAL TRACK ADVOCACY* NA PERSPECTIVA DO *BACKLASH*.

Os profissionais da área do direito, objetivando uma modificação social, agem na busca da concretude de direitos onde o Poder Executivo e Legislativo deveriam atuar. Assim, a advocacia tem optado pela judicialização de demandas para perquirir e garantir o direito. A interrelação do direito, da política e da tecnologia são conturbadas, restando como opção para os desfavorecidos litigar por direitos, promovendo, desta forma, uma crescente judicialização.

A Constituição brasileira, visando preservar o regime democrático, possui limites materiais, as denominadas cláusulas pétreas, previstas no § 4º do artigo 6º, IV, que impedem a deliberação de propostas de emenda à Constituição (PEC) que se destinem a abolir os direitos e garantias individuais, garantindo especial proteção às minorias. Estes direitos e garantias individuais têm tratamento específico no artigo 5º da Constituição da República. O termo minoria refere-se, na sociologia, a grupos sociais historicamente excluídos do processo de garantia dos direitos básicos por questões: por etnia, por origem, por questões financeiras, e por questões de gênero e sexualidade e por pessoas que se encontram em situação de vulnerabilidade social, como idosos e portadores de necessidades especiais.

Analisando o contexto histórico, Lemos (2016, p. 67) orienta sobre o importante papel que os atores sociais exercem

na construção discursiva do Direito, seja com a propositura de pleitos judiciais, como também atuando como *amicus curiae*. Para a autora, ao adotar um discurso jurídico em defesa do direito das minorias, além de diminuir a resistência dos setores mais conservadores da sociedade, atores políticos importantes passam a ouvir suas demandas e defendê-las.

A importância da construção de uma estratégia de advocacia, ao acontecer um *backlash*, é utilizar o efeito a favor da causa, cabendo aos advogados que representam, agirem na defesa dos direitos como agentes políticos entendedores da conjuntura social, devido à multiplicidade de atores que devem ser persuadidos.

Muitas vezes o papel do advogado que atua representando movimentos sociais é o de fazer *lobby* pressionando políticos e o de incitar apoio por parte da população à causa, uma atividade que de jurídica quase não tem nada. Para estes advogados, as cortes são apenas mais uma alternativa na luta pela mudança social e não as grandes salvadoras dos desfavorecidos. É por isso que a litigância em prol de movimentos sociais é vista como multidimensional. CUMMINGS; NEJAIME, 2010, p. 1242 apud (LE MOS, 2016, pp. 67-68)

A autora considera de extrema importância que nas demandas sociais seja considerado o caráter multidimensional deste tipo de litigância, sempre com a perspectiva de uma resistência política contra uma conquista judicial, que poderá colocar em risco conquistas já alcançadas pelo movimento social.

O movimento social, mesmo como o principal interessado da causa, não tem controle sobre o que pode acontecer e sobre quem poderá contestar a ação judicial. Participar como parte assistente ou *amicus curiae* seria um outro importante papel que o defensor do direito poderia exercer, tentando dissuadir eventuais proposituras contra o direito das minorias.

No caso *Baehr v. Lewin*, no pleito judicial pelo reconhecimento do direito ao casamento homoafetivo, o movimento enviou um de seus advogados, Evan Wolfson para atuar como assistente. Wolfson, a partir da estratégia que ele denominou de

dual track advocacy, levou em consideração vários aspectos de uma litigância: as questões legais e processuais dos pedidos, como uma análise da conjuntura política que circundava a ação judicial do direito demandado (LEMOS, 2016, p. 68).

Wolfson explicou que elaborou a *dual track advocacy* após estudar o caso *Loving v. Virginia*, um caso em que a Suprema Corte Norte-Americana decidiu invalidar todas as leis que impediam os casamentos inter-raciais. A análise feita identificou que na época em que a decisão foi proferida, 70% dos norte-americanos entendiam que pessoas de raças díspares não deveriam casar. Não obstante, 34 Estados da Federação aprovaram essa possibilidade. Logo, Wolfson identificou que seria uma boa estratégia alcançar vitórias judiciais a nível estadual; incentivar o apoio à causa pela população e fazer com que o direito pleiteado chegasse a ser discutido pela Suprema Corte dos Estados Unidos (BALL, 2015).

