MANIFESTANTES DESSUJEITADOS: A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL CONTRA OS CONSTRANGIMENTOS NORMALIZADORES DO PRÓPRIO ESTADO.

UNBOUND PROTESTERS: THE CONSTITUTIONAL JURISDICTION AGAINST THE REGULATORY CONSTRAINTS OF THE STATE ITSELF.

RESUMO: O Supremo Tribunal Federal (STF) declarou que manifestações favoráveis à descriminalização ou legalização do uso de qualquer substância entorpecente em eventos públicos não configuram apologia de crime (ADPF 187), nem instigação ao uso indevido de drogas (ADI 4274). O fato da maioria da população brasileira se manifestar contrária à legalização do uso da maconha revela a potência normalizadora (disciplinar/biopolítica) da sociedade contemporânea, e demonstra que o direito e norma nem sempre estão imbricados no plano das práticas. No plano dos direitos fundamentais, o direito pode emancipar o sujeito dos constrangimentos normalizadores do próprio Estado. A reflexão sobre o desenvolvimento da democracia constitucional demonstra que a tensão entre constitucionalismo e democracia que se desenvolve no Estado Democrático de Direito brasileiro não decorre tanto do atual estágio democrático, mas do incremento na proteção dos direitos fundamentais que se desenvolve na função contramajoritária da jurisdição constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: LIBERDADE. NORMALIZAÇÃO. DIREITO. ESTADO.

ABSTRACT: The *Supremo Tribunal Federal (STF)* has declared that demonstrations in favor of the decriminalization or legalization of any narcotic substance use at public events constitute neither condoning crime (*ADPF 187*), nor incitement to drug abuse (*ADI 4274*). The fact that points most of the Brazilian population to be against the legalization of marijuana shows the normalizing (disciplinary/biopolitical) power of the contemporary society, and demonstrates that the law and norm are not always imbricated in terms of practices. In terms of fundamental rights, the law can emancipate the subject from normalizing constraints of the state itself. The reflection on the development of constitutional democracy demonstrates that the tension between constitutionalism and democracy which is developed in a democratic state does not follow as much the Brazilian current democratic stage, but the increase in the fundamental rights protection developed in the function against majority of the constitutional jurisdiction.

KEY WORDS: FREEDOM. NORMALIZATION. LAW. STATE.

*“Talvez o mundo não seja pequeno
Nem seja a vida um fato consumado
Quero inventar o meu próprio pecado
Quero morrer do meu próprio veneno
Quero perder de vez tua cabeça
Minha cabeça perder teu juízo
Quero cheirar fumaça de óleo diesel
Me embriagar até que alguém me esqueça.”
(Chico Buarque e Gilberto Gil)*

Luciano Machado de Souza*

INTRODUÇÃO

Analisando “*O Poder entre o Direito e a “Norma”: Foucault e Deleuze na Teoria do Estado*”, Ricardo Marcelo Fonseca sustenta que a melhor leitura do legado foucaultiano não revela incompatibilidade entre o direito (o poder do Estado) e as normas (disciplinas e biopoder): “Assim, entre ‘norma’ e direito não há *incompatibilidade*, mas sim *diferença* e, eventualmente, até mesmo *implicação*” (2004, p. 276). Nesse sentido, destaca a explicação da relação que Marcio Alves da Fonseca faz dos mundos “normativo” e “jurídico” na obra de Foucault, cuja contraposição do “plano conceitual” (que possibilita demarcação das estratégias de normalização diante da lei) não se revela no “plano das práticas” (no qual ambos atuam de modo imbricado). Mas, adverte:

Aceitamos as ponderações desse autor – lastreadas num competente e completo trabalho que incluiu até mesmo todos os cursos inéditos de Foucault no *Collège de France* – apenas com um necessário esclarecimento: como dito logo a seguir, nem sempre (embora frequentemente) o direito e a norma atuam imbricados no plano das práticas. Existem circunstâncias em que o direito atua independentemente da norma (como existem circunstâncias em que a norma atua independentemente do direito). Por exemplo, o Direito do Trabalho, eventualmente, ao estabelecer limites à ‘subordinação jurídica’ do patrão, pode assumir um caráter de sujeição dos trabalhadores, como o Direito Constitucional, ao estabelecer normas e princípios que envolvem direitos fundamentais, pode também cumprir uma função de emancipação diante de constrangimentos normalizadores levados a efeito pelo próprio Estado. (FONSECA, 2004, p. 277, nota de rodapé nº 48).

* Mestre e Doutorando em Direito do Estado pela UFPR (Orientador: Prof. Dr. Fabricio Ricardo de Limas Tomio). Professor na Faculdade de Ciências Sociais de Cascavel (UNIVEL) e na Escola da Magistratura do Paraná (EMAP) - Núcleo de Cascavel. Promotor de Justiça em Cascavel-PR.

Essa potência emancipatória atribuída ao plano constitucional revela um ângulo do poder do Estado (o direito) que pode garantir autonomia (liberdade) ao “sujeito real, de carne e osso” (FONSECA, 2004, p. 280) tão “disciplinado”, “controlado” ou “normalizado” na sociedade contemporânea, conforme já anunciavam Foucault, Deleuze e também Agamben.

Aceitar a provocação de Agamben sobre a contemporaneidade¹ implica enxergar nas sombras da complexa articulação das estruturas totalizadoras a possibilidade do Estado-Juiz exercer o poder para proteger o “sujeito real” das formas de controle e sujeição à qual está submetido, aproveitando-se das próprias ferramentas do paradigma dominante.

Sair da inércia, e pensar o poder para além do Estado – conforme instiga Fonseca (2004, p. 280) –, impõe que o jurista contemporâneo perceba os escuros dentro das luzes ofuscantes do próprio tempo, como instrumento de rompimento e (concomitantemente) ligação da própria época (AGAMBEM, 2009, p. 61).

