

## QUE MODELO DE DEMOCRACIA SE DEDUZ DA DECISÃO DO STF QUE LIBEROU AS MARCHAS DA MACONHA?

*Edvaldo Fernandes da Silva\**

### **RESUMO**

Os fundamentos constitucionais da decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 187, que liberou manifestações públicas a favor da descriminalização do uso de drogas, refletem opção pelo modelo de democracia de tipo liberal. A adesão a modelo de maior densidade democrática poderia sinalizar uma virada jurisprudencial benéfica a um processo de formação da vontade estatal mais participativo.

### **ABSTRACT**

*The constitutional justifications of the decision of the Supreme Court in The Action for Violation of Fundamental Precept 187, which permitted public demonstrations for the decriminalization of drug use, reflect option for the liberal democracy model. Adherence to democratic model of higher density could signal a shift to a jurisprudential process favoring a more participatory formation of the government will.*

### **PALAVRAS-CHAVE**

Democracia, liberalismo, republicanismo, ação comunicativa, política, direito de reunião, liberdade de expressão, jurisprudência do STF.

### **KEY WORDS**

*Democracy, liberalism, republicanism, communicative action, politics, freedom of assembly, freedom of speech, the Brazilian Supreme Court jurisprudence.*

---

\* Doutorando em Sociologia pela Universidade de Brasília.

Por unanimidade, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou procedente em junho deste ano a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 187, ajuizada pela Procuradora-Geral da República em exercício, Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira, contra a proibição de manifestações públicas em defesa da discriminação do uso de drogas, como é o caso da Marcha da Maconha.

O escrutínio do voto do relator do processo, Ministro Celso de Melo, que conclui pela procedência da ADPF, desvela adesão ao modelo de democracia de tipo liberal.

Neste artigo pretendo discutir, marginalmente, o mérito do dispositivo da decisão, que simplificou em demasia uma questão das mais complexas para o Estado Democrático de Direito na contemporaneidade.

Atenho-me no exame dos fundamentos do acórdão, os quais cotejo a concepção de democracia que se consubstancia nos fundamentos da decisão com os três modelos normativos apontados por Habermas (2002, 277-292).

Em seguida, à luz das críticas de Michelman (1996) ao modelo de democracia deliberativo, defendo sua retificação por meio do mecanismo da jurisdição constitucional.

## I. **A controvérsia**

O pedido formulado na ADPF 187 é a subsunção do artigo 287<sup>1</sup> do Código Penal à Constituição, pela via da técnica da interpretação conforme, para “excluir qualquer exegese que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos” (p. 14 da inicial).

A pretensão declaratória fundamentou-se nos direitos de liberdade de expressão (art. 5º, incisos IV e IX, e 220 CF) e de reunião (art. 5º, inciso XVI, CF).

O relator da matéria, Ministro Celso de Mello, concluiu em seu voto que:

a defesa, em espaços públicos, da legalização das drogas, longe de significar um ilícito penal, supostamente caracterizador do delito de apologia de fato criminoso,

<sup>1</sup> Apologia de crime ou criminoso  
Art. 287 - Fazer, publicamente, apologia de fato criminoso ou de autor de crime:  
Pena - detenção, de três a seis meses, ou multa.

representa, na realidade, a prática legítima do direito à livre manifestação do pensamento, propiciada pelo exercício do direito de reunião, sendo irrelevante, para efeito da proteção constitucional de tais prerrogativas jurídicas, a maior ou a menor receptividade social da proposta submetida, por seus autores e adeptos, ao exame e consideração da própria coletividade (pp. 57-58).

A decisão do STF franqueou, por conseguinte, a realização da Marcha da Maconha, e de eventos públicos similares em favor da legalização do uso de drogas, desde que, em vez de fazerem apologia do consumo de entorpecentes ilegais, defendam tão somente a descriminalização do uso dessas substâncias<sup>2</sup>.