Desta forma, o caso *Baehr v. Lewin*, serviu como paradigma de vitória judicial a nível estadual. Apesar disso, os movimentos sociais não dispuseram de motivos para comemorar; na sequência, obtiveram como efeito *backlash*, a aprovação do *Defense of Marriage Act (DOMA)*, o ato normativo expressamente consignou que o governo federal não deveria reconhecer como válido o casamento entre pessoas do mesmo sexo, mesmo que o matrimônio tivesse sido contraído fundado nas exigências legais estabelecidas pelo Estado da Federação em que foi realizado.

A estratégia concebida por Wolfson alcançou a sua expectativa de a Suprema Corte Norte-Americana reconhecer, no caso *Obergefell v. Hodges*, o direito ao casamento a pessoas do mesmo sexo, com base na cláusula do devido processo legal e de igual proteção, presentes na 14^a Emenda à Constituição estadunidense.

Fica evidente que a estratégia *dual track advocacy* é de extrema importância para a litigância que se preocupa com as

questões legais dos pedidos judiciais e também com as questões políticas. Sendo a litigância mais um dos meios a serem utilizados na busca pelo reconhecimento dos direitos das minorias, os profissionais da área do Direito devem internalizar a hipótese do *backlash* e estar preparados para enfrentar os diversos aspectos políticos que cercam o direito pretendido.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta pesquisa buscou observar de forma crítica a atuação da advocacia na defesa dos direitos das minorias e a reação social e política denominada *backlash*. A abordagem se deu através da análise da dinâmica estabelecida entre o direito das minorias, a dominação política, a tecnologia e a transformação social, onde foi observado que estas relações, a depender de como ocorressem, poderiam prejudicar o direito que se objetivava perquirir.

O *backlash* pode ser compreendido como uma reação benéfica ou maléfica aos direitos das minorias a depender da lente utilizada. Das análises das conjunturas apresentadas neste estudo, a lente utilizada verifica que a reação social e política do efeito *backlash* traz como consequência natural as discussões que são essenciais a um Estado Democrático de Direito fundado no pluralismo de ideias contrapostas.

Porém, percebeu-se da pesquisa um receio de que os patronos dos direitos, por medo do retrocesso social em razão do *backlash*, recuasse de demandas, já que entendiam que deveria ser no Parlamento o *locus* onde deveriam ocorrer os argumentos de política, considerando que nele a forma procedimental da decisão é a majoritária. Contudo, restou claro que geralmente no Parlamento as minorias não possuem chances de vencer uma batalha, restando o Judiciário como o local propício para demandar direitos das minorias e vencer as maiorias.

Posto isso, é necessário que além de uma linguagem

jurídica, deve-se atentar para uma boa estratégia no momento da judicialização dos direitos, considerando a possibilidade da existência do *backlash*, assim demonstrando que é possível alcançar avanços através da via judicial, desde que, além das leis e procedimentos judiciais, sejam consideradas medidas de caráter político e social, observando as múltiplas variáveis citadas por Samuel Sales Fonteles (2018, p. 165) como: o tipo de Estado; o modelo de federalismo adotado; o design constitucional; a técnica de repartição de competências; o juiz natural da causa; a espécie de ação judicial que veicula a demanda; a temática; o grau de organização política da fração social atingida pela decisão; a propositura do projeto de lei eventualmente invalidado; as características técnicas da decisão; os arranjos institucionais; a morfologia da sociedade e até a predileção teórica dos julgadores; como também os desenhos institucionais e as clivagens partidárias e ideológicas.

No entanto, dentro do contexto analisado, tem grande relevância a análise da tese defendida por Rogério Born em relação à dominação política e digital, na qual o autor considera que a intenção de dominação política faz uso da inteligência artificial para o convencimento e manipulação de vontade dos eleitores, levantando um importante questionamento acerca da concretização da democracia.