Ou, como sugere Boaventura de Sousa Santos, implica “des-pensar” o direito em ambiente de “desconstrução total, mas não niilista, e uma reconstrução descontínua, mas não arbitrária” (SANTOS, 2009, p. 186); liberto da indolência e compromissado com a experiência², o jurista pode contribuir para a emergência da subjetividade “capaz de explorar, e de querer explorar, as possibilidades emancipatórias da transição paradigmática”:

Tal é a subjectividade emergente: por um lado, tem de se conhecer a si mesma e ao mundo através do conhecimento-emancipação, recorrendo a uma retórica dialógica e a uma lógica emancipatória; por outro lado, tem de ser capaz de conceber e desejar alternativas sociais assentes na transformação das relações de poder em relações de autoridade partilhada e na transformação dos ordens jurídicos despóticos em ordens jurídicos democráticos. Em suma, há que se inventar uma subjectividade constituída pelo *topos* de um conhecimento prudente para uma vida decente. (SANTOS, p. 345).

¹ Ei-la “*Isso* significa que o contemporâneo não é apenas aquele que, percebendo o escuro do presente, nele aprende a resoluta luz; é também aquele que, dividindo e interpolando o tempo, está à altura de transformá-lo e colocá-lo em relação com os outros tempos, de nele ler de modo inédito a história, de “citá-la” segundo uma necessidade que não provém de maneira nenhuma do seu arbítrio, mas de uma exigência à qual ele não pode responder. É como se aquela invisível luz, que é o escuro do presente, projetasse a sua sombra sobre o passado, e este, tocado por esse facho de sombra, adquirisse a capacidade de responder às trevas do agora.” (AGAMBEM, 2009, p. 72).

² Nas palavras do autor: “Neste volume, a razão criticada é uma razão cuja indolência ocorre por duas vias aparentemente contraditórias: a razão inerte perante a necessidade que só ela pode imaginar como lhe sendo exterior; a razão displicente que não sente necessidade de se exercitar por se imaginar incondicionalmente livre e, portanto, livre da necessidade de provar a sua liberdade. Bloqueada pela impotência auto-inflingida e pela displicência, a experiência da razão indolente é uma experiência limitada, tão limitada quanto a experiência do mundo que procura fundar. É por isso que a crítica da razão indolente é também uma denúncia do desperdício da experiência. Numa fase de transição paradigmática, os limites da experiência fundada na razão indolente são particularmente grandes, sendo correspondentemente maior o desperdício da experiência. É que a experiência limitada ao paradigma dominante não pode deixar de ser uma experiência limitada deste último.” (SANTOS, 2009, p. 42)

Vislumbrando que a complexa ruptura-ligadora ou desconstrução-reconstrutiva não dispensa liberdade de manifestação/expressão e reunião, este trabalho objetiva demonstrar que, na proteção desses direitos fundamentais, a jurisdição constitucional só pode ser emancipatória, sem qualquer função “normalizadora”.

O desenvolvimento da democracia constitucional, sob as lentes de Pietro Costa, permitirá colocar os julgamentos da arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 187 (ADPF 187) e da ação direta de inconstitucionalidade nº 4274 (ADI 4274) como paradigmas para um constitucionalismo capaz de desobstruir os canais de manifestação afetados pelo poder regulamentador do Estado.

1 DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL, OU ESTADO DEMOCRÁTICO-CONSTITUCIONAL: UMA LEITURA DE PIETRO COSTA.

Conrado Hübner Mendes (2008, p. 3) define a Constituição do liberalismo como “um texto normativo” destinado à proteção da autonomia individual das “ingerências externas”, no qual não podem faltar a separação de poderes e o elenco dos direitos individuais que conformam a cidadania. A junção desses requisitos com o sufrágio universal e o sistema representativo viabiliza a democracia constitucional, na qual o Parlamento é responsável pela elaboração das leis (segundo vontade da maioria) que marca o Estado de Direito. Tal atividade parlamentar, contudo, está sujeita ao controle de constitucionalidade confiado ao Poder Judiciário, que alimenta o debate sobre a “última palavra” nas controvérsias estruturais do sistema político. Destacando as dificuldades da teoria jurídica no enfrentamento do desconforto institucional causado pela limitação da potência da maioria, reconhece necessidade de enfrentamento do tema pela teoria política:

Controle jurisdicional de constitucionalidade e supremacia da Constituição (ou proteção dos direitos fundamentais) passaram a ser vistos como interdependentes, faces de uma mesma moeda. Essa foi a operação conceitual mais bem-sucedida da teoria constitucional contemporânea. Em síntese, pode-se ordenar logicamente esse conhecido argumento nos seguintes passos: a catarse democrática não poderia colocar direitos fundamentais em risco; a rigidez constitucional é justificada como um anteparo que arrefece os ânimos do legislador e garante a estabilidade e a justiça substantiva da própria democracia; assim, tais direitos ficam imunes ao capricho da maioria. (MENDES, p. 13).

Para Pietro Costa (2010, p. 241 et seq.), o problema da relação entre “democracia política” e “Estado constitucional” (disjunção de “democracia constitucional”) remete ao

clima histórico do segundo pós-guerra, no qual o colapso dos regimes totalitários permitiu a emergência de um “novo constitucionalismo”, com uma democracia compromissada com os direitos fundamentais que devem ser tutelados pelo “Estado democrático-constitucional”, que não pode descurar da soberania popular (*demos*). Questionando-se sobre o sentido e a densidade das tensões que caracterizavam as relações entre os componentes originários da expressão “democracia constitucional”, Costa aponta tradições histórico-culturais que permitiram a formulação do conceito.

Nessa empreitada, destaca que a palavra “democracia” percorre a cultura ocidental desde a Grécia antiga, mas o sentido positivo que lhe foi atribuído planetariamente é recente, posto que por muito tempo era atrelado ao regime desequilibrado no qual muitos (pobres) predominavam sobre poucos (ricos) e que superou o governo “misto” que combinava a supremacia de “poucos” com a exigência de “muitos”, ao qual se creditava o controle da massa anárquica e irracional (*multitudo bestialis*) insubmissa a vínculos e ordem (*plebs*). Atribuindo a Marsílio di Padova a leitura alternativa da *Política* (Aristóteles) que possibilitou afirmar a superioridade dos “muitos” e a lei como emanção do legislador (povo inteiro), destaca que o povo daquele tempo (de Marsílio) não significava a soma de iguais que os modernos associaram à democracia, mas “uma entidade coletiva internamente diferenciada e estruturada”.

Depois, a democracia dos modernos pressupunha o protagonismo do sujeito que alcança e compromete toda a cultura político-jurídica dos seis-setecentos. O nascedouro da democracia moderna não é a forma de governo, mas o próprio processo de fundação da ordem política, desde uma antropologia individualística (do sujeito!). “A ideia de autogoverno de um povo composto de indivíduos livres e iguais” é o traço característico da democracia moderna, teorizado por Rousseau no processo de fundação da ordem política. Tal soberania é plena e incondicionada: “o soberano, pelo simples fato de ser, é sempre tudo aquilo que deve ser”. Porém, o indivíduo não menos que o soberano e os direitos civis (antes naturais) ganham a “exigibilidade” da qual eram desprovidos. A onipotência do povo soberano e o pertencimento do singular ao corpo político torna cada indivíduo, ao mesmo tempo, súdito e cidadão³.

³ Fioravanti (2009, p. 62, tradução nossa) destaca a diferença de concepção da soberania nos arranjos americano e europeu-continental: “Há um ponto de vista a partir do qual é possível reassumir toda matéria até aqui examinada e que é comum a dois aspectos considerados da supremacia da constituição e da cidadania. Trata-se do princípio de soberania que é, certamente, representado como o princípio do modelo constitucional europeu-continental. É o princípio que impõe uma concessão monística da vontade popular, sempre igual a si mesma. É este o mesmo princípio que impede de levar em consideração aquilo que se refere à cidadania, a hipótese da coexistência constitucionalmente regulada, de uma pluralidade de membros. Do modelo constitucional da

Os direitos entraram na modernidade através do paradigma jusnaturalista de Hugo Grotius: um conjunto de prerrogativas ligadas à esfera essencial e intangível (o *proprium*) de cada indivíduo (vida, liberdade, honra). Locke tratou desse *property* como direito e liberdade de autoconservação, de apropriação das coisas externas pelo trabalho, de transformação do mundo e multiplicação de bens. Essa “liberdade-propriedade” lockeana serve como expressão jurídica da subjetividade e, concomitantemente, como base da ordem social e condição de legitimidade do esquema político-jurídico: “legítimo enquanto respeitoso dos direitos naturais de liberdade-propriedade, e funcional à sua tutela e ao seu respeito”. A *common law*, como ordem normativa contínua e imemoriável que prevalecia sobre a vontade do rei, era outro instrumento protetivo dos direitos desde a fundação do constitucionalismo inglês pelo Lord Coke. Liberdade e propriedade como prerrogativas essenciais e irrenunciáveis do indivíduo e, ao mesmo tempo, como base da ordem racional, era a expressão de direitos da cultura jusnaturalista que encontra a revolução francesa, inaugurada simbolicamente com uma “Declaração de direitos” (ato de reconhecimento e declaração dos direitos que a própria natureza atribuiu aos homens) que estrutura basicamente a nova ordem (a partir da liberdade e da propriedade).

Democracia e direitos se cruzaram na modernidade: o poder constituinte torna o povo (soma de sujeitos juridicamente iguais) titular da soberania e os direitos naturais fundamentaram a nova ordem; poder constituinte, constituição e direitos fundamentais (denominados “civis”) se relacionavam em estreita complementaridade: “a sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinadas, não tem Constituição” (Declaração de direitos de 1789). Só seria Constituição o documento que estruturasse a ordem ao redor dos direitos fundamentais dos sujeitos. Essa circunstância permitia afirmar relação de continuidade entre o constitucionalismo do fim do século XVIII e aquele da segunda metade do século XX, remontando às revoluções americana e francesa a síntese do Estado “democrático-constitucional”.

O quadro revolucionário se complica quando se considera a forte tensão que decorria da coexistência (contraditória) dos “absolutos” soberania do povo e direitos fundamentais dos sujeitos, e se agrava com a entrada em cena dos direitos políticos (liberdade-participação) que rompem com a tradicional dependência da liberdade-propriedade. As divergentes

experiência americana, pela falta do princípio de soberania peculiar no modelo europeu-continental, essa mesma hipótese da coexistência torna-se praticável no plano da cidadania, assim como, pelo mesmo motivo, pelo plano da constituição como norma jurídica, torna-se possível a supremacia da constituição, justamente porque o povo não é sempre soberano, mas é, às vezes, e só às vezes, gerador da constituição e às vezes, ao contrário, com bastante frequência, e de uma forma diferente, simplesmente gerador da concepção política, e de legisladores de tempos em tempos legitimados, mas sempre no interior da constituição já dada.”

interpretações das igualdades políticas já indicavam as dificuldades de conciliação “democrática” da soberania popular com os direitos fundamentais – ambos absolutos! A derivação despótica da revolução francesa (o jacobinismo) demonstrou a força e o perigo do poder no confronto com os direitos individuais, destacando contrastes entre os direitos civis (que fundavam a ordem político social) e o poder necessário para manutenção da ordem (tendente ao despotismo e à prevaricação). Defender os direitos do poder significava defender a liberdade e a igualdade, ideais revolucionários representativos de civilidade. A igualdade, porém, devia ficar precisamente limitada: “coincide com a igual capacidade de se tornar titular de direitos e não deve ter relação com o nivelamento das diferenças políticas e econômico-sociais”. Só a igualdade “jurídica” era compatível com a liberdade. Se, contudo, a igualdade servisse para atribuição de direitos políticos para todos os sujeitos, a compatibilidade com a liberdade-propriedade vira problema: a igualdade do direito de voto colocaria não proprietários no parlamento, possíveis destruidores da liberdade-propriedade “da qual dependem os destinos progressivos da civilidade moderna”. “A democracia, enquanto forma de igualdade política dos sujeitos, é incompatível com a liberdade”; a igualdade radical inviabiliza a estabilidade e legitimidade da ordem centrada na liberdade e propriedade. Não basta que o poder seja “popular” para ser “bom”, posto que a maioria pode se tornar tirânica afetando direitos fundamentais dos indivíduos. A democracia que impõe igualdade indiscriminada, dando poder aos privados de “qualidade” (propriedade), ameaça os direitos fundamentais e subverte os direitos; o poder do *demos* é tirania da maioria!

No plano jurídico, a herança do *common law* possibilitou aos estadunidenses confiarem ao Poder Judiciário a tutela dos direitos fundamentais, sem ofensa do princípio da soberania popular. Na Europa continental, porém foi o desenvolvimento do “Estado de direito” que enfrentou a tensão, afetado pela centralidade do Estado-nação e da soberania que encontrava na lei a expressão mais elevada⁴. Também pelo declínio da doutrina jusnaturalista, devido à emergência do positivismo jurídico, do historicismo e da sociologia, que contribuiu

⁴ Novamente, oportuno o contraponto de Fioravanti (2009, p. 55, tradução nossa): “No fundo, esta é a maior diferença em relação à Revolução Francesa. Quando, nesta última, de acordo com uma lógica *hobbessiana*, classicamente monística, há apenas uma vontade popular, que funda indistintamente a autoridade da lei e da constituição de tal modo que a relação normativa entre uma e outra resulta como uma problemática porque se coloca entre duas fontes dignas, no caso americano o modelo tem uma estruturação dualística, porque o sujeito povo tem duas vontades distintas: de um lado a constituinte, que funda a supremacia da constituição e do outro lado a política mais contingente, que algumas vezes determina um único legislador como expressão de uma única maioria. Tem uma marca do *Federalist* neste senso, aquele no qual se convida a não confiar no legislador, que imagina ser o povo em si. É evidente que no ‘modelo’ que estamos nos ocupando, nenhum poder pode render-se a tais fantasias, uma vez que o povo em si, como citado anteriormente, só pode existir pelos meios da constituição: a sua soberania se identifica com a supremacia da constituição. Outra coisa, menor e subordinada é a vontade do povo constituída de um parlamento e de uma maioria.”

para o enfraquecimento dos direitos no sistema político-jurídico; os direitos não figuravam como resultado de uma ordem extra ou metaestatal, mas gravitavam na órbita do Estado. Desde as formulações de autolimitação do Estado (Jhering e Jellinek), o controle jurisdicional possibilitou a tutela das prerrogativas dos sujeitos, interpondo-se entre o poder absoluto do soberano e as pretensões individuais; a norma (direito objetivo) vinculava o soberano que ficava sujeito à verificação jurisdicional (imparcial) de defesa dos sujeitos contra o arbítrio. O arranjo, contudo, não permitia a plena superação da tensão inicial, posto que o Estado poderia se desvincular da autolimitação e, também, suspender arbitrariamente o direito produzido internamente. Outro problema é que só a função administrativa estatal restava submetida ao direito, e não o Estado como totalidade e síntese de poderes - especialmente a legislação (expressão absoluta da soberania).

Esse paradigma estatalista foi abalado pela demonstração kelseniana de que o Estado não era ente real (“não era”), mas um aparelho normativo (plano do dever ser): “Estado e direito coincidem”. A ideia de lei como expressão da soberania ficava superada pela gradualidade organizacional das normas, dotadas de mesma natureza e grau de generalidade. Essa concepção dinâmica do ordenamento permitia a visualização das normas “individuais” que “aplicam” a lei, que não está mais no vértice do sistema: mas a norma constitucional, uma norma superior. O controle jurisdicional de conformidade da lei com a constituição (controle de constitucionalidade) restava viabilizado. No Estado de direito constitucional, a lei como expressão da soberania parlamentar ficava sujeita ao controle do órgão judiciário, e as maiorias parlamentares perdiam a periculosidade potencial.

O primado da lei sobre o poder e a possibilidade de se confiar o controle da atividade legislativa a um órgão judiciário afastavam a degeneração tirânica. Proteção de minorias era o significado de democracia para Kelsen, que introduziu a qualificação da maioria (quórum) para provimentos ameaçadores das minorias ou dos direitos fundamentais e previu a instituição de corte constitucional para controle da atividade legislativa (inclusive). A exclusão da possibilidade de reconhecimento de direitos (jurnaturalistas) que não estivessem no ordenamento e a possibilidade da maioria qualificada exigida poder alterar a constituição livremente recolocaram a tensão entre democracia e direitos num patamar mais elevado. Por isso Kaufmann já sugeria a imposição de limites substantivos (não apenas formais) às assembleias parlamentares, inspirado na “objetividade” de Hariou, que via nos direitos complexidade institucional suficiente de conter e condicionar o poder estatal, tão radicalizado e subversivo do princípio majoritário e do paradigma da democracia na Alemanha e na Itália dos 1930. A terrível força do poder, a fragilidade do indivíduo e a inadequação das

salvaguardas que decorriam daqueles sistemas orientaram a elaboração das cartas constitucionais europeias após a queda dos regimes totalitários na segunda metade do século passado. Contra o aniquilamento totalitário da autonomia individual, a cultura jurídica convicta da interdependência da democracia e dos direitos centrava o ordenamento na pessoa, atribuindo a todos os cidadãos iguais direitos (civis, políticos e sociais) para completa realização humana. Esse papel estratégico revelava alternativa ao totalitarismo e resistência contra involuções despóticas. O afastamento dos direitos da órbita estatal, que não tinha ocorrido nos oitocentos, impunha o “renascimento” do direito natural como “neo-jusnaturalismo” ou “jusnaturalismo em sentido amplo” capazes de afirmar o nexo imediato entre a pessoa e os direitos: o caráter originário dos direitos, a dependência do Estado e a proposição como critério de legitimidade.

Superado o formalismo kelseniano, o constitucionalismo voltou a enfrentar o problema dos princípios e dos direitos fundamentais: reivindicar caráter meta ou transestatal ou torná-los imodificáveis? Posicionados sobre “fundamentos infundados”, os princípios e direitos fundamentais do neoconstitucionalismo novecentista escapavam da contraposição entre jusnaturalismo e juspositivismo, como estruturas que fundam e dão sentido à ordem jurídico-positiva, desenvolvendo função dinâmica que imprime movimento ao sistema (não apenas fechamento!); desenvolvem-se como direitos positivos previstos constitucionalmente, introduzindo de dentro do ordenamento tensão entre “aquilo que é e aquilo que (ainda) não é mas deveria ser”, como denúncia da ordem existente e promessa de ordem futura diferente. Em resistência ao princípio majoritário, também regra constitutiva dos novos ordenamentos, Costa cita as cláusulas imutáveis da constituição italiana como proteção do poder constituinte originário às regras essenciais subtraídas da ação do revisor que, limitado material e formalmente, não está legitimado a subverter os elementos caracterizadores do ambiente sociojurídico ao qual pertencem. Dessa forma, o constitucionalismo resguarda os princípios e direitos fundamentais do decisionismo do poder que, embora legitimado para a revisão, fica afastado do âmbito do “não decidível” (Ferrajoli). Juridicamente incontrolável, o poder constituinte que concentra absoluta liberdade criativa e destrutiva (*demos*), inclusive para agir (revolucionariamente) contra a ordem constitucional existente, a tensão entre democracia e constitucionalismo se recoloca como dilema fundamental.

Vislumbrando que o princípio majoritário do radicalismo “voluntarista” (do povo rousseauiano!) não ameaçava a liberdade e os direitos fundamentais nos novecentos, como temia Hayek, Costa sustenta que tal situação não ocorreu no constitucionalismo do pós-guerra porque a imagem de “democracia rousseauiana” não resistiu às críticas análises

empíricas, realísticas e livres de ideologia que se seguiram. Para Kelsen, a autodeterminação do povo era ilusória porque a decisão não emanava do “todos” ou dos “muitos”, mas dos “poucos” membros das “elites”; a lógica elitista que caracterizava o sistema político continuou com os partidos (novas organizações de massa) que mudaram o quadro da representação nos oitocentos: “o mecanismo democrático-representativo é, assim, apenas uma simulação litigante: não dá voz ao povo soberano”. Para Schumpeter, a visão realista da democracia impede a “vontade do povo” de ser o “motor efetivo” do processo político porque, embora se legitime adequadamente na possibilidade de cada indivíduo poder decidir, não é o poder do *demos*: “é uma arena onde se desenvolve uma (regulamentada) competição entre líderes rivais, que não tanto exprimem a "vontade do povo", quanto a "constroem", induzem-na, com técnicas não muito diversas daquelas, empregadas pelos publicitários, influenciando profundamente as inclinações dos eleitores. A concorrência entre políticos parece, em certa medida, semelhante à “concorrência entre empresários empenhados a disputar uma ou outra categoria de consumidores”. Não há um interesse geral capaz de exprimir a vontade geral rousseauiana; não há uma entidade coletiva coesa e unitária, mas uma constelação de grupos sociais.

Nessa linha schumpeteriana, Robert Dahl teoriza sobre o caráter plural da democracia, na qual “o poder é difuso e fragmentado entre uma pluralidade de grupos que influenciam de maneiras diversas o processo decisional complexo”; essa interação de grupos e forças possibilita que o conflito de interesses em competição determine a distribuição do poder e o funcionamento do sistema político. “A democracia não é o poder de um *demos* unitário: é a interação entre grupos e poderes diversos, é uma poliarquia”, permitindo um círculo virtuoso do poder com a liberdade, e viabilizando o governo das minorias. É com esse paradigma “pluralístico” de democracia que o constitucionalismo do segundo pós-guerra (no plano histórico-cultural) sintoniza. O produto dessa competição regulada de múltiplas forças livremente interagentes é a “constituição material”, na qual se formalizam os princípios e direitos fundamentais. A democracia deixa de ser ameaça à ordem constitucional que, por outro lado, não aprisiona a vontade popular que pode construir a própria ordem a cada geração: “Na síntese do Estado democrático-constitucional, a democracia reconduz ao pluralismo dos grupos e das forças políticas e inclui uma série de dispositivos que favorecem a seleção e o recâmbio da classe política.” (2009, p. 271).

Porém, a ideia do *demos* que se resolve nos sujeitos, feitos centro de gravitação do ordenamento que lhes confere múltiplos direitos fundamentais interrelacionados, não é totalmente superada, justamente porque entre os direitos garantidos estão aqueles políticos,

garantes de participação. A dimensão consensual e participativa, portanto, não pode negligenciar tais símbolos legitimadores. Essa democracia multifacetada e plural, instrumento de seleção e recâmbio da classe política, espaço da participação política dos sujeitos, parece se fundir com o constitucionalismo, dando conta da tensão entre poder e direito. Porém, e no plano interno de cada ordenamento, a superioridade dos grupos mais fortes e organizados da ordem poliárquica afeta a igualdade de participação.

Afastado o problema do plano externo (arena transnacional), renova-se a incumbência dos órgãos jurisdicionais guardarem “o direito e os direitos”. A ideia do juiz imparcial e objetivo que defende a ordem dos abusos do príncipe já não resiste à tradição hermenêutica, e reclama enfrentamento da questão da legitimação. Se o caráter valorativo e político da atividade de interpretação-aplicação do direito transforma o juiz em protagonista de diretrizes políticas (*policies*) cada vez mais fortes e amplas e, não há como subtraí-lo da lógica democrática (participação e consenso) sem prejuízo da arguição de ilegitimidade e da afetação da própria democracia. Por outro lado, o sistema representativo (último bastião da lógica democrática) também se ressentido de problemas. A representação se credita do valor participativo que lhe é atribuído tradicionalmente ou sofre com o desgaste provocado pelos meios de comunicação de massa na autonomia decisional dos sujeitos, ou com o caráter autorrefencial do sistema político? Se o problema da legitimação dos órgãos judiciais e a qualidade da participação não forem relevantes, a tensão entre poder e direitos, entre constitucionalismo e democracia restou resolvida. Mas, também é possível dizer que a democracia “parece ter renunciado ao sonho” de reconduzir o mundo à medida dos sujeitos que continua declarando a centralidade.

Refletindo sobre o poder de “errar por último” concedido ao Supremo Tribunal Federal (STF) pelo constituinte de 1988, mas sem “idealizar” o Parlamento ou insistir na perspectiva purista da democracia representativa que tem o legislador como encarnação da “soberania popular” ou da “vontade do povo”, Conrado Mendes também questiona o ideal democrático, incitando o debate jurídico e institucional:

A democracia, ao tentar proteger-se de si mesma por meio de rígidos nós constitucionais, corre o risco de deixar de sê-la no que tem de mais ambicioso e instigante: a realização do ideal de participação política plena e igualitária. Não há provas de que a sua busca seja imprudente ou indesejável. O argumento normativo não o fez. O argumento histórico é insatisfatório. (MENDES, 2008, p.195).

Não obstante as críticas ao sistema, vislumbra-se que a jurisdição constitucional

contemporânea já demonstrou que pode servir a democracia, sem necessariamente servir à maioria. A desobstrução do espaço público para as manifestações populares valoriza a função contramajoritária do STF em favor da minoria (parte do soberano!), dessujeita vozes constringidas e emancipa a *res publica*.

2 ADPF 187 e ADI 4274: “É PROIBIDO PROIBIR”!

Refletir sobre a possibilidade de a jurisdição constitucional proteger um “sujeito de direito” que seja, concomitantemente, um “sujeito real” dos instrumentos de controle e sujeição do próprio Estado é uma forma de garantir liberdade para o indivíduo participar do desenvolvimento de alternativas para a dominação em ambiente político com canais discursivos desobstruídos, quiçá motivado pela insurreição dos “saberes sujeitados” ou “saber das pessoas” dos quais falava Foucault (1999, p. 11-12). Para tanto, vislumbra-se didático utilizar a história de um sujeito “de carne e osso” que poderia estar em qualquer lugar do Brasil na última metade de século. O exercício se beneficiará com a radicalização da condição de um tipo muito propenso à atuação do direito e das “normas”, dos dispositivos “disciplinares” ou “de controle”.

Imagine-se um “sujeito fictício” (mas de carne e osso!) nascido em 13 de dezembro de 1968, sem pai registrado, cuja mãe era neta de escravos, militante feminista e cuja renda lhe garantia a classificação de “classe baixa”. Estudante e aprendiz numa fábrica (graças à “Guarda Mirim”), e confuso quanto à própria orientação sexual, no dia 16 de abril de 1984 experimentou maconha na Praça da Sé (em São Paulo), e encontrou alento para angústias que tanto lhe afligiam; no dia seguinte, os temores já eram outros: e se lhe descobrissem o avô, a mãe, o bedel, o professor, o diretor, o coordenador, o gerente, o padre, a polícia, o promotor ou o juiz? O que poderia acontecer: a expulsão de casa, da escola; a perda do emprego; a excomunhão; o internamento em hospício, ou no reformatório? O que seria pior?

Para o curitibano Austregésilo Carrano (o “Austry”), piores foram os hospitais psiquiátricos nos quais ficou internado depois que o pai descobriu que usava maconha. O relato das sessões de eletrochoques, torturas e ingestão forçada de medicamentos nos manicômios possibilita tomar o “Canto dos maditos” (2004) como uma “escrita de si” da qual falava Foucault (2004, p. 144 et seq.), posto que o autor se apresenta como sujeito discursivo ao assumir diferentes “posições-sujeito”. As “sanções normalizadoras” do dispositivo disciplinar (o hospício!) conseguiram transformar um adolescente (17 anos) “rebelde” em um transtornado mental que, no limite do desespero, ateou fogo à própria cela e conseguiu que os

pais lhe retirassem daquela condição; voltou para casa tão dócil que já não conseguia mais nem se vestir, mas ainda sofreu com a ação braço armado do Estado (a polícia). Mais tarde, “Austry” representou os usuários nas discussões da reforma psiquiátrica brasileira, que culminou com a regulamentação da política antimanicomial⁵.

Afortunadamente, o “sujeito fictício” nunca foi descoberto e seu maior problema era o risco que enfrentava para comprar a maconha que consumia com regularidade. Contratado pela fábrica onde era aprendiz, sempre contribuiu para o sustento da mãe e do avô, sendo respeitado na comunidade onde vivia e na igreja que frequentava; sem problemas com a homossexualidade que, contudo, não ostentava, obteve titulação superior em mais de uma área e se envolveu com movimentos de promoção das minorias – às quais bem conhecia!

A reflexão sobre a própria condição de marginalizado foi aguçada pelo filme “Bicho de Sete Cabeças” que, baseado no “Canto dos Malditos” de Austry, colocou-lhe em contato com a “vida nua” que poderia ter vivido, e que tantos vivem – principalmente nos hospitais e nas cadeias.

Motivado pela própria experiência, engajou-se na luta pela descriminalização do consumo da maconha e encontrou os constrangimentos que ainda não tinha vivido radialmente. Familiares, amigos, “irmãos” de fé, colegas de trabalho, desconhecidos e o “braço forte” do Estado tentaram lhe enquadrar: seus *raps* foram “demonizados”; apresentações foram proibidas; perdeu a conta das vezes que foi submetido às autoridades policiais e judiciárias com acusação de apologia de crime (artigo 287, do Código Penal). A última delas ocorreu no dia 03 de junho de 2011, depois que o Tribunal de Justiça do Distrito Federal acolheu recurso do Ministério Público e proibiu a realização da denominada “Marcha da Maconha”⁶, motivando manifestação pelo julgamento de ações propostas pela Procuradoria-Geral da República em favor da liberdade de expressão. Acabou preso na Praça dos Três Poderes. Em suma: não tinha liberdade para dizer que a maconha não lhe destruía da forma que testemunhava a potência destrutiva das bebidas alcoólicas; não tinha liberdade para dizer que pode haver solução melhor que a ofertada pelo sistema de saúde e segurança pública.

Sem entrar no mérito do debate sobre a descriminalização do consumo de drogas, a construção até aqui desenvolvida permite demonstrar a amplitude da *implicação*, a suposição entre “norma” e direito da qual falava Ricardo Marcelo Fonseca:

⁵ Regulada pela Lei nº 10.216, de 06 de abril de 2001.

⁶ Dois ângulos do episódio podem ser conferidos nas seguintes manchetes: “Justiça do DF barra a Marcha da Maconha em Brasília” (JUSTIÇA..., 2011); “MPDFT consegue o cancelamento da Marcha da Maconha” (BRASIL, 2011a).

A norma (seja o poder disciplinar seja o biopoder) pode funcionar sem o recurso do direito; o direito também pode funcionar sem que ele seja necessariamente normalizador; mas o direito pode funcionar (e de fato funciona em diversas vezes) articuladamente com uma nítida função de “normalização”. Não necessariamente, mas muito freqüentemente, o direito, como modo de exercício de poder está implicado com a disciplina ou com o biopoder. São como círculos que se superpõem parcialmente (contendo uma área de interseção comum), mas que ao mesmo tempo mantêm uma área não invadida pelo outro. (FONSECA, 2004, p. 277).

Essa área “exclusiva” do direito, que pode ser mais “normalizadora” do que a “sociedade disciplinar” ou “de controle”, também pode ser libertadora do sujeito: quando garante direitos fundamentais! Não porque tenha força para neutralizar o “poder além do Estado”, mas porque reduz a dominação estatal em favor do espaço político, ambiente de lutas apropriado para o debate sobre “novos direitos” dessubjetivantes, a partir dos quais o Estado poderá impor aos outros “círculos” o respeito aos valores mais caros da sociedade – tanto que transformados em “normas de Direito”!

Demonstra a potência da função emancipatória do Direito Constitucional as decisões reclamadas pelos manifestantes favoráveis à descriminalização da maconha, conforme se demonstrará. Os casos ganham importância para a Teoria do Estado quando se verifica que uma mesma instituição atua em vias opostas, revelando a riqueza do arranjo institucional construído pelo constituinte brasileiro ao incumbir o Ministério Público de defender a ordem jurídica e promover privativamente a ação penal pública, sem descurar da defesa do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (artigos 127 e 129, inciso I, da Constituição Federal).

Nessas condições, enquanto Promotores (dos Estados-membros) e Procuradores da República denunciavam defensores da descriminalização do uso da maconha por apologia de crime⁷, e pediam a proibição das denominadas “Marcha da Maconha”⁸, sujeitando os casos concretos ao controle difuso de constitucionalidade, a Vice-procuradora-geral da República Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira (no exercício da Procuradoria-geral) ajuizou (em 21 de julho de 2009) arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF 187) postulando que o STF declarasse que o artigo 287, do Código Penal, deveria ser interpretado conforme a Constituição, excluindo qualquer possibilidade de subsunção típica de condutas favoráveis à legalização das drogas ou qualquer substância entorpecente específica, inclusive

⁷ Artigo 287, do Código Penal: Fazer, publicamente, apologia de fato criminoso ou de autor de crime: Pena - detenção, de três a seis meses, ou multa. (BRASIL, 1940).

⁸ Houve proibição judicial dessas manifestações em várias cidades brasileiras, conforme noticiou a imprensa: “*Justiça proíbe Marcha da Maconha em 9 capitais brasileiras*” (JUSTIÇA..., 2008).

daquelas praticadas em manifestações e eventos públicos. Para os mesmos fins, e no mesmo dia, ajuizou ação declaratória de inconstitucionalidade (ADI 4274) questionando o artigo 33, parágrafo 2º, da Lei nº 11.343/06⁹. Viabilizando decisões *erga omnes* na via concentrada, a utilização de ações diversas com o mesmo objetivo decorre do fato dos dispositivos do Código Penal não comportarem sindicância direta de constitucionalidade, posto que anterior à Constituição.

No dia 15 de junho de 2011 (duas semanas depois da prisão do “sujeito fictício”), o Pleno do STF julgou procedente o pedido da ADPF 187 “para dar, ao artigo 287 do Código Penal, com efeito vinculante, interpretação conforme a 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” (BRASIL, 2011a).

Conduzindo a unanimidade, o Ministro Celso de Melo destacou dois precedentes (HC 4.781/BA, Rel. Min. Edmundo Lins; e ADI 1.969/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski) que refletiam “o compromisso desta Suprema Corte com a preservação da integridade das liberdades fundamentais que amparam as pessoas contra o arbítrio do Estado”, afirmando que a liberdade de reunião e o direito à livre manifestação do pensamento também reclamavam a proteção contramajoritária da jurisdição constitucional em favor das minorias. Demonstrando vinculação instrumental entre a liberdade de reunião e o direito de petição, ressaltou que a “Marcha da Maconha” e propostas de legalização do uso de drogas eram expressões concretas do exercício legítimo das liberdades fundamentais de reunião, de petição e de manifestação do pensamento – “um dos mais preciosos privilégios dos cidadãos”. Destacam-se os seguintes trechos do voto:

A praça pública, desse modo, desde que respeitado o direito de reunião, **passa a ser** o espaço, *por excelência*, do debate, da persuasão racional, do discurso argumentativo, da transmissão de idéias, da veiculação de opiniões, *enfim*, a praça ocupada pelo povo **converte-se naquele espaço mágico** em que as liberdades fluem **sem indevidas** restrições governamentais.[...]

As idéias, Senhor Presidente, **podem** ser fecundas, libertadoras, subversivas **ou** transformadoras, **provocando** mudanças, **superando** imobilismos **e rompendo** paradigmas *até então* estabelecidos nas formações sociais.

É por isso que se impõe construir espaços de liberdade, *em tudo compatíveis* com o sentido democrático **que anima** nossas instituições políticas, jurídicas e sociais, **para que** o pensamento **não seja reprimido e**, *o que se mostra fundamental*, **para que** as idéias **possam** florescer, *sem indevidas restrições*, em um ambiente de plena tolerância, que, **longe** de

⁹ Ei-lo: “Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga: Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.” (BRASIL, 2006).

sufocar opiniões divergentes, **legítima** a instauração do dissenso e **viabilize**, *pelo conteúdo argumentativo do discurso* **fundado** em convicções divergentes, **a concretização** de um dos valores essenciais à configuração do Estado democrático de direito: **o respeito ao pluralismo político**.

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.

É por isso 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, **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 coletividade¹⁰. (VOTO..., 2011, p. 15; 57-58, grifos do autor)

Cinco meses depois, o Pleno do STF voltou a enfrentar o tema e julgou procedente o pedido da ADI 4274 “para dar ao § 2º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006 ‘interpretação conforme à Constituição’ e dele excluir qualquer significado que enseje a proibição de manifestações e debates públicos acerca da descriminalização ou legalização do uso de drogas ou de qualquer substância que leve o ser humano ao entorpecimento episódico, ou então viciado, das suas faculdades psico-físicas” (BRASIL, 2012). Depois de intenso debate sobre a amplitude da liberdade de reunião e manifestação/expressão, a decisão foi unânime – com as ressalvas do Ministro Gilmar Mendes¹¹. Do voto condutor do Ministro Ayres Britto destaca-

¹⁰ Menos de mês depois, Ives Gandra criticou a decisão: “Decididamente, com todo o respeito que tenho pelo Pretório Excelso há 54 anos e em especial pelos Ministros da atual Corte, a decisão não foi feliz. Foi “politicamente correta” para agradar ala de intelectuais dos “novos tempos” em que tudo é permitido, principalmente quando agredindo valores. Em palestra que proferi, recentemente, na qual se discutiam outras decisões polêmicas do Tribunal Maior e a desfiguração do princípio da moralidade em todos os níveis de governo, um dos participantes perguntou-me se o Brasil hoje não tinha um Poder Judiciário “politicamente correto”, um Poder Executivo “politicamente corrupto” e um Poder Legislativo “politicamente incompetente”, tendo sido sua observação, difícil de responder, sido seguida de risos e aplausos. Creio que a marcha da maconha fortalece a opinião dos que pensam como este participante, que me fez lembrar outro episódio provocado por recente artigo que escrevi e que mereceu de Saulo Ramos, ao cuidar da unanimidade do Pretório Excelso nas interpretações “conforme” a Lei Maior, que estas unanimidades são “conforme” Nelson Rodrigues. (MARTINS, 2011, não paginado).

¹¹ Nesse sentido, restou registrado: “Eu gostaria, Presidente, de fazer essas ressalvas, porque, sobretudo diante de passagens que eu ouvi do bem elaborado voto do eminente Relator, pode-se isoladamente depreender que esse direito não comportaria limites de índole material. Esse tipo de interpretação, a meu ver, não é compatível, sobretudo porque numa interpretação sistêmica nós não podemos dissociar a interpretação que fazemos, por exemplo, da liberdade de expressão – aqui é liberdade de imprensa, que é uma de suas manifestações – da própria liberdade de reunião, que, na verdade, em determinada medida, potencializa, funcionaliza a própria ideia de liberdade de expressão; pessoas reunidas expressam uma dada concepção num dado espaço aberto.” (BRASIL, 2012, p. 27). Embora tenha restado esclarecido que o dispositivo veiculava os limites da decisão, destaca-se partes do voto do Ministro Ayres Britto que alimentaram a polêmica: “10. Digo mais: ao fazer uso do fraseado “*reunião pacífica*”, a Constituição remete o intérprete para o preâmbulo dela própria, Constituição, que faz da “*solução pacífica das controvérsias*” a base de “*uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos*”.

se trecho que ressalta o caráter emancipatório do debate público:

13. Com efeito, **não se pode confundir a criminalização da conduta com o debate da própria criminalização**. Noutras palavras, **quem quer que seja pode se reunir para o que quer que seja, nesse plano dos direitos fundamentais**, desde que, óbvio, o faça de forma pacífica. Se assim não fosse, as normas penais estariam fadadas à perpetuidade, como bem lembrou o ministro Cezar Peluso, quando da discussão da referida ADPF 187. Perpetuidade incompatível com o dinamismo e a diversidade tanto cultural quanto política (pluralismo) da sociedade democrática em que vivemos. **Sociedade em que a liberdade de expressão é a maior expressão da liberdade**. E o fato é que sem pensamento crítico não há descondicionamento mental ou o necessário descarte das pré-compreensões. Pré-Compreensões que muitas vezes desembocam nos preconceitos que tanto anuviam e embrutecem os nossos sentimentos. Pelo que a coletivização do senso crítico ou do direito à crítica de instituições, pessoas e institutos é de ser estimulada como expressão de cidadania e forma de procura da essência ou da verdade das coisas.

Quero dizer: só o pensamento crítico é libertador ou emancipatório, por ser eminentemente analítico, e o certo é que, sem análise crítica da realidade, deixa-se de ter compromisso com a verdade objetiva de tudo que acontece dentro do indivíduo e ao seu derredor. Logo: sem o pensamento crítico, ficamos condenados a gravitar na órbita de conceitos extraídos não da realidade, mas impostos a ela, realidade, a ferro e fogo de u'a mente voluntarista, ou sectária, ou supersticiosa, ou obscurantista, ou industriada, ou totalmente impermeável ao novo, quando nãovoluntarista, sectária, supersticiosa, obscurantista, industriada e fechada para o novo, tudo ao mesmo tempo. Sendo inquestionavelmente certo que essa postura crítico-emancipatória do espírito é tanto mais tonificada quanto exercitada gregariamente, conjuntamente, enturmadamente. Sem falar que o direito de reunião, assim constitucionalmente exercitado a céu aberto e/ou em praça pública, tonificações dos princípios conteúdos da nossa e de toda democracia que se pretende moderna: o pluralismo e a transparência. O que já significa reconhecer aos espaços públicos baldios o seu clássico vínculo de funcionalidade com a democracia direta, tal como vivenciavam os antigos atenienses na ágora. Donde a conhecida música popular do poeta-cantor Caetano Veloso: *“a Praça Castro Alves é do povo como o céu é do avião.”* (BRASIL, 2012, p. 9-10, grifos do autor)

Longe de enfrentar o mérito do debate, que não cabe na jurisdição constitucional, o STF dessujeitou os manifestantes favoráveis à descriminalização ou legalização do consumo de drogas dos constrangimentos normalizadores que o próprio Estado infligia. As luzes

Donde se concluir que a única vedação constitucional, na matéria, direciona-se para uma reunião cuja base de inspiração e termos de convocação revelem propósitos e métodos de violência física, armada ou beligerante. [...] 15. De outra parte, é claro que há condicionantes ao exercício do direito constitucional de reunião. Uma delas é a necessidade de prévia comunicação às autoridades competentes. Tudo com a preocupação de não frustrar o direito de outras pessoas de também se reunirem no mesmo local e horário. Sem embargo, nem mesmo a Constituição de 1967/1969, com seu viés autoritário, trouxe maiores limitações ao direito em causa. Daí a impossibilidade de restrição que não se contenha nