

# SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, COMPORTAMENTO ESTRATÉGICO E EFEITO *BACKLASH*: O CASO DA DESCRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DA MACONHA PARA CONSUMO PESSOAL

*SUPREME COURT, STRATEGIC BEHAVIOR AND BACKLASH EFFECT: THE CASE OF DECRIMINALIZATION OF MARIJUANA FOR PERSONAL USE*

**Gianfranco Faggin Mastro Andréa<sup>1</sup>**

Docente na Graduação de Direito (Unip, São Paulo/SP, Brasil)

**ÁREA(S):** direito constitucional; direito penal; direito público.

**RESUMO:** O presente artigo visa analisar se os comportamentos estratégicos de Ministros do Supremo Tribunal Federal são influenciados pelo receio do efeito *backlash*. O protagonismo judicial na concretização de direitos fundamentais das minorias realçou seu caráter contramajoritário. Tal atuação pode proporcionar o efeito *backlash*, consistente em uma reação por parte da arena política majoritária como reflexo do sentimento social prevalente. No Brasil, o efeito *backlash* pode ocorrer dependendo da posição

do Supremo Tribunal Federal. O caso da descriminalização do porte da maconha para consumo pessoal causa comoção social e apresenta-se relevante a investigação do comportamento estratégico dos Ministros como meio de evitar o efeito *backlash*, ao lado da constatação dos ganhos democráticos que se deixa de se obter em longo prazo com esse atuar. Para tanto, valeu-se do método indutivo dialógico, bem como de levantamento bibliográfico sobre o tema e concluiu-se que o efeito *backlash* apresenta-se como fator importante de influência no comportamento estratégico dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. O valor e ineditismo

---

<sup>1</sup> Doutorando e Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Especialista em Direito Público pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus. Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Analista do Ministério Público da União. Autor do livro *Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil*. E-mail: [professorgianfaggin@gmail.com](mailto:professorgianfaggin@gmail.com). Currículo: <http://lattes.cnpq.br/9702790239703189>. Orcid: <http://orcid.org/0000-0003-4817-0298>.

da pesquisa são notórios, uma vez que o material acerca do tema é escasso e a questão apresenta-se como instrumento relevante de identificação do comportamento de elementos centrais do Poder Judiciário brasileiro.

**ABSTRACT:** *This article aims to examine whether strategic behaviors Ministers of the Supreme Court are influenced by fear of the backlash effect. The judicial role in the realization of the fundamental rights of minorities stressed his countermajoritarian character. Such activities can provide the backlash effect, consistent in a reaction on the part of the political arena as a reflection of the majority social sentiment prevalent. In Brazil, the backlash effect can occur depending on the position of the Supreme Court. The case of decriminalization of marijuana for personal use size causes social uproar and presents relevant research of strategic behavior of Ministers as a means of avoiding the backlash effect, next to the realization of democratic gains left to achieve in the long term with this act. For both, the dialogic inductive method as well as bibliographical study on the topic concluded that the backlash effect presents itself as an important factor of influence on the strategic behavior of the Ministers of the Supreme Court. The value and originality of the research is notable, since the material on the subject is scarce and the question presents itself as a relevant instrument of identification of behavior of core elements of the Brazilian Judiciary.*

**PALAVRAS-CHAVE:** protagonismo judicial; efeito *backlash*; comportamento estratégico; maconha.

**KEYWORDS:** *judicial role; backlash effect; strategic behavior; marijuana.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Breves considerações sobre o protagonismo e ativismo judicial; 2 Minimalismo judicial e constitucionalismo democrático; 3 O efeito *backlash*; Conclusão; Referências.

**SUMMARY:** *Introduction; 1 Brief considerations on the role and judicial activism as phenomena of neoconstitutionalism; 2 Democratic constitutionalism and judicial minimalism; 3 The effect of backlash; Conclusion; References.*

## INTRODUÇÃO

O protagonismo judicial é uma realidade sem volta. A incorporação aos textos constitucionais de um amplo rol de direitos e princípios de espectros abstratos e conceitos indeterminados, atrelado à maior busca da tutela jurisdicional pela população, especialmente em questões polêmicas, acaba por desaguar perante o Supremo Tribunal Federal, exigindo sua atuação.

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal, desde a última década, não tem se esquivado das questões que lhe são submetidas, assumindo importante papel neste novo momento do constitucionalismo brasileiro. A relevância da jurisdição constitucional atualmente é facilmente perceptível diante das decisões judiciais do STF em matérias sensíveis, pautando-se sempre pela dificuldade contramajoritária de atuação. As decisões judiciais passaram por temas de alta indagação social, como, por exemplo: direito à união homoafetiva, direito à interrupção da gravidez de feto anencéfalo, direito à pesquisa com células-tronco, entre outros.

Ocorre que, pelo Direito norte-americano, já se vem estudando há algum tempo o denominado efeito *backlash*. Conforme restou sedimentado pela doutrina, tal efeito seria uma reação de setores da sociedade, grupos conservadores, organizações e partidos políticos contra os avanços do protagonismo judicial em matérias polêmicas controversas. Segundo a literatura norte-americana, tal reação seria tão violenta que poderia provocar um verdadeiro retrocesso dos direitos das minorias estigmatizadas que teriam encontrado na Suprema Corte uma arena de reconhecimento de seus direitos fundamentais frente à maioria.

No presente artigo, realiza-se uma análise dos dois principais posicionamentos da literatura norte-americana no que se refere ao *backlash*. O primeiro chamado de minimalismo judicial e o segundo denominado de constitucionalismo democrático. Posteriormente, procura-se demonstrar, por meio de uma abordagem histórica do *backlash* nos Estados Unidos, tanto seus possíveis efeitos negativos quanto positivos. Após, investiga-se o histórico e a ocorrência do *backlash* no Brasil. No último tópico, debruça-se sobre a questão da descriminalização do porte da maconha para consumo pessoal, objeto de recurso extraordinário pendente de julgamento no STF, oportunidade em que se questiona o posicionamento estratégico de alguns Ministros para evitar o efeito *backlash*.

Em suma, a questão que se busca pautar para o debate, sem a pretensão de esgotar o assunto, valendo-se dos votos até então colhidos no julgamento do recurso extraordinário encimado, consiste na reflexão se seria legítimo que razões de natureza estratégica (como evitar o *backlash*) sejam incorporadas às decisões judiciais e se a atuação do STF como catalisador da agenda política seria ou não constitucionalmente adequada e socialmente desejável.

## 1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O PROTAGONISMO E ATIVISMO JUDICIAL

Cada vez mais o Supremo Tribunal Federal vem ocupando capas dos jornais de grande circulação. Isso porque todas as questões relevantes vêm sendo submetidas a essa última instância do Poder Judiciário no Brasil. Diversos assuntos capazes de dividir opiniões e provocar “paixões” na opinião pública vêm sendo sistematicamente pautados para votação, desde o direito ao aborto de fetos anencéfalos, passando pela união de casais homossexuais e agora, recentemente, tratando da questão da descriminalização do porte para uso da maconha.

Segundo Ribeiro<sup>2</sup>, em situações como essa o que seria mais confortável? Saber que os Juízes/Ministros julgarão com base na lei ou se com fulcro na melhor política pública? Patente, portanto, a sempre presente tensão entre direito e política.

O fenômeno recente de se levar questões políticas ao âmbito do Poder Judiciário é denominado de “judicialização da política” e vem demonstrando uma outra face do direito, qual seja, sua dependência política. Naturalmente, o direito é consequência da política, já que decorre do processo legislativo que envolve embates e disputas políticas nas casas legislativas. Mas o que se tornou evidente é o afastamento do juspositivismo tradicional que enxerga no juiz um mero técnico burocrata de aplicação da lei ao caso concreto, em um simples processo de subsunção do fato à norma. As questões morais e o caráter contramajoritário da Suprema Corte vêm se destacando cada vez mais, sendo que as questões que na última década têm aportado perante o STF, por si só, demonstram uma mudança tanto da sua dinâmica quanto da sua própria postura perante “casos difíceis”, conforme bem destaca Ronald Dworkin<sup>3</sup>.

Até o final da Segunda Guerra Mundial, o mundo jurídico pautava-se basicamente pelo pensamento do juspositivismo, tendo Hans Kelsen<sup>4</sup> como seu expoente máximo. Trata-se do modelo legal onde direito é sinônimo de lei. Ou

---

<sup>2</sup> RIBEIRO, Pedro José de Almeida. A política, o direito e a incerteza. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, n. 39, p. 255-279, 2013. Disponível em: <<https://web.bnDES.gov.br/bib/jspui/handle/1408/2929>>. Acesso em: 11 dez. 2015.

<sup>3</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2. ed. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

<sup>4</sup> Hans Kelsen é o principal representante do positivismo jurídico, tendo como principal referência sua obra *Teoria pura do direito*.

seja, qualquer questão relativa à política estava fora da esfera jurídica. Não havia valoração moral na aplicação das leis.

Esse modelo legal enfrentou uma grande crise nos Estados Unidos a partir da década de 1930, oportunidade em que se verificou o movimento realista do direito, onde se reconhece que o processo decisório é influenciado por diversas forças políticas e econômicas, sendo a lei apenas mais um dos elementos a serem considerados. Com essas constatações surge o modelo oposto ao legal: modelo político ou atitudinal.

De fato, com o final da Segunda Guerra Mundial e diante da experiência dos horrores que os nazistas causaram com o holocausto, percebeu-se que a aplicação fria e calculista da lei também não poderia mais perdurar. Era preciso reconhecer que questões de justiça, com valoração moral, deveriam fazer parte da ciência jurídica. Assim, na década de 70 tem-se a construção da teoria da justiça por John Rawls<sup>5</sup> como forma de resgatar o conceito de justiça e demonstrar sua racionalidade e possibilidade de incorporação à ciência jurídica. Essa nova tendência do constitucionalismo foi confirmada por diversos autores, como, por exemplo: Ronald Dworkin, Robert Alexy, entre outros.

Trata-se de uma flagrante incorporação de diversos direitos que antes eram objeto de leis ordinárias, mas agora constam das Constituições. Houve uma expansão, portanto, do rol de direitos estampados nos textos constitucionais, proporcionando verdadeira força normativa da Constituição. Princípios e valores morais passaram a pautar os fundamentos nos julgamentos das cortes constitucionais, especialmente por meio da ponderação de valores constitucionais.

Diante disso, a responsabilidade do Poder Judiciário foi ampliada, já que passou a ser demandado em questões e situações que antes se encontravam apenas na arena política, ou seja, dos Poderes Legislativo e Executivo.

A expansão global do protagonismo judicial já foi verificada há algum tempo nos estudos realizados por Tate<sup>6</sup>, como um fenômeno que, apesar de ser mundial, encontra solo especialmente fértil nos países do capitalismo periférico (Países latino-americanos, Índia e países da África). Isso porque, nesses países,

---

<sup>5</sup> Para ver mais, conferir RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 3. ed. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

<sup>6</sup> TATE, C. N.; VALLINDER, T. The Judicialization of Politics. In: \_\_\_\_\_ (Ed.). *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University, 1995.

ao contrário dos países do capitalismo central, o chamado Estado de Bem-estar Social, quando o foi implementado, geralmente se deu de maneira tímida e incipiente.

Diante disso, com o estabelecimento de um amplo rol de direitos em suas Constituições, notadamente regras e princípio abstratos e indeterminados, atrelado à conscientização da população acerca de seus direitos e a descrença em sua implementação pelos atores legitimados para tanto, como Poder Executivo e Legislativo, passa-se a judicializar diversas questões que antes eram afetas apenas à arena política.

Nesse passo, um aumento significativo da judicialização acaba por refletir o próprio texto constitucional desses países que passaram a abarcar questões dos mais diversos gêneros, mas especialmente direitos sociais, econômicos e culturais. Aqui já surge a dificuldade quanto à questão do atuar do Poder Judiciário, uma vez que, dependendo de como se dá seu posicionamento, teremos o chamado ativismo judicial, consistente em um modo geral de atuar judicial mais pró-ativo, buscando concretizar o texto constitucional, ainda que seja necessário, para tanto, invadir espaços políticos de outros poderes.

O ativismo judicial geralmente está ligado à atuação do Poder Judiciário diante de uma omissão inconstitucional parlamentar. No Brasil, isso se observa nas hipóteses de normas constitucionais de eficácia limitada<sup>7</sup>, ou seja, aquelas que dependem de imprescindível regulamentação legal para sua implementação<sup>8</sup>.

O ativismo judicial, portanto, pode ser visto de maneira positiva, na medida em que o Poder Judiciário é chamado a atuar para que o bloqueio institucional, geralmente de questões ligadas a minorias, seja superado, quer por meio de intervenções pontuais nos demais poderes constituídos, quer na implementação de políticas públicas.

Trata-se aqui de uma atuação contramajoritária do Poder Judiciário, já que, em uma democracia, vigora o princípio majoritário, pela qual a maioria elege os seus representantes nas respectivas casas legislativas e é natural que direitos das minorias sejam relegados ao esquecimento ou ignorados. Com efeito, caberia, nesse passo, esse papel contramajoritário do Poder Judiciário, no sentido de proteger direitos fundamentais estampados na Constituição Federal,

---

<sup>7</sup> Classificação de José Afonso da Silva.

<sup>8</sup> São normas constitucionais geralmente acompanhadas de ordens do tipo “nos termos da lei”, “nos termos e nos limites definidos em leis específica”.

evitando-se o vilipêndio dos interesses e direitos das minorias que não são ouvidas. Assim, o Poder Judiciário agiria como um contrapeso necessário para a manutenção de uma democracia saudável.

Por outro lado, existem fortes críticas ao ativismo judicial como modalidade de unilateralismo decisório e supremacia judicial, sob o fundamento de que violaria a democracia e colocaria em risco o princípio da separação do Poderes. Sustenta-se que o fato de os Ministros do Supremo Tribunal Federal não terem sido eleitos limitaria sua missão a de meros aplicadores de leis e que ultrapassar tal barreira proporcionaria o exercício de verdadeira atividade legislativa, por meio de interpretações constitucionais elásticas em total afronta e invasão da competência dos demais poderes da República.

Fato é que direito e política interagem de maneira dialética e se interpenetram, o que impossibilita sua distinção clara, principalmente no âmbito de decisões judiciais. A grande questão que pauta os debates contemporâneos é justamente estabelecer a linha tênue da relação entre direito e política, tendo como principal ator o ativismo judicial. Essa é a crise da atualidade e que para alguns críticos coloca em cheque a democracia e o próprio sistema de separação dos Poderes idealizado por Montesquieu.

Estabelecidas essas premissas imprescindíveis acerca do momento em que se vive, passa-se a explicitar duas correntes norte-americanas opostas e que se debruçam sobre o tema dos limites do protagonismo judicial.

## 2 MINIMALISMO JUDICIAL E CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO

A teoria do minimalismo judicial foi criada por Cass Sunstein. Para essa teoria, os Tribunais não devem interferir em questões para além do caso concreto que se apresenta e que possam, posteriormente, causar arrependimento ou refluxo social (*backlash*). Nesse passo, é preciso deixar questões constitucionais polêmicas para a deliberação democrática, pois, dessa forma, não se correria o risco de gerar reações indesejadas.

Para o norte-americano Sunstein<sup>9</sup>, o chamado minimalismo judicial prega que os provimentos jurisdicionais e seus respectivos argumentos só seriam legítimos quando efetivamente necessários para a solução do caso. A proposta

---

<sup>9</sup> SUNSTEIN, Cass. *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Harvard: Harvard University Press, 1999.

é de que o Poder Judiciário mantenha-se silente sobre questões controversas polêmicas sempre que isso seja possível. Trata-se da proposta de neutralidade do Poder Judiciário em matérias que suscitem evidentes conflitos, geralmente morais.

Sunstein propugna que certas formas de minimalismo potencializam a democracia e “asseguram que importantes decisões sejam tomadas pelos atores democraticamente responsáveis”<sup>10</sup>. Questões altamente complexas e polêmicas (que causam divisão na sociedade) não devem ser objeto de deliberação pelo Poder Judiciário. Para o autor, o ideal seria um Judiciário minimalista que se abstenha de resgatar regras amplas e teorias abstratas, contentando-se com aquilo que seja estritamente imprescindível para o julgamento do caso concreto.

Para Sunstein, a decisão minimalista tem como atributos a estreiteza e superficialidade. Estreiteza, porque se limita a julgar o que lhe foi apresentado sem maiores digressões abstratas ou sob a égide de princípios com conceitos abertos e indeterminados. Superficialidade, pois em, casos polêmicos de profundos desacordos, as pessoas buscam alcançar acordos parcialmente teorizados. O objetivo é alcançar “acordos sobre abstrações entre desacordos ou incerteza sobre o significado particular de tais abstrações”<sup>11</sup>.

Portanto, restou bem claro que, para o teórico americano Sunstein, questões polêmicas e que geram divisão na sociedade quanto a opiniões, especialmente questões como do aborto, casamento de homossexuais, descriminalização do porte das drogas para uso pessoal, etc., não deveriam ser objeto de manifestação judicial, já que tais situações seriam melhor enfrentadas em uma arena exclusiva e naturalmente democrática, qual seja: Casa Legislativa (ocupada por parlamentares eleitos pelo povo). Segundo o autor, isso evitaria que conflitos e custos prejudicassem o Poder Judiciário com a possível quebra de sua legitimidade perante a população, já que esse Poder teria – tão somente – a função de julgar, aplicar a lei, e não se esmiuçar em questões que não lhe são afetas<sup>12</sup>.

Totalmente contrário a esse entendimento, tem-se uma teoria maximalista denominada de constitucionalismo democrático. Tal teoria foi desenvolvida por Robert Post e Reva Siegel. O constitucionalismo democrático tem por finalidade

---

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 5.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 11.

<sup>12</sup> *Idem*.

analisar e compreender as práticas acerca dos direitos constitucionais, sobre como esses foram instituídos em uma cultura constitucional marcada pelas controvérsias. Ao contrário do minimalismo de Sunstein, o “constitucionalismo democrático entende que a divergência interpretativa é uma condição normal para o desenvolvimento do direito constitucional”<sup>13</sup>.

Em síntese, o constitucionalismo democrático de Post e Siegel legitima a atuação do judiciário por meio da utilização de princípios constitucionais de abertura argumentativa no processo de interpretação constitucional, potencializando o engajamento público expresso em termos de interações entre as Cortes e os movimentos sociais. Nesse ponto, a história americana é marcada por lutas pelo conteúdo de interpretações constitucionais sobre questões morais controvertidas que envolvem direitos de minorias. A década de 60 foi marcada por intensas lutas de reconhecimento relativas a questões de raça, enquanto na década de 70 foram amplamente discutidas as questões de gênero. Recentemente tem-se debatido sobre questões de aborto, direitos de gays e religião, de forma que os diferentes movimentos sociais têm se apropriado do discurso jurídico sobre diferentes interpretações constitucionais para reivindicarem seus direitos.<sup>14</sup>

Para Post e Siegel não é crível a admissão da teoria minimalista, evitando-se, assim, o conflito. Segundo os autores, a atuação do Poder Judiciário, ao contrário do que é pregado por Sunstein, pode, na verdade, contribuir de maneira positiva para a própria democracia, ao pautar questões de interesse de minorias. Uma leitura moral da Constituição teria o poder de inspirar moralidade crítica e romper com padrões e valores sociais arraigados de preconceitos. A simples mobilização do cidadão, por meio da provocação do atuar do Tribunal ao tocar

---

<sup>13</sup> POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the Backlash*. *Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review*, p. 374, 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract//990968>>. Acesso em: 11 dez. 2015.

<sup>14</sup> BUNCHAFT, Maria Eugenia. *Constitucionalismo democrático versus minimalismo judicial*. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 38, p. 158, 2014.

em questão sensível, acaba por potencializar as interações com os governantes e delinea novos “significados constitucionais”<sup>15</sup>.

Ao contrário do que alega Sunstein, segundo Bunchaft não há que se temer o refluxo social (*backlash*):

Disso se infere, a nosso ver, que, quando se concebe a arena constitucional como um cenário simbólico de lutas pelo reconhecimento, compreendemos que, em situações estratégicas, o judiciário pode ser a vanguarda da sociedade, protegendo minorias estigmatizadas pelo processo político majoritário, ainda que resolvendo questões morais controvertidas. Compreendemos, com base em Post e Siegel, que o refluxo insere-se em um contexto de um amplo processo hermenêutico capaz de inspirar práticas de contestação por meio das quais os movimentos sociais e os cidadãos procuram interpretar o conteúdo do direito constitucional. Nesse sentido, defendemos que a sensibilidade do direito constitucional à opinião popular potencializa a sua legitimidade democrática. É justamente a possibilidade de o povo delinear “sentidos constitucionais”, que explica porque a Constituição inspira lealdade aos cidadãos, ainda que determinadas interpretações constitucionais não prevaleçam em decisões judiciais específicas.<sup>16</sup>

Contrapondo a teoria do minimalismo à do constitucionalismo democrático, Post e Siegel destacam que o minimalismo enfraqueceria os atributos essenciais da prática jurídica, temendo o exercício ordinário da habilidade de desencadear o conflito social<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the *Backlash*. *Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review*, 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract//990968>>. Acesso em: 11 dez. 2015.

<sup>16</sup> BUNCHAFT, Maria Eugenia. Constitucionalismo democrático *versus* minimalismo judicial. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 38, p. 160, 2014.

<sup>17</sup> POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the *Backlash*. *Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review*, 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract//990968>>. Acesso em: 11 dez. 2015.

Conforme esclarecem Rego e Cristianetti, para o constitucionalismo democrático o conflito quanto a entendimentos constitucionais é visualizado como algo positivo, no sentido de uma função construtiva do desacordo e, portanto, seria legítimo o Poder Judiciário apreciar questões controversas polêmicas<sup>18</sup>. Já o minimalismo, por sua vez, interpreta o conflito sobre entendimentos constitucionais como ameaçador à coesão social, suscetível de inspirar o refluxo social ou *backlash*.

Seguindo a temática da contraposição das teorias, segundo Bunchaft, “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>19</sup>. Ou seja, do contrário, caso haja exclusão das minorias, cabe a valoração moral por parte do Poder Judiciário, justamente como forma de atuação contramajoritária, sem receio de potencializar conflitos, já que eventual refluxo social em situações como tais apenas reforça ainda mais a democracia.

Como bem apontam Souza Neto e Sarmento pela experiência brasileira, “o Supremo Tribunal Federal não tem se caracterizado pelo minimalismo. Pelo contrário, são frequentes nas decisões proferidas pela Corte o recurso a amplas teorizações ou a construções excessivamente abrangentes, [...]”<sup>20</sup>.

Contrapondo as duas teorias, fica claro qual foi a adotada pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil, notadamente pela importância do Poder Judiciário na construção de entendimentos favoráveis à proteção das minorias estigmatizadas, tendo em vista que é ele quem pode protegê-las quando ninguém mais o pode. Na medida em que o processo deliberativo pautado pelo princípio majoritário não protege as minorias, cabe ao Judiciário fazê-lo, e, por esse motivo, afigura-se ainda maior sua importância no campo da defesa das minorias estigmatizadas na área do Direito Constitucional. Bunchaft, por sua vez, assevera que “a

---

<sup>18</sup> REGO, C. E. R. F.; CRISTIANETTI, Jéssica. *Minimalismo, constitucionalismo democrático e o refluxo social em Roe Rage*. 1. ed. Florianópolis: Conpedi, v. 1, 2014. p. 242-257.

<sup>19</sup> BUNCHAFT, Maria Eugénia. Constitucionalismo democrático *versus* minimalismo judicial. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 38, p. 149, 2014.

<sup>20</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 226.

sensibilidade do direito constitucional à opinião popular potencializa a sua legitimidade democrática”<sup>21</sup>.

Não se trata, contudo, de conferir total descrédito à teoria minimalista, mas sim enxergá-la com temperamento, até porque não se nega que existem experiências históricas de ativismo judicial extremamente negativas e que violam direitos de minorias.

Cabe, portanto, observar se determinada lei aprovada foi efetivamente debatida na sociedade, de forma a incluir a participação de todos os segmentos sociais no seu processo de elaboração, desde que não se refira a direitos de grupos minoritários. Nesse caso, concorda-se que o Judiciário deva assumir postura cautelosa, a fim de respeitar o juízo democrático. Por outro lado, tratando-se de situação de lei que envolve direitos de grupos estigmatizados e, estes não tiveram oportunidade de se manifestar porque, por exemplo, maiorias parlamentares frustraram o potencial racionalizador do debate com a imposição de concepções religiosas, tem-se a modificação total da situação, onde afigura-se medida de rigor a atuação mais progressista do Poder Judiciário<sup>22</sup>.

Assim, é possível concluir que, para o constitucionalismo democrático, a opinião popular e os entendimentos constitucionais controversos são essenciais, dada a sensibilidade do Direito Constitucional para potencializar a legitimidade democrática, entendimento totalmente contrário à Teoria do minimalismo de Sunstein, guardadas suas temperanças.

### 3 O EFEITO *BACKLASH*

A expressão *backlash* tem origem na elaboração doutrinária norte-americana e por uma tradução literal, conforme o dicionário jurídico de Oxford, significa uma reação adversa robusta, por um grande número de pessoas, a um desenvolvimento social ou político<sup>23</sup>. Ainda, em termos jurídicos, se caracteriza por uma “intensa e continuada desaprovação de uma decisão judicial,

<sup>21</sup> BUNCHAFT, Maria Eugenia. Constitucionalismo democrático *versus* minimalismo judicial. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 38, p. 153, 2014.

<sup>22</sup> REGO, C. E. R. F.; CRISTIANETTI, Jéssica. *Minimalismo, constitucionalismo democrático e o refluxo social em Roe Rage*. 1. ed. Florianópolis: Conpedi, v. 1, 2014. p. 242-257.

<sup>23</sup> Oxford Dictionary. *Backlash* definition. Disponível em: <[http://www.oxforddictionaries.com/us/definition/american\\_english/backlash](http://www.oxforddictionaries.com/us/definition/american_english/backlash)>. Acesso em: 12 Dec. 2015. Tradução livre de “a strong and adverse reaction by a large number of people, especially to a social or political development”.

acompanhada de medidas agressivas de resistência e de tentativa de remover a sua força legal”<sup>24</sup>.

Trata-se, portanto, de um súbito e intenso movimento de reação, como resposta a uma mudança ou alteração de entendimento igualmente brusca na trajetória do movimento. De fato, o conceito inicial de *backlash* tem origem na física e pauta-se pela terceira Lei de Newton: a toda uma ação corresponde uma reação igual e em sentido contrário. Transpôs-se aludido conceito para a realidade social, como forte e violenta reação a uma mudança nas regras de convívio, o que produziu efeitos no âmbito do direito como um desdobramento natural de sua incorporação.