Para Born, embora esta dominação política digital pareça com as formas de dominação weberiana, ela não se constitui numa quarta fórmula de idealizada por Max Weber. Na dominação política digital o dominador digital, que não tem rosto, possui sua alma programada pela inteligência artificial, conseguindo através do uso da tecnologia um alcance em massa e, assim, macular a vontade dos eleitores, o que seria uma das formas de exteriorização do *backlash* contra a decisão judicial favorável ao direito da minoria.

Partindo dessa premissa, ao pleitear o direito das minorias, os defensores não podem considerar idílico o efeito

backlash, ignorando os riscos da reação contra uma determinada decisão. O efeito, a depender de como for reputado, poderá dar maior visibilidade às defesas propostas e aumentar a aceitação social, contribuindo com o fortalecimento da democracia.

A capacidade do profissional de identificar e criar uma estratégia adequada antecipadamente à resistência e às reações políticas-sociais que o pleito poderia incitar é o que diferencia a atuação da advocacia na defesa do direito das minorias. Ao adotar como estratégia advocatícia a *dual track advocacy*, os defensores do direito litigam considerando as questões legais e procedimentais dos pedidos judiciais, mas também as questões políticas que circundam o direito, podendo, deste modo, contribuir com a concretude do direito do grupo defendido e assegurando um Estado Democrático de Direito fundado no pluralismo.



REFERÊNCIAS

- BALL, M. *How Gay Marriage Became a Constitutional Right. More From An American Revolution*, 2015. Acesso em 22 de abril de 2021, disponível em: <https://www.theatlantic.com/politics/archive/2015/07/gay-marriage-supreme-court-politics-activism/397052/>
- BORN, R. *A Dominação Política e Digital*, 2021, páginas 1197-1231. Acesso em 21 de 03 de 2021. Disponível em: https://www.cidp.pt/revis-tas/rjlb/2021/1/2021_01_1197_1231.pdf?fbclid=IwAR0QLqmzRNvqwj2aktngiZ_TKnnCV5uOuWuiRR--tCzPz2oSZ6mYJOs0788
- BRASIL, C. *Constituição Da República Federativa Do Brasil*. 1988. P. d. República, Ed. Brasília, Distrito Federal, Brasil. Acesso em 23 de 02 de 2021, disponível em:

- http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm
- COSTA, M. *A nobre função social da advocacia*. 2018. P. d. SP, Produtor. Acesso em 31 de 03 de 2021, OAB, disponível em: <https://www.oabsp.org.br/sobre-oabsp/palavra-do-presidente/2018/a-nobre-funcao-social-da-advocacia-2.300>
- FILHO, N. *Breve História do Controle de Constitucionalidade*. 2008. Acesso em 05 de 03 de 21, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, disponível em: http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=eal0bf6f-babb-4f4e-8695-704a09b786e3&groupId=10136
- FONTELES, S. *Direito e Backlash* - Programa de Mestrado da Escola de Direito de Brasília. 2018. Brasília. Acesso em 23 de 02 de 2021, disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/bitstream/123456789/2690/1/Sa-muel%20Sales%20Fonteles.pdf>
- LEMOS, A. *Constitucionalismo, Democracia e Tensão Insuportada: como a advocacia em defesa do casamento homoafetivo nos estados unidos superou a hipótese do backlash*. 2016. Revista de Movimentos Sociais e Conflitos, 59-78. Acesso em 30 de 03 de 2021, disponível em: <file:///C:/Users/Usu%C3%A1rio/Downloads/1520-3549-2-PB.pdf>
- MARMELSTEIN, G. *Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: Reações Políticas ao Ativismo Judicial*. 2016. Acesso em 23 de 02 de 2021, disponível em: https://www.cjf.jus.br/caju/Efeito.Backlash.Jurisdiacao.Constitucional_1.pdf
- OXFORD, D. Fonte: *Backlash definition*, 2021. Acessada em 28 de 04 de /2021. Disponível em: https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/american_english/backlash

STERN, A. *O Caso Marbury v. Madison: O nascimento do judicial review como artifício político*. 2016. Revista Direito e Liberdade – RDL – ESMARN – v. 18, n. 3, p. 193-212, Acesso em 17 de março de 2021, disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Dir-e-Liberd_v.18_n.03.06.pdf