Em outras palavras, é possível derivar da decisão que quaisquer manifestações públicas em favor de ato tipificado como crime, seja qual for, não consubstanciam apologia de crime ou ato criminoso, desde que se restrinjam ao embate político contra a lei, e não descambem em promoção direta de condutas contrárias à lei.

Nota-se, preliminarmente, que o Supremo Tribunal Federal adotou uma decisão frouxa, genérica, que pode trazer graves problemas para a ordem pública. Se o direito brasileiro admite que manifestações públicas podem ser organizadas para pedir a revogação de qualquer norma jurídica vigente, como se deduz do acórdão em questão, o Estado não poderá intervir, por exemplo, se grupos de direita se organizarem para pedir a revogação das normas que segundo o próprio Supremo Tribunal Federal impedem, por exemplo, o racismo anti-semita.

<sup>2</sup> A íntegra da decisão, ainda não publicada, é a seguinte: “O Tribunal, por unanimidade, rejeitou as preliminares de não conhecimento da arguição e a de ampliação do objeto da demanda. No mérito, também por unanimidade, o Tribunal julgou procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental, para dar, ao artigo 287 do Código Penal, com efeito vinculante, interpretação conforme à Constituição, “de forma a excluir qualquer exegese que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos”, tudo nos termos do voto do Relator. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Impedido o Senhor Ministro Dias Toffoli. Ausentes o Senhor Ministro Gilmar Mendes, representando o Tribunal na Comissão de Veneza, Itália, e o Senhor Ministro Joaquim Barbosa, licenciado. Falaram, pelo Ministério Público Federal, a Dra. Deborah Macedo Duprat de Brito Pereira e, pelos *amici curiae* Associação Brasileira de Estudos Sociais de Psicoativos – ABESUP e Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, respectivamente, o Dr. Mauro Machado Chaiben e o Dr. Luciano Feldens. Plenário, 15.06.2011” (<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=3005994&tipoApp=RTF>, acesso em 19.6.2011).

No julgamento do Habeas Corpus 82424, a corte havia firmado o entendimento de que os impropérios proferidos por Siegfried Ellwanger contra os judeus configuraram crime de racismo.

É interessante destacar o seguinte trecho da ementa:

(...) 6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, "negrofobia", "islamafobia" e o anti-semitismo. 7. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, *ad perpetuam rei memoriam*, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática. 8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma. 9. Direito comparado. *A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial (...)*<sup>3</sup> (grifou-se).

O acórdão menciona a antijuridicidade da prática de estimular e propagar a segregação racial, no que parece significar que essa prática se subsume no tipo penal que sanciona o racismo.

Caso se leia, porém, o voto do relator da ADPF 187 de maneira rígida, pode-se concluir que o Supremo Tribunal Federal não condenaria a conduta de Siegfried Ellwanger se, em vez de desferir diretamente seus impropérios contra a comunidade judaica, ele defendesse a descriminalização desta conduta.

Por essa razão, é de se esperar que a corte volte a se debruçar sobre o tema dos limites da liberdade de expressão e do direito de reunião para produzir um acórdão que corresponda à complexidade do tema, porque no julgamento da ADPF 187 a decisão foi, no mínimo, superficial.

## II. Fundamentos da decisão

<sup>3</sup> Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, *Habeas Corpus* n° 82424, Rel. Maurício Corrêa. Julgamento: 17.9.2003. DJ 19.03.2004, p.17.

O foco desse artigo, porém, é compreender que tipo de democracia a maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal tem em mente quando julgam uma questão fundamental, como a que foi objeto da ADPF 187 e que implicações essa adesão, provavelmente, inconsciente tem para a própria decisão.

A análise vai se cingir ao voto do ministro Celso de Mello, até porque foi aprovado, com poucas reservas, pela totalidade da corte.

Celso de Mello incluiu em seu voto (pp. 6 e ss) análise detalhada da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o alcance dos direitos fundamentais de livre expressão e de reunião.

A abordagem do relator remontou ao Habeas Corpus nº 4.781/BA<sup>4</sup>, cujos antecedentes e lances decisivos foram muito bem sintetizados por Maria Cristina Irigoyen Peduzzi (2007, p. 22):

Em 1919, às vésperas das eleições presidenciais que acabariam por eleger Eptácio Pessoa, Rui Barbosa, então candidato à Presidência, viu-se intimidado pelas forças policiais do Estado da Bahia. As sucessivas intervenções em comícios e encontros culminaram na proibição de quaisquer outras reuniões. Rui Barbosa ingressou com *Habeas Corpus* no Supremo Tribunal Federal, requerendo provimento preventivo no sentido de garantir a livre reunião e expressão de ideias. A ordem foi concedida, enaltecendo o Tribunal a liberdade de reunião e manifestação do pensamento.

O acórdão em questão assentou que, já àquela época, em pleno curso da República Velha, o Direito brasileiro não admitia o embaraço a manifestações públicas, por entender que o funcionamento da democracia

A digressão jurisprudencial de Celso de Mello adianta-se até os dias atuais, mais exatamente o acórdão proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1969, em que a corte declarou inconstitucional, nos termos do voto do relator Ricardo Lewandowski, o Decreto nº 20.089/99, do Governador do Distrito Federal, que proibia “a realização de manifestações públicas, com a utilização de carros, aparelhos e objetos sonoros”, em determinados locais públicos, como a Praça dos Três Poderes e a Esplanada dos Ministérios.

<sup>4</sup> Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* nº 4.781, Rel. Ministro Edmundo Lins. Julgamento 5.4.1919, Revista Forense, v. XXXI/212-216.

A ementa do respectivo acórdão recebeu a seguinte redação:

*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO 20.098/99, DO DISTRITO FEDERAL. LIBERDADE DE REUNIÃO E DE MANIFESTAÇÃO PÚBLICA. LIMITAÇÕES. OFENSA AO ART. 5º, XVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.*

*I. A liberdade de reunião e de associação para fins lícitos constitui uma das mais importantes conquistas da civilização, enquanto fundamento das modernas democracias políticas.*

*II. A restrição ao direito de reunião estabelecida pelo Decreto distrital 20.098/99, a toda evidência, mostra-se inadequada, desnecessária e desproporcional quando confrontada com a vontade da Constituição (Wille zur Verfassung).*

*III. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do Decreto distrital 20.098/99.”<sup>5</sup>*

Na fundamentação, o relator sustentou que

*“(...) o direito de reunião previsto no inciso XVI está associado umbilicalmente a outro da maior importância em sociedades que se digam democráticas: o ligado à manifestação do pensamento.” (grifei)*

Assim, o acórdão ainda não redigido vai se estruturar sobre dois pilares principais. O primeiro é distinção entre manifestações públicas em defesa de ato criminoso (*e.g.* consumo de maconha), conduta tipificada no artigo 287 do Código Penal, e manifestações públicas em defesa de mudança legislativa (*e.g.* legalização do uso da maconha), que configuram exercício dos direitos fundamentais à liberdade de expressão e de reunião.

O segundo é o encadeamento entre direito de reunião, liberdade de expressão e democracia, que foi invocado na inicial da ADPF como espinha dorsal da causa de pedir.

O Supremo Tribunal Federal, em histórica decisão sobre a liberdade de reunião<sup>6</sup>, registrou que ela constitui ‘uma das mais importantes conquistas da civilização, enquanto fundamento das modernas democracias políticas’. No voto que proferiu naquele julgamento, o Ministro Celso de Mello assentou: ‘(...) a liberdade de reunião traduz meio vocacionado ao exercício do direito à livre expressão das idéias, configurando, por isso mesmo, um precioso instrumento de concretização da liberdade de manifestação do pensamento, nela incluído o insuprimível direito de protestar.

Impõe-se, desse modo, ao Estado, em uma sociedade estruturada sob a égide de um regime democrático, o dever de respeitar a liberdade de reunião (de que são manifestações expressivas o comício, o desfile, a procissão e a passeata), que constitui prerrogativa essencial dos cidadãos, normalmente temida pelos regimes despóticos

<sup>5</sup> Supremo Tribunal Federal, ADI 1.969, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 31.8.2007.

<sup>6</sup> Refere-se à ADI 1.969: Supremo Tribunal Federal, ADI 1.969, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 31.8.2007.

que não hesitam em golpeá-la, para asfixiar, desde logo, o direito de protesto, de crítica e de discordância daqueles que se opõem à prática autoritária do poder.

Dessa forma, o direito de reunião seria instrumental em relação à liberdade de expressão, e a liberdade de expressão, instrumental em face da democracia. Portanto, a decisão do STF tutelou, de forma mediata, o regime democrático. A partir dessa conclusão, é possível deduzir que modelo de democracia melhor se coaduna com os fundamentos utilizados pela corte para lastrear o acórdão.

### **III. Direito de reunião, liberdade de expressão e democracia**

Habermas distingue a partir de Michelman (1988) dois tipos normativos de democracia (2002, 277-292), a democracia liberal e a democracia republicana. Em seguida, combina esses modelos em um terceiro modelo que chama de democracia discursiva.

Passo a descrever essas três diferentes tipologias para, posteriormente, deduzir da fundamentação do voto do relator da ADPF 187 o modelo de democracia ali predominante e aventar consequências jurídicas desta opção.

#### *III.1. A democracia liberal*

A democracia liberal tem o Estado e o mercado (ou autoridade e mercado, para usar a terminologia de Max Weber) como principais fontes de integração social.

A política aparece, antes como função do mercado que como fonte primária de integração social. Serve precipuamente à organização estratégica dos interesses coletivos dentro de uma lógica puramente utilitária em um ambiente público propício à operação da razão vinculada a fins econômicos.

O cidadão, orientado pela razão estratégica, é caracterizado, sobretudo, como titular de direitos de acento negativo, inserido em uma ordem jurídica estruturada a partir de direitos subjetivos transcendentais, intangíveis ao Estado e à comunidade política.

Nesse contexto, o bem comum seria um ajustamento de interesses em conflito com vistas à maximização da utilidade coletiva possível no contexto institucional em que prevalecem os direitos subjetivos transcendentais. Pode ser deduzido de uma opinião pública estruturada pelos princípios do mercado. Predominam as opiniões que sobressaem na arena pública concorrencial.

A justiça e a honestidade das decisões, que são indicadores da operação eficiente da democracia, dependem da consubstanciação de direitos iguais e universais ao voto e da qualidade da representação dos órgãos parlamentares.

De outro giro, a Constituição é o documento básico que garante a manutenção da estrutura básica da sociedade contra o livre funcionamento do mercado.

A formação democrática da vontade atua fonte da legitimação do poder político-estatal, que aparece estruturalmente diferenciado da sociedade.

A democracia liberal a prioridade é, dessa forma, a otimização do funcionamento do mercado para ampliação da utilidade de indivíduos movidos por interesses bem compreendidos, de forma que a comunidade não sobrepuja seus integrantes<sup>7</sup>

### *III.II. Democracia republicana*

A democracia republicana tem como paradigma a interlocução entre os indivíduos dotados de razão comunicativa. A política, poder que funda e estrutura a sociedade, é a principal fonte de integração social.

O indivíduo é, sobretudo, titular de liberdades positivas (direitos políticos) que o empoderam e habilitam para participar ativamente da formação da vontade do Estado, que não é nada mais que apêndice da comunidade política energizada, que a si mesma se governa.

---

<sup>7</sup> Refiro-me à fórmula de Tocqueville que permite ao indivíduo superar as motivações pessoais imediatas em favor de benefícios mais abrangentes por meio da articulação coletiva de interesses: “(...) a partir do momento em que se tratam em comum os assuntos comuns, cada homem percebe que não é tão independente dos seus semelhantes quanto imaginava a princípio” (TOCQUEVILLE, 1998, p. 389).

A ordem jurídica sistematiza direitos que são determinações da vontade política prevalente, apurada em processo discursivo e aparece como função das condições e costumes da comunidade.

O entendimento mútuo orienta a formação da opinião pública, que determina o processo deliberativo pautado por critérios éticos. A sociedade, assim, aparece com alma viva do Estado.

Os processos de conformação da vontade do Estado não são meros mecanismos para atingir determinados fins sociais. São atividades estruturantes da própria comunidade. Trata-se de ritos que reforçam o vínculo entre os cidadãos, cujo ambiente natural é a arena política.

Logo, na democracia republicana a comunidade se sobrepõe ao indivíduo. É apenas em interação com seus semelhantes que a pessoa ganha *status* de cidadão e encontra oportunidade para se realizar com plenitude.

### III.III. *Democracia deliberativa*

Como já adiantei, Habermas sintetiza os dois modelos anteriores de democracia, com aproveitamento do que há de melhor em cada um deles, em uma nova tipologia de democracia, a democracia deliberativa.

Ele revela preferência pelo modelo republicano, que apresenta maior densidade democrática e que parece ser o arcabouço do modelo híbrido proposto. O modelo liberal, para Habermas, empobrece a política ao submetê-la à lógica do mercado, mas tem algumas vantagens, como a separação entre sociedade e estado.

Em Habermas, como em Max Weber (2009, pp. 66-67) é fundamental a distinção entre comunidade (*Gemeinschaft*), o mundo da vida; e sociedade (*Gesellschaft*). Aparentemente não se sente confortável com a confusão entre comunidade (*Gemeinschaft*) e sociedade (*Gesellschaft*) pressuposta no modelo republicano. Prefere a solução liberal, que vê o Estado como um mal necessário, que tende a colonizar o mundo da vida. Assim, o confinamento do estado é condição para a manutenção do mundo desregulamentado da comunidade.

No modelo republicano o estado é mais tolerado porque é produto da solidariedade social e não dos conflitos de interesses.

A republicana Hannah Arendt lembra que na Grécia Antiga havia uma clara distinção entre o espaço doméstico, do *animal socialis*, e o espaço público, do *zoon politikon*.

Segundo o pensamento grego, a capacidade humana de organização política não apenas difere, mas é diretamente oposta à associação natural cujo centro é constituído pela casa (*oikia*) e pela família (Arendt, 2003, p. 33).

O homem como *animal socialis*, economicamente interessado, tinha como espaço privilegiado na Grécia Antiga o mundo das necessidades naturais, a esfera privada, e não difere muito dos demais seres da natureza. O homem animal político (*zoon politikon*), por sua vez, ambientava-se na esfera pública. Livre das necessidades econômicas, esse homem constituía as células que governavam o estado.

Na concepção de Hannah Arendt, a expansão do mercado, decorrência do desenvolvimento do capitalismo, tem como externalidade a diluição das fronteiras entre a esfera privada e a esfera pública. O governo da sociedade deixa de ser estruturado pela política, como pressupõe a democracia republicana, e passa a ser estruturado pelo mercado, como ocorre na democracia liberal.

A democracia republicana, se tomarmos como referência o pensamento de Hannah Arendt, tem como programa de ação a reposição das antigas fronteiras entre o privado e o público. Mais que isso: impõe a submissão do mecanismo do mercado à política.

O problema do modelo republicano é que se torna “dependente das virtudes de cidadãos voltados ao bem comum” (p. 284). Na verdade, Hannah Arendt e os demais preconizadores do modelo não conseguem ser convincentes quanto à sua realizabilidade (*feasibility*). Que força impulsionaria os indivíduos nessa marcha contra o mercado?

Habermas não aposta no engajamento voluntário dos cidadãos à política estruturada pelo bem comum, nem mesmo na possibilidade de o bem comum ser deduzido da conversação não estruturada entre os indivíduos. “O erro [do modelo republicano] reside em uma condução estritamente ética dos discursos políticos” (idem).

O pensador alemão aponta a existência de interesses desagregadores no seio da sociedade, que são imunes à solidariedade republicana, porque “de forma alguma são constitutivos da coletividade em geral (pp. 285-285).

A compensação desses interesses deve ser processada por negociações orientadas pela lógica partidária, mediante os tradicionais mecanismos estatais de coerção. “Negociações desse tipo certamente pressupõem uma disposição à cooperação” (p. 285), mas não podem ser resolvidas com abstração dos interesses conflituosos em jogo.

A chave do modelo deliberativo é, nesse diapasão, a introdução de “pressupostos e procedimentos que precisam, eles mesmos, de uma justificação racional e até mesmo normativa sob o ponto de vista da justiça” (idem).

Logo, haveria dois mecanismos complementares a operar a integração social. O principal seria o auto-entendimento mútuo de caráter ético, extraído do modelo republicano. O segundo, de caráter suplementar, seguiria a lógica liberal da negociação, mas com mediação do Direito e da moral.

Portanto, o modelo deliberativo pressupõe a solidariedade política como fonte primária de integração social, mas admite questões residuais conflitivas, que só se resolvem por meio de transações e de outros institutos do modelo liberal.

Habermas concede, então, que há poderes conflitivos que concorrem com o poder político geral que funda a sociedade. Esses poderes precisam ser compensados por meio de deliberações presididas por critérios racionais e morais, que tenham fundamento de validade último no poder político geral.

Michelman aponta um paradoxo na concepção de democracia deliberativa habermasiana:

Habermasian validity, in short, requires the presence on the scene of individuals already constituted by fundamental laws as free and equal; yet only they can validly decide what content is required for the fundamental laws that thus constitute them<sup>8</sup> (Michelman, 1996).

<sup>8</sup> A validade habermasiana, em resumo, requer a presença em cena de indivíduos já constituídos por leis fundamentais como livres e iguais; todavia apenas eles podem validamente decidir que conteúdo é requerido para leis fundamentais que dessa forma os constitui (tradução livre do autor).

Esse paradoxo, como o próprio Michelman indica, pode ser solucionado pelo mecanismo da jurisdição constitucional. Nesse ponto, quero retornar ao julgamento da ADPF 187.

#### IV. ADPF 187 e democracia deliberativa

No julgamento da ADPF, o relator Celso de Melo tomou como referência o modelo de democracia liberal. Essa filiação fica clara na seguinte passagem de seu voto:

*A livre circulação de idéias*, portanto, representa um signo inerente às formações democráticas que convivem com a diversidade, *vale dizer*, com pensamentos antagônicos que se contrapõem, *em permanente movimento dialético*, a padrões, convicções e opiniões que exprimem, *em dado momento histórico-cultural*, o “*mainstream*”, ou seja, *a corrente dominante* em determinada sociedade (p. 57).

Poderia ter-se estribado no valor das reuniões públicas como ritos para avivamento do pacto republicano, o que colocaria em evidência o modelo de democracia republicano; ou ter destacado a importância das reuniões públicas como procedimentos discursivos, na chave da democracia deliberativa. Em vez disso, o voto trouxe como lastro constitucional referência a vetustos princípios liberais.

Ao subsumir o direito de reunião (direito de perfil social) à liberdade de expressão (direito de perfil individual), o relator revela sua adesão a um tipo de democracia mais superficial, de corte subjetivista, individualista, enfim, liberal.

A decisão tutela, fundamentalmente, o indivíduo que precisa se expressar na esfera pública, e não as liberdades positivas de agrupamentos sociais ou a própria esfera pública, como *locus privilegiado* da política.

A fundamentação e a própria decisão seriam mais ricas, a meu juízo, se sinalizassem uma aproximação maior da corte com a democracia deliberativa. O STF poderia ter-se apresentado como guardião das condições procedimentais para formação intensivamente democrática da vontade do Estado.

Certamente, essa aproximação é incompatível com a decisão, que, grosso modo, significou que o direito de reunião como instrumento da liberdade de expressão, na medida em que não configurar em si e diretamente uma conduta antijurídica, é absoluto.

Claro que seria muito pior a decisão diametralmente antagônica, que proscrevesse qualquer manifestação pública a favor da descriminalização de determinada conduta (como também a favor da criminalização de outras).

O melhor seria uma decisão aristotélica que impusesse mínimas restrições ao direito de reunião para tutelar bem jurídicos mais sensíveis, valores mais profundos da comunidade, dentro de uma lógica republicana.

Obviamente, a evolução da jurisprudência do tribunal no sentido discursivo implicará mais *self-restraint* em sua própria atuação, de forma que a jurisdição constitucional não obstrua, como por vezes o faz, a formação de consensos sobrepostos na esfera pública, mas valha-se desses consensos para se reforçar em legitimidade.

Nem sempre será possível à corte, de natureza contra majoritária, decidir na direção desses consensos. Penso que é defensável, porém, que as decisões do STF em sede de jurisdição constitucional estejam, sempre que possível, referenciadas na necessidade de se assegurarem as condições procedimentais do debate público.

À primeira vista, pode essa solução parecer assaz minimalizadora, mas como o ser humano apto a participar do debate público precisa estar plenamente desenvolvido em todas as suas potencialidades, como guardião, sobretudo, das referidas condições o tribunal poderia salvaguardar, direta ou indiretamente, direitos econômicos, sociais, trabalhistas e muitos outros que tenham como pressuposto a dignidade humana.

Esses procedimentos demandam acerto jurídico que extrapolam a dimensão das formalidades. E a intervenção do tribunal poderia se intensificar ou restringir conforme a menor ou maior efetividade do processo deliberativo parlamentar.

Com essa solução, afastar-se-ia o risco de as grandes questões de interesse público serem sempre arbitradas pela instância jurisdicional, com ameaça de atrofiamento da comunidade integrada discursivamente.

Os cidadãos poderiam perceber como desincentivo aos debates a constatação de que, qualquer que seja sua opinião sobre a matéria, esta será sempre deliberada por um órgão jurisdicional de cúpula, cujos procedimentos, em última instância, não são estruturados discursivamente, mas normativamente.

Em vez de atuar sempre avocando para si tais deliberações, o tribunal poderia se conduzir de forma a franquear aos cidadãos canais alternativos ao mecanismo

parlamentar, de maneira a aperfeiçoar o funcionamento da democracia. A experiência concreta nos debates públicos, como acentuam os comunitaristas, é indispensável à democratização da sociedade.

A realização de audiências públicas no Supremo Tribunal e a ampliação do papel do *amicus curiae* são medidas que estão em consonância com essa bem-vinda evolução.

## V. Bibliografia

ARENDDT, Hannah. *A Condição Humana*. 10<sup>a</sup> ed. Trad. Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: UNESP, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *Três Modelos Normativos de Democracia*. In: *A Inclusão do Outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002. pp.277-292.

MICHELMAN, F. *Political Truth and the Rule of Law*. *Tel Aviv University Studies in Law*, n. 8, 1988.

Michelman, Frank, 1996. 'Democracy and Positive Liberty', pp.1-10, *Boston Review*: vol. 21, no.5: Michigan State University Press.

PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. O poder judiciário: homenagem aos 200 anos da independência do poder judiciário brasileiro. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Porto Alegre, RS, v. 73, n. 4, p. 17-34, out./dez. 2007.

TOCQUEVILLE, Aléxis de. *A democracia na América*. Tradução, prefácio e notas: Neil Ribeiro da Silva. 2. ed. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Edusp, 1998.

WEBER, Max. *Conceitos sociológicos fundamentais*. Trad. Arthur Morão. Lisboa: Edições 70, 1989.

*Artigo recebido em 24 de outubro de 2011.*

*Artigo aceito para publicação em 22 de dezembro de 2011.*