Importante frisar que a utilização do prefixo “*back*” não significa a ideia necessariamente de regresso ou retrocesso, mas sim verdadeira reação em sinal inverso, ou seja, a princípio trata-se tão somente de uma contraposição de igual intensidade a uma mudança tida por ameaça ao *status quo*. É claro que, por vezes, essa resposta pode se dar de tal maneira reacionária que o *status quo* se torna, posteriormente, mais conservador do que já o era. Daí Cass Sunstein alertar para o perigo da atuação das Cortes Constitucionais em questões polêmicas, que dividem a sociedade, apostando em sua teoria do minimalismo judicial como solução para tais situações, onde a melhor resposta pauta-se pela estreiteza e superficialidade, verdadeiro silêncio, deixando para o campo dos legitimados democraticamente (casas legislativas) o ônus e os custos de resolver determinados temas.

O *backlash* geralmente tem sido vinculado a um efeito negativo em relação à Corte Constitucional, já que sua ocorrência retiraria a legitimidade da decisão judicial, colocando o Poder Judiciário em descrédito para com a população, bem como possibilitaria um efeito contrário e pior para proteção das minorias como objeto de posicionamentos contramajoritários da Corte.

Realmente, conforme se verificará a seguir, os principais casos que exemplificam o *backlash* apontam para uma posição reacionária da sociedade em curto prazo; porém, não se afigura totalmente correto também afirmar que os efeitos sempre serão negativos, já que em longo prazo é possível, justamente por meio da provocação da sociedade e das instâncias políticas com temas impopulares e que não constam da agenda majoritária, garantir que o embate de

<sup>24</sup> SUNSTEIN, Cass. *Constitution of Many Minds*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2009. p. 3-7.

ideias e conflitos gerem dividendos, que ao final reforçam e legitimam a própria democracia<sup>25</sup>.

### 3.1 HISTÓRICO NORTE-AMERICANO DO BACKLASH COMO EFEITO DE DECISÃO JUDICIAL

O emprego da palavra *backlash* na arena política norte-americana devido a reações às decisões da Suprema Corte, envolvendo proteção de direitos civis, tem seu registro inaugurado na década de 60 por Stern<sup>26</sup>. Na literatura norte-americana, a expressão *backlash* foi fortemente relacionada aos casos *Brown versus Board of Education* (1954) e *Roe versus Wade* (1973).

No caso *Brown versus Board of Education* (1954)<sup>27</sup>, questionou-se à Corte Suprema norte-americana a segregação racial. Apesar de a escravidão já ter sido extinta, permanecia na sociedade norte-americana, principalmente nos Estados do sul, uma política que segregava brancos e negros chamada de “*equal but separate*”. Em geral, negros não poderiam andar nos mesmos ônibus que brancos, frequentar os mesmos banheiros públicos ou as mesmas escolas. E foi exatamente quanto à discriminação no que se refere à frequência às escolas públicas que tratou o caso levado à Suprema Corte.

O que se questionou no caso foi a constitucionalidade da segregação racial frente ao dispositivo constitucional de que todos seriam iguais. Em maio de 1954, a Suprema Corte norte-americana decidiu, por unanimidade, pela inconstitucionalidade da segregação em escolas públicas, sob o fundamento de que a separação de escolas públicas para brancos e negros violaria a “*equal protection clause*” da décima quarta emenda da Constituição dos Estados Unidos da Americana. Conforme posição da Corte: “*We conclude that in the field of public education the doctrine of ‘separate but equal’ has no place. Separate educational facilities are inherently unequal. [...]*”<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the Backlash*. *Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review*, 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract//990968>>. Acesso em: 11 dez. 2015.

<sup>26</sup> STERN, Felice A. *Backlash*. *American Speech*, v. 40, n. 2, p. 156-157, May 1965.

<sup>27</sup> A denominação de “*caso Brown versus Board of Education*”, na verdade, foi dada em razão da consolidação de cinco casos versando sobre o tema da segregação racial em escolas públicas de cinco diferentes Estados, quais sejam: *Brown v. Board of Education of Topeka*, *Briggs v. Elliot*, *Davis v. Board of Education of Prince Edward County (VA.)*, *Boiling v. Sharpe* and *Gebhart v. Ethel*.

<sup>28</sup> Disponível em: <<http://www.uscourts.gov/educational-resources/educational-activities/history-brown-v-board-education-re-enactment>>. Acesso em: 14 dez. 2015.

Entretanto, por se tratar de questão polêmica e que dividia a opinião pública à época, verificou-se o efeito *backlash*, principalmente na região sul dos Estados Unidos, o que retardou o progresso racial, pelo menos em curto prazo. A decisão da Suprema Corte criou um ambiente que conduziu ao extremismo político, bem como à violência, tudo como reação legislativa dos Estados sulistas<sup>29</sup>.

Outro caso que se tornou clássico exemplo de decisão judicial que provocou o efeito *backlash* foi *Roe versus Wade* (1973). Nesse caso, a Suprema Corte norte-americana foi chamada a se manifestar sobre o direito ao aborto ou a interrupção voluntária da gravidez. Roe teria sido vítima de estupro e sustentava o direito de interromper sua gravidez; porém, o Estado do Texas, representado por *Wade*, se opunha em razão da existência de lei estadual que proibia o aborto. A Corte estadual decidiu em favor de Roe; porém, recusou-se a estabelecer uma restrição contra a legislação do aborto. A controvérsia demorou a chegar na Suprema Corte, que, por sua vez, firmou precedente histórico ao reconhecer o direito ao aborto ou a interrupção da gravidez voluntária, sob o fundamento de que a maioria das leis contra o aborto nos Estados Unidos violava o direito constitucional à privacidade, garantido sob a cláusula do devido processo legal da décima quarta emenda da Constituição. Assim, aludida decisão impôs a modificação de todas as leis federais e estaduais que restringiam o aborto e que fossem contrárias à decisão da Suprema Corte.

Contudo, verificou-se um forte efeito *backlash* à decisão judicial da Suprema Corte. Grande parte da população e dos setores conservadores da Igreja Católica, após a decisão a favor do aborto, acaba dando luz a políticas deformadas, sendo uma delas a “*Roe Rage*”. Criou-se um discurso de ódio contra o direito das minorias – no caso: mulheres – a realizarem o aborto. De fato, a premissa do *backlash* no caso *Roe versus Wade* é de que algo em relação à declaração judicial de direitos das minorias produz uma especial polarização e virulenta reação por parte dos perdedores que não teriam a mesma resposta caso se desse pela via legislativa. Em outras palavras, a vitória do direito das minorias em casos polêmicos perante a Suprema Corte seria ainda pior do que perder a própria demanda, isto porque os efeitos reacionários provocados acabariam por gerar

<sup>29</sup> KLARMAN, Michael. Courts, social change and political backlash. *Hart Lecture at Georgetown Law Center*, March 31, p. 1-11, 2011, Speaker's Notes. Disponível em: <<http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context=hartlecture>>. Acesso em: 11 dez. 2015.

verdadeiro retrocesso em questões que caminhavam lentamente, porém de maneira progressiva<sup>30</sup>.

Outros casos ensejadores do *backlash* foram *Miranda versus Arizona* (1966), precedente que deu origem ao discurso do esclarecimento do preso; *Furman versus Georgia* (1972), contrário à pena de morte, oportunidade em que gerou respostas legislativas pró-pena de morte em trinta e cinco Estados norte-americanos<sup>31</sup>. Mais recentes, tem-se o caso *Goodbridge versus Department of Public Health* (2003), tratando de casamento de pessoas do mesmo sexo e que influenciou reação legislativa de mais de vinte e cinco Estados americanos. Por fim, o caso *Kelo versus City of London* (2005) versando sobre subordinação de propriedade à sua função social, o que determinou resposta legislativa à decisão da Suprema Corte com mais de quarenta Estados editando normas locais em contradição à pronúncia havida em *judicial review*.

A união homoafetiva mais uma vez foi tema de decisão judicial em 2006, mas foi em junho de 2015 que a Suprema Corte terminou por decidir pela legalização do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Em uma decisão histórica, no caso *Obergefell versus Hodges*, a Suprema Corte determinou a liberação do casamento entre pessoas do mesmo sexo nos treze Estados que ainda as proibiam. Com a decisão judicial, as uniões homoafetivas passaram a ser legalizadas em todos os cinquenta Estados americanos. Aludida decisão prevaleceu por cinco votos contra quatro<sup>32</sup>.

Por certo, os setores conservadores empreenderão respostas contra a decisão da Suprema Corte americana, justamente para proporcionar um efeito *backlash*. Contudo, o tema atualmente, ao que parece, após vários anos de debates, desde o caso *Goodbridge versus Department of Public Health* (2003), tem obtido simpatia da população em geral, o que pode garantir sua persistência como conquista das minorias, sem riscos de eventual deslegitimação da decisão da Suprema Corte.

---

<sup>30</sup> GREENHOUSE, Linda; SIEGEL, Reva. Backlash to the future? From Roe to Perry. *UCLA Law Review Disc.* (forthcoming 2013). Disponível em: <<http://www.uclalawreview.org>>. Acesso em: 16 dez. 2015.

<sup>31</sup> KLARMAN, Michael. Courts, social change and political backlash. *Hart Lecture at Georgetown Law Center*, March 31, p. 1-11, 2011, Speaker's Notes. Disponível em: <<http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context=hartlecture>>. Acesso em: 11 dez. 2015.

<sup>32</sup> Disponível em: <[http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/06/150625\\_mudanca\\_legal\\_casamento\\_gay\\_eua\\_pai](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/06/150625_mudanca_legal_casamento_gay_eua_pai)>. Acesso em: 12 dez. 2015.

Portanto, as reações legislativas no caso *Goodbridge versus Department of Public Health* (2003), denominadas de *backlash*, podem ter surtido efeitos à época, mas garantiram a veiculação do dissenso e fomentaram a discussão, o debate e o conflito a ponto de amadurecer democraticamente a população quanto a uma agenda das minorias, de tal forma que o retorno da questão, após mais de uma década, perante a Suprema Corte, seja agora legitimamente incorporado e aceito, o que confirmaria a teoria do constitucionalismo democrático de Post e Siegel.

Com efeito, apresentada a origem do conceito *backlash*, bem como os fatores históricos que o norteiam e, ainda hoje, surgem como advertência para que decisões judiciais da Suprema Corte sejam cuidadosas ao tratar de questões polêmicas que geram paixões na população, passa-se a analisar o contexto de um possível efeito *backlash* decorrente das decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal no Brasil.

### 3.2 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O EFEITO *BACKLASH* NO BRASIL

No Brasil, a atuação mais progressista e liberal do Supremo Tribunal Federal (STF), apontando para um protagonismo judicial cada vez mais importante, principalmente ao longo da última década, acaba por suscitar também as mesmas dúvidas e receios que pairam sobre os doutrinadores norte-americanos. Afinal, diante da possibilidade do efeito *backlash* frente às decisões judiciais do STF em questões polêmicas, não seria melhor evitar-se a arena judicial, garantindo-se o não retrocesso em discussões sensíveis? É justificável que o receio dos julgadores quanto ao efeito *backlash* orientem suas decisões, a ponto de os votos proferidos pautarem-se mais pela eventual reação popular dos setores conservadores da sociedade do que em razões jurídicas?

Defende-se que não. A despeito da teoria do minimalismo judicial de Cass Sunstein e das advertências de Michael Karlman no que tange aos efeitos nocivos que o *backlash* pode proporcionar, tem-se que a experiência já demonstrou, outrossim, principalmente por meio do caso *Roe versus Wade*, que o *backlash* é um elemento com o qual se deve lidar.

Conforme dispõe o constitucionalismo democrático de Post e Siegel, o efeito *backlash* é uma decorrência natural do dissenso. É sabido que, em uma democracia baseada no sistema legislativo bicameral, vigora o princípio majoritário e, invariavelmente, questões de direitos da minoria encontrarão

apenas no Poder Judiciário a possibilidade de pautar questões que são ignoradas pelo Poder Legislativo. A atuação do Poder Judiciário, como contrapeso no sistema democrático, por meio de uma atuação contramajoritária, sempre nos limites da interpretação constitucional, ponderando princípios constitucionais para se alcançar a melhor decisão, afigura-se como elemento maximizador da democracia.

A atuação contramajoritária, ao mesmo tempo em que provoca reações igualmente violentas, permite que questões fora do eixo majoritário sejam pautadas, discutidas. Isso já ocorreu no Brasil e o Supremo Tribunal Federal posicionou-se em uma clara defesa dos direitos da minoria, como, por exemplo, no reconhecimento da validade jurídica das uniões homoafetivas, na descriminalização da antecipação terapêutica do parto, em caso de anencefalia do feto, bem como na decisão favorável à realização de pesquisas científicas com células-tronco embrionárias.

O efeito *backlash* nos casos apontados antes foi perceptível diante da ascensão política de grupos conservadores, havendo, por certo, um risco de retrocesso em determinados temas. A cada “caso difícil” enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal, acompanha-se, na arena política, a aprovação de medidas legislativas contrárias ao avanço judicial. Com o reconhecimento das uniões homoafetivas pelo STF, em uma clara reação, iniciou-se a tramitação do denominado “Estatuto da Família”<sup>33</sup>, que pretende excluir as relações homoafetivas da proteção estatal. Quanto à autorização do STF para o aborto de fetos anencéfalos, também fortaleceram-se grupos conservadores favoráveis ao “Estatuto do Nascituro”<sup>34</sup>, com o escopo principal de se proibir absolutamente o aborto e as pesquisas com células-tronco.

À medida que se tem uma postura liberal do STF, cresce também o conservadorismo. É bem provável que se estivesse em um país totalmente liberal, uma posição conservadora do Supremo Tribunal Federal fatalmente geraria um *backlash* liberal, “às avessas”; porém, a sua aplicação mais comum se vislumbra

---

<sup>33</sup> BRASIL. Projeto de Lei nº 6.583/2013, em tramitação na Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=597005>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

<sup>34</sup> BRASIL. Projeto de Lei nº 478/2007, em tramitação na Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=345103>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

com o conteúdo progressista e liberal das decisões judiciais em contraposição aos setores conservadores.

Um papel importante do protagonismo judicial do Supremo Tribunal Federal e o seu posicionamento contramajoritário é realmente expor as mazelas dos discursos reacionários que proporcionam a necessária mobilização social para que se discuta questões polêmicas de forma aberta. Pode até ser que em curto prazo reações adversas sejam tomadas no campo político, visando deslegitimar o Poder Judiciário, inclusive. Porém, mais relevante que isso são os ganhos em longo prazo que tanto o direito das minorias quanto a democracia acabam por alcançar, conforme a experiência norte-americana já demonstrou, por meio do constitucionalismo democrático. Os preconceitos, as barreiras e as questões polêmicas estão presentes e, uma vez provocado, não pode o Poder Judiciário simplesmente “virar as costas” às minorias que dele buscam respostas.

### **3.3 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E COMPORTAMENTO ESTRATÉGICO NO CASO DA DESCRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DA MACONHA PARA CONSUMO PESSOAL COMO FREIO A EVENTUAL EFEITO *BACKLASH***

Em agosto de 2015, o Supremo Tribunal Federal iniciou o julgamento do Recurso Extraordinário nº 635.659/SP<sup>35</sup> pela sistemática da repercussão geral que trata de questão sensível e polêmica: a descriminalização do porte da maconha para uso pessoal.

O Ministro Relator Gilmar Mendes apresentou o seu relatório, sendo que logo após foram realizadas sustentações orais pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, pelo Ministério Público do Estado de São Paulo e diversas instituições e organizações não governamentais, figurando como *amicus curiae*, a fim de enriquecer o debate e fornecer subsídios e outros pontos de vista sobre a questão colocada.

No caso concreto sob análise pelo Supremo Tribunal Federal, um detento foi surpreendido na posse de três gramas de maconha no interior do presídio e, conforme a atual lei de drogas vigente no Brasil, foi aplicado o disposto no art. 28 da Lei nº 11.343/2006, que considera crime adquirir, guardar, ter em

---

<sup>35</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4034145>>. Acesso em: 7 fev. 2016.

depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar<sup>36</sup>.

Portanto, apesar da despenalização quanto à figura do uso da droga, no sentido de que o usuário não é punido mais com pena privativa de liberdade, tem-se a manutenção da aplicação das sanções de caráter penal, na medida em que o sujeito se submete à: “I – advertência sobre os efeitos das drogas; II – prestação de serviços à comunidade; III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo”. Nesse passo, o mero usuário que adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, conforme nossa legislação, praticará crime, ou seja, conduta típica e com todas as decorrências que lhe são inerentes, sendo uma das mais relevantes o fato de o usuário, uma vez detido, deixar de ser considerado réu primário.

Pois bem, a tese defendida em sede de recurso extraordinário pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo consiste no questionamento incidental da constitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, uma vez que criminaliza o uso da maconha em violação ao direito fundamental da privacidade

---

<sup>36</sup> “Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

§ 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§ 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

§ 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

§ 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

I - admoestação verbal;

II - multa.

§ 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.”

e intimidade pessoal, nos termos do art. 5º, inciso X, da CF/1988<sup>37</sup>. Sustenta que, para a criminalização de condutas, há que se exigir, outrossim, o princípio da lesividade, ou seja, que a conduta tipificada como criminosa proporcione lesão a terceiros, o que não ocorreria com o mero uso da maconha, na medida em que no máximo ocorreria a autolesão do usuário, que se encontra fora da atuação do âmbito penal, razão pela qual pugna pela absolvição do acusado por atipicidade da conduta.

Por sua vez, alega o Ministério Público do Estado de São Paulo que o bem jurídico protegido pelo art. 28 da Lei nº 11.324/2006 seria a saúde pública, razão pela qual não haveria que se falar em inexistência de lesividade. A coibição do uso de drogas afigurar-se-ia medida estatal a ser perseguida pelo *jus puniendi* como forma de repressão e prevenção/proteção da própria saúde pública em sentido amplo.

A questão é polêmica e coloca em conflito dois direitos fundamentais: de um lado, a proteção dos direitos a liberdade, intimidade e privacidade pessoal dos cidadãos; enquanto, de outro, os direitos à segurança pública e saúde pública. Já fica evidente que a discussão extremamente sensível e que divide a opinião da sociedade brasileira apresenta-se na arena judicial novamente como pleito contramajoritário, porquanto na arena política, desde 2006, vem se mantendo a política criminal de combate ao uso e tráfico de drogas sob um posicionamento majoritário e criminalizador.

Em voto denso, o Ministro Gilmar Mendes reconheceu a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11. 343/2006, retirando todos os efeitos penais das sanções ali previstas. Entendeu o Ministro que até que o Poder Legislativo regulamente a questão, para se evitar um vácuo jurídico, as medidas previstas no artigo encimado deverão ser aplicadas como meramente administrativas, sem qualquer caráter e efeitos penais. Ressaltou, outrossim, que não se trata de legalização ou liberação do uso de drogas, mas sim apenas a descriminalização do uso. Em outras palavras, o uso de drogas passaria a não ser mais objeto do direito penal, tornando-se conduta atípica. Pontuou que a eventual legalização ou não do tema caberia ao Poder Legislativo e não mereceria ser adentrada

---

<sup>37</sup> “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

pelo Poder Judiciário. Por fim, destacou que, em função de a lógica jurídica para descriminalização da maconha no caso em concreto ser isonômica em relação a outras substâncias consideradas ilícitas, *posicionou-se, desde logo, pela descriminalização do uso de todas as drogas*, privilegiando o direito fundamental à liberdade, privacidade e intimidade pessoal, além da proporcionalidade da medida, atrelado à inexistência de lesividade que justifique como primeira *ratio* a criminalização<sup>38</sup>.

Verifica-se que a decisão do Ministro Relator demonstra um pujante protagonismo judicial, na medida em que vai além dos lindes do caso concreto, ao concluir pela descriminalização não só do uso da maconha, como também de todas as demais drogas.

Após pedido de vista, o Ministro Edson Fachin proferiu seu voto onde também *concluiu pela descriminalização do uso da maconha, porém manteve a criminalização das demais drogas*. Defendeu a autocontenção da Corte em questões de natureza penal, sob o sustentáculo de que a eventual atuação fora dos limites circunstanciais do caso poderia conduzir a intervenções judiciais desproporcionais. Frisou que não caberia ao Poder Judiciário preencher o vácuo legislativo oriundo da possível declaração de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11. 343/2006, tampouco a fixação de parâmetros de referência para diferenciação do uso e do tráfico de drogas, já que tais ônus caberiam exclusivamente às Casas Legislativas e ao Poder Executivo, conforme a política criminal de combate às drogas adotadas. Destacou que

se está diante de hipótese que tipifica a gravidade das escolhas trágicas. Não há solução perfeita. O desafio ao legislador e à sociedade é definir se a autorização lícita, considerando para tanto a droga vertida no caso concreto, regulamentada e restrita, pode contribuir para principiar a solver o germe de tais questões; meias soluções são apenas remédios efêmeros para problemas graves.

Por fim, concluiu pelo provimento ao recurso para absolver o acusado por atipicidade da conduta, com a declaração de inconstitucionalidade incidental

---

<sup>38</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>>. Acesso em: 16 dez. 2015.

progressiva do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, apenas em relação à maconha, objeto do caso concreto<sup>39</sup>.

Por sua vez, o Ministro Luis Roberto Barroso, por meio de voto didático, *manifestou-se favorável à descriminalização apenas da maconha, atendo-se ao caso concreto, sem tecer quaisquer aprofundamentos acerca das demais drogas*. Também reconheceu que a política de combate às drogas falhou e, portanto, seria preciso uma mudança nas políticas públicas, já que, após quase uma década da implementação da última lei, tem-se o aumento do poder do tráfico, do consumo e a falta de êxito nos tratamentos. Sugere que a descriminalização da maconha seja um teste para verificar na prática como se desenvolveria a questão e, se o Brasil alcançaria ganhos como outros países que também já descriminalizaram o uso, tal como Portugal, Argentina, Uruguai, Peru, Chile, Colômbia, Paraguai, etc. Ressalta em seu voto a necessidade de o Supremo Tribunal Federal estabelecer critério objetivo de aferição de quantidade da droga permitida para uso, sob pena de a discricionariedade concentrada na autoridade policial perpetuar-se quanto a quem seria enquadrado como usuário ou como traficante. Sugeriu que seja considerado como referência para uso próprio a quantidade de vinte e cinco gramas de maconha, bem como a possibilidade de cultivo de até seis pés da planta da maconha fêmea, até que o Poder Legislativo delibere a respeito. Conclui, portanto, pelo provimento do recurso com a absolvição do acusado, declarando-se a inconstitucionalidade incidental do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, apenas em relação à maconha<sup>40</sup>. Após, o Ministro Teori Zavascki pediu vista dos autos, interrompendo o julgamento<sup>41</sup>.

Até o momento, três votos do pleno do Supremo Tribunal Federal foram colhidos e o *ponto comum em todos eles consiste na descriminalização do porte da maconha para consumo pessoal*. Por certo se trata de questão que divide a população e causa paixão nas defesas dos pontos de vista antagônicos.

Sob o ponto de vista jurídico, cresce a tendência quanto ao entendimento de que o uso das drogas não merece ser tratado como crime, em observância à prevalência do princípio da liberdade, privacidade e intimidade pessoal, bem

<sup>39</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659EF.pdf>>. Acesso em: 16 dez. 2015.

<sup>40</sup> Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2015/09/Anotações-para-o-voto.pdf>>. Acesso em: 16 dez. 2015.

<sup>41</sup> Com o falecimento do Ministro Teori, a sucessão do feito dirigiu-se ao Ministro Alexandre de Moraes, o qual já liberou o feito para julgamento desde 23.11.2018.

como em função da inexistência da possibilidade da punição da autolesão no âmbito penal. Tanto que nos três votos foi suscitado o fato de que não cabe ao Estado pautar escolhas morais dos indivíduos, o que feriria a autodeterminação, ou seja, o simples fato de que a utilização da droga seria reprovável moralmente pelo sentimento social, não justificaria sua criminalização. Mas porque então apenas o Ministro Gilmar Mendes foi além no seu voto e entendeu que se caberia a descriminalização do uso da maconha, caberia também o mesmo raciocínio para todas as demais drogas, enquanto os Ministros Edson Fachin e Luis Roberto Barroso – sendo o último geralmente conhecido por seus posicionamentos mais liberais e progressistas – terminaram por demonstrar receio no avanço da questão?

A resposta para tais indagações poderia repousar na verificação de um certo comportamento estratégico tanto do Ministro Edson Fachin quanto do Ministro Luis Roberto Barroso, notadamente com receio de que a decisão do Supremo Tribunal Federal produza o efeito *backlash*, já anteriormente destacado.

O posicionamento do Relator Ministro Gilmar Mendes, ao que parece – ao contrário dos demais Ministros –, demonstrou sua convicção quanto à questão colocada, sem temperar ou reprimir seu posicionamento ao sabor de eventuais reações conservadoras da sociedade contra seu voto, a ponto de ir além do pedido formulado no caso concreto e declarar a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343/2006 em relação a todas as drogas, e não apenas à maconha. Aliás, é perfeitamente cabível na análise de um recurso extraordinário sob a sistemática da repercussão geral que a Corte extrapole os limites do pedido formulado para firmar tese acerca de tema, que, para além dos interesses subjetivos da demanda, seja de inegável relevância jurídica, social, política ou econômica, conforme exatamente ocorre com o caso submetido ao Supremo Tribunal Federal.

Como já se viu, para a ocorrência do efeito *backlash* é necessária a existência de certa dinâmica, conforme segue: debate de matéria que divide a opinião pública (no caso drogas), em que o Judiciário profere decisão liberal em defesa de direitos fundamentais; devido à falta de maturidade sobre o tema, a consciência social reage violentamente à decisão judicial com discursos conservadores; a crítica massiva à decisão judicial muda a opinião pública de maneira a influenciar as escolhas eleitorais da população; devido a essa influência, candidatos com discurso conservador ganham espaço no cenário político; ao vencer as eleições, o grupo conservador passa a aprovar leis conforme sua posição; tendo em vista que o poder político também influencia a composição dos órgãos de cúpula do

Poder Judiciário, também abre-se espaço para um retrocesso de entendimento no próprio Poder Judiciário; que, ao final, proporcionará um retrocesso jurídico capaz de criar situação ainda pior do que existia antes da decisão judicial.

Essa visão negativa do efeito *backlash* preconizada por Cass Sunstein e Michael Klarman orientara o voto, principalmente do Ministro Luis Roberto Barroso, já que, em entrevista concedida, uma vez indagado sobre a razão de ter se atido a analisar a descriminalização apenas do uso da maconha, afirmou:

[...] é que eu não sei bem qual é a posição do Tribunal. Nós temos um estilo de deliberação em que as pessoas não conversam internamente. Eu achei que uma posição um pouco menos avançada teria mais chance de conquistar a maioria.

Também tive a preocupação de nós não perdermos a interlocução com a sociedade, que não apoia majoritariamente a descriminalização das drogas. Mas eu acho que em relação à maconha é possível conquistar, nesse momento, com explicações racionais, essa adesão da sociedade. Ao passo que, em relação às drogas mais pesadas, isso seria mais difícil.

Minha posição é que a descriminalização em relação a outras drogas deve ser feita mediante um debate consistente, entre pessoas esclarecidas e informadas, de modo a conquistar a adesão da sociedade, em lugar de funcionar como uma imposição arbitrária do tribunal. Racionalidade, seriedade no debate e consistência nos argumentos produzem melhores resultados que palavras de ordem.

[...]

Entendo a crítica dos especialistas, mas eles precisam considerar que uma decisão da Suprema Corte considerando inconstitucional uma criminalização feita pelo legislador tem que ser uma decisão com algum grau de sintonia com o sentimento social.

Tomar uma medida dessa importância sem a capacidade de trazer a sociedade junto pode acarretar um risco que os autores americanos chamam de *backlash*, que é uma certa reação generalizada que dificulte o respeito e o cumprimento da decisão.

[...]

A decisão sobre aborto nos Estados Unidos teve um *backlash* enorme. Na Alemanha, uma decisão da corte constitucional federal que determinou a retirada dos crucifixos das escolas na Baviera também. Quando você está lidando com sentimento social, tem que acertar a dose, sob pena de não trazer a sociedade junto.<sup>42</sup>

Portanto, a resposta do Supremo Tribunal Federal no caso que lhe foi submetido, sem se arvorar em eventual desagrado ou não da sociedade, por coerência e razão jurídica, deveria se orientar pela descriminalização do uso de *todas as drogas*, e não apenas da maconha. O que se verifica é que, por questões de sentimento social, atrelada a uma conhecida moralidade mais conservadora da sociedade, no que se refere ao tema das drogas no Brasil, justamente para se evitar um efeito *backlash*, entendeu por bem o Ministro Luis Roberto Barroso não avançar no tema com receio de possíveis reações desproporcionais e deletérias que não agregariam em nada o progresso da análise da questão.

A literatura norte-americana reconhece três modelos de comportamento judicial: o modelo legalista, o modelo ideológico e o modelo estratégico. Cada modelo enfatiza a importância de um fator como preponderante para explicar o processo decisório dos magistrados. Verificados na prática, tem-se que os modelos não se excluem, ou seja, o magistrado, na elaboração de sua decisão, pode se valer de todos ao mesmo tempo. O mais comum e esperado é o modelo legalista, pautado pelo fator material jurídico-ortodoxo. Contudo, os que geram mais polêmica são os modelos ideológico e estratégico, na medida em que questões extralegais interferem nas convicções dos juízes<sup>43</sup>.

<sup>42</sup> Disponível em: <[http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/09/150914\\_drogas\\_barroso\\_m](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/09/150914_drogas_barroso_m)>. Acesso em: 15 dez. 2015.

<sup>43</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos. Comportamento ideológico e estratégico no Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 273-309.

No modelo ideológico de comportamento judicial, “a ideologia dos magistrados constitui o elemento central, determinante da decisão judicial”<sup>44</sup> e foi inspirado nas ideias do realismo jurídico, corrente de pensamento norte-americano articulada como reação ao excessivo formalismo do modelo legalista. Pelo modelo ideológico, as decisões e os votos dos juízes podem ser explicados e previstos com base em suas convicções ideológicas. Isso é algo relativamente fácil de ser verificado no espaço ideológico norte-americano, já que é bipartido entre democratas (progressistas) e republicanos (conservadores).

No Brasil, por sua vez, não se verifica a polarização ideológica experimentada entre republicanos e democratas no contexto norte-americano, ao menos quanto à matéria constitucional. No cenário brasileiro, essa divisão ideológica com expressão constitucional não resta clara, e, em um cenário político de pouca definição ideológica, a compreensão do *background* dos Ministros do STF pode constituir um elemento importante para a explicação de seu comportamento judicial<sup>45</sup>.

Entretanto, para o caso da descriminalização do porte da maconha para consumo próprio, do ponto de vista ideológico, cumpre apenas ressaltar a notória posição progressista do Ministro Luis Roberto Barroso, que, em contradição com suas convicções ideológicas, entendeu como prudente reconhecer a descriminalização do porte para uso apenas da maconha, mantendo o caráter criminoso em relação a todas as demais drogas. Nesse ponto, verifica-se o claro manejo do modelo estratégico de comportamento judicial.

Existe uma forma mais sofisticada de votação ideológica, que se manifesta quando o juiz opta por não decidir o caso de acordo com suas preferências, por acreditar, por exemplo, que sua tese não receberá a adesão da maioria, e afirma um entendimento mais moderado, que acredita que conquistará tal adesão. Quando atua de tal modo, seu comportamento é não apenas ideológico, mas também estratégico.<sup>46</sup>

---

<sup>44</sup> Ibidem, p. 274.

<sup>45</sup> Ibidem, p. 293.

<sup>46</sup> Ibidem, p. 281.

Trata-se da posição tomada pelo Ministro Barroso. Os estudiosos do modelo estratégico recorrem à *teoria das escolhas racionais* e à *teoria dos jogos* para explicar tal tipo de comportamento. Conforme a primeira teoria, os agentes atuando racionalmente e tendo um conjunto de objetivos que desejam ver realizados, optam por condutas maximizadoras dos benefícios almejados, ou seja, no caso dos magistrados, pretendem influenciar o conteúdo do direito de acordo com suas preferências e, por isso, procuram adotar o comportamento que lhes garanta a consecução de tal objetivo na maior medida possível. Já, pela *teoria dos jogos*,

no caso do juiz, acredita-se que este definirá sua conduta, de acordo com suas preferências ideológicas, mas a partir da reação que espera dos demais juízes (ou dos demais Poderes e autoridades ou agentes com os quais interage), abandonando entendimentos que considera mais adequados e optando por uma segunda linha de abordagem (*second best decision*), se esta favorecer a obtenção de uma decisão que seja satisfatória, ainda que não seja a ideal, do ponto de vista de suas preferências políticas.<sup>47</sup>

Em suma: O comportamento estratégico decorre da observância pelo magistrado de que sua convicção ideológica pode não ser acatada quando de sua decisão pelos demais colegas e, portanto, a fim de maximizar e garantir, ainda que de forma moderada, uma decisão que lhe seja satisfatória, opta pela *second best decision*. Além disso, o magistrado também vale-se do comportamento estratégico, a fim de evitar uma repulsa da opinião pública majoritária, precavendo-se quanto a um possível efeito *backlash* que entende como pernicioso à proteção dos direitos das minorias em curto prazo.

Destarte, direito e política se entrelaçam e em questões politicamente sensíveis, como, por exemplo, a descriminalização do uso das drogas, os juízes decidem no limite entre direito e política, já que, em casos como tais, o conteúdo moral termina por abstrair o conteúdo da lei.

Portanto, verifica-se tanto no voto do Ministro Luiz Roberto Barroso quanto no do Ministro Edson Fachin, ainda que em menor medida, certo comporta-

---

<sup>47</sup> Idem, *ibidem*.

mento estratégico, pautado pelo pragmatismo e consequencialismo, devido ao receio do refluxo social (*backlash*) a que pode ser objeto a decisão judicial do Supremo Tribunal Federal, causando mais prejuízos do que benefícios ao progresso dos direitos em jogo.

Não obstante a posição minimalista dos Ministros apontados, afigura-se perfeitamente possível a aplicação da teoria do constitucionalismo democrático de Post e Siegel<sup>48</sup>. O julgamento do RE 635659/SP apresenta-se como uma oportunidade inigualável de se pautar questão de suma importância, maximizando a decisão judicial do Supremo Tribunal Federal exatamente para provocar um maior debate e por certo conflito acerca do tema. A função do Poder Judiciário em matérias sensíveis é nitidamente contramajoritária, garantindo na pauta de discussões o avanço sobre temas polêmicos e proporcionando que o dissenso, totalmente saudável em uma democracia tão jovem como a brasileira, seja profundamente explorado, a fim de que se garanta o atingimento de um consenso com o inevitável fortalecimento da democracia.

Tramita no Senado Federal o Projeto de Lei nº 236/2012 (novo Código Penal)<sup>49</sup>, em que há expressa previsão de descriminalização do uso das drogas no § 2º do art. 212<sup>50</sup>. Já houve apresentação de emenda da lavra do Senador Pedro Taques para a manutenção da criminalização, o que, por si só, já demonstra as dificuldades de consenso. Apesar disso, em enquete realizada em agosto de 2012 pelo DataSenado para levantamento de opinião dos internautas sobre a descriminalização da produção e do porte de drogas para consumo próprio no

<sup>48</sup> POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the *Backlash*. *Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review*, 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract//990968>>. Acesso em: 11 dez. 2015.

<sup>49</sup> BRASIL. Senado Federal. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1>>. Acesso em: 21 dez. 2015.

<sup>50</sup> Exclusão do crime  
“Art. 212. [Omissis]  
[...]

§ 2º Não há crime se o agente:

I - adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo drogas para consumo pessoal;

II - semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de drogas para consumo pessoal.

§ 3º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, à conduta, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, bem como às circunstâncias sociais e pessoais do agente.

§ 4º Salvo prova em contrário, presume-se a destinação da droga para uso pessoal quando a quantidade apreendida for suficiente para o consumo médio individual por cinco dias, conforme definido pela autoridade administrativa de saúde.”

projeto de lei que reforma o Código Penal brasileiro, os resultados mostraram que 84,92% dos 370.843 votos registrados no *site* do Senado manifestaram apoio à proposta. Por outro lado, quase 56 mil votos discordaram da matéria<sup>51</sup>.

A discussão, portanto, não é desconhecida pelas Casas Legislativas, mas, por se tratar de matéria controversa, acaba por gerar morosidade em sua apreciação e resolução. O Supremo, como catalisador do debate, fomentará a discussão e garantirá um saudável diálogo institucional, na medida em que, em uma democracia, os Poderes Judiciário e Legislativo não devem se encarar como inimigos sobre quem deve dar a “última palavra”, mas sim atuarem de forma complementar, por meio de freios e contrapesos<sup>52</sup>.

Apesar de o julgamento encontrar-se inacabado, faltando colher os votos dos demais Ministros, ao que parece o Supremo Tribunal Federal avançará com a descriminalização do porte da maconha para consumo próprio, levando-se em conta a tendência dos votos até então apresentados. Entretanto, percebe-se que, em razão de certo temor quanto ao efeito negativo de um possível *backlash*, apesar do sentimento pessoal dos Ministros em favor da descriminalização do porte para consumo de todas as drogas, tem-se o firmamento de posicionamentos aquém do que seria o ideal, limitando-se à droga (maconha) constante do caso concreto.

Com efeito, é compreensível e justificável o receio de alguns Ministros de se posicionar de maneira progressista acerca de temas polêmicos, notadamente diante dos limites da autocontenção judicial e da preocupação no que se refere à manutenção de legitimidade e credibilidade do STF. Entretanto, em uma democracia não podem existir ressalvas a temas “tabus”, já que os conflitos e embates fazem parte da normalidade do processo de crescimento democrático do próprio País e de suas instituições, sendo o comportamento estratégico um elemento que apenas postergará o conflito e dissenso inevitável e que merece solução célere, dada a gravidade que envolve, principalmente o tema da descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal.

<sup>51</sup> BRASIL. Senado Federal. Disponível em: <[http://www12.senado.gov.br/institucional/datasenado/enquetes/consultarenquete?materia\\_id=quase-85-dos-votos-apoiaram-legalizar-producao-e-porte-de-drogas-para-consumo-proprio](http://www12.senado.gov.br/institucional/datasenado/enquetes/consultarenquete?materia_id=quase-85-dos-votos-apoiaram-legalizar-producao-e-porte-de-drogas-para-consumo-proprio)>. Acesso em: 21 dez. 2015.

<sup>52</sup> SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Notas sobre a jurisdição constitucional e democracia: a questão da última palavra e alguns parâmetros de autocontenção judicial. *Quaestio Iuris*, v. 6, n. 2, p. 107-150, 2013.

## CONCLUSÃO

A nova tendência do constitucionalismo definitivamente sedimentou a supremacia judicial, proporcionando uma maior judicialização e, como consequência inerente, uma interpretação mais elástica e aberta dos dispositivos constitucionais, notadamente diante da crescente presença de princípios abstratos e conceitos indeterminados nas Constituições contemporâneas.

Como decorrência da busca da via judicial pela população, com o objetivo de concretização e efetivação de preceitos constitucionais, tornou-se inevitável o surgimento de um certo ativismo judicial, pautado por um agir protagonista, pró-ativo dos magistrados, diante da omissão ou deficiência na implementação das prescrições constitucionais/legais pelos demais poderes.

Dessa tensão na concretização de direitos constitucionalizados, especialmente quando diante de “casos difíceis”, surgem as teorias do minimalismo judicial e constitucionalismo democrático, como bússolas a orientarem o Judiciário na realização de sua vocação. Se, por um lado, o minimalismo judicial prega a autocontenção e uma atuação mais conservadora do magistrado; por outro, o constitucionalismo democrático encoraja a intervenção judicial como novel resposta ao jurisdicionado, garantindo o direito de minorias estigmatizadas em atuação francamente contramajoritária.

Como se verificou, o efeito *backlash*, consistente em uma reação de igual ou maior intensidade a uma mudança tida por ameaça ao *status quo*, geralmente apresenta-se como consequência direta de uma atuação mais ativista dos Tribunais, principalmente quando estes, ao agirem em caráter contramajoritário e em proteção a direitos fundamentais, contrapõem-se a políticas conservadoras que bloqueiam o avanço e a implementação da agenda política de direitos das minorias.

Entretanto, nos termos da teoria do constitucionalismo democrático, tais refluxos sociais são perfeitamente normais de se observarem em curto prazo, gerando realmente conflitos, mas também provocando a abertura do debate sobre questões até então ignoradas, já que sequer discutidas nas arenas políticas, garantindo-se, assim, em longo prazo, a oxigenação do debate de maneira democrática, capaz de proporcionar um real avanço nos temas polêmicos, tal como ocorreu com a questão da união homoafetiva nos Estados Unidos da América do Norte.

O efeito *backlash* também pode ser observado no Brasil e o julgamento do recurso extraordinário de repercussão geral que trata da descriminalização do porte da maconha para uso pessoal apresenta-se como um desses casos paradigmáticos enfrentados pelo Supremo Tribunal Federal. A constatação do comportamento estratégico de alguns Ministros nesse julgamento aponta para o receio de contrariar o sentimento social majoritário presente no Brasil, consistente na manutenção da criminalização do porte para uso das drogas, já que uma descriminalização ampla poderia provocar uma reação virulenta contra o Tribunal, em nítido efeito *backlash*. Talvez daí se justifique o fato de o Ministro Luis Roberto Barroso, cujo posicionamento sempre se pautou por uma agenda progressista, ter reconhecido apenas a descriminalização do porte para uso da maconha, e não em relação às outras drogas, como o fez o Ministro Gilmar Mendes.

De fato, a tomada de um posicionamento progressista/conservador amoldado ao respectivo *background* de cada Ministro afigura-se como o ideal, já que, além de garantir um comportamento legal e ideológico, aponta para a coerência nos julgados. Entretanto, diante da possibilidade de posições ideológicas mais avançadas não convencerem os demais Ministros e atrelado a isso, o receio de que o Supremo Tribunal Federal tenha de enfrentar e arcar com os custos e ônus de um efeito *backlash*, com a perda de sua legitimidade, tem-se como altamente provável que a opção pelos Ministros de um comportamento estratégico apresenta-se como a mais palatável.

A despeito dos receios do refluxo social, valendo-se da teoria do constitucionalismo democrático, acredita-se que o julgamento em pauta apresenta-se como uma excelente oportunidade para a instauração de um debate profícuo, profundo e que efetivamente imponha a discussão da descriminalização do porte de *todas* as drogas para uso pessoal, e não só a da maconha, como uma das prioridades nas agendas políticas. Um atuar do Supremo Tribunal Federal nessa linha provocaria a necessária convulsão social e o respectivo dissenso, ambos capazes de trazer ganhos democráticos em longo prazo. Para que isso seja possível, o STF, com altivez e coragem, deve estar preparado para enfrentar, conscientemente, as fortes reações conservadoras em curto prazo, mas sabendo, outrossim, dos ganhos que a abertura de um debate efetivamente democrático pró-futuro poderá proporcionar.

## REFERÊNCIAS

BUNCHAFT, Maria Eugenia. Constitucionalismo democrático *versus* minimalismo judicial. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 38, 2014.

DWORKIN, Ronald M. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. *Uma questão de princípio*. 2. ed. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

GREENHOUSE, Linda; SIEGEL, Reva. Backlash to the future? From Roe to Perry. *UCLA Law Review Disc.* (forthcoming 2013). Disponível em: <<http://www.uclalawreview.org>>. Acesso em: 16 dez. 2015.

KLARMAN, Michael. Courts, social change and political backlash. *Hart Lecture at Georgetown Law Center*, March 31, p. 1-11, 2011, Speaker's Notes. Disponível em: <<http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context=hartlecture>>. Acesso em: 11 dez. 2015.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Comportamento ideológico e estratégico no Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 273-309.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the *Backlash*. *Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review*, p. 373-433, 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract//990968>>. Acesso em: 11 dez. 2015.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 3. ed. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

REGO, C. E. R. F.; CRISTIANETTI, Jéssica. *Minimalismo, constitucionalismo democrático e o refluxo social em Roe Rage*. 1. ed. Florianópolis: Conpedi, v. 1, 2014.

RIBEIRO, Pedro José de Almeida. A política, o direito e a incerteza. *Revista do BNDDES*, Rio de Janeiro, n. 39, p. 255-279, 2013. Disponível em: <<https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/handle/1408/2929>>. Acesso em: 11 dez. 2015.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Notas sobre a jurisdição constitucional e democracia: a questão da última palavra e alguns parâmetros de autocontenção judicial. *Quaestio Iuris*, v. 6, n. 2, p. 107-150, 2013.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum: 2014.

STERN, Felice A. *Backlash. American Speech*, v. 40, n. 2, p. 156-157, May 1965.

SUNSTEIN, Cass. *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Harvard: Harvard University Press, 1999.

\_\_\_\_\_. *Constitution of Many Minds*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2009.

TATE, C. N.; VALLINDER, T. The Judicialization of Politics. In: \_\_\_\_\_. (Ed.). *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University, 1995.

Submissão em: 18.04.2018

Avaliado em: 29.07.2019 (Avaliador B)

Avaliado em: 24.01.2020 (Avaliador E)

Aceito em: 04.08.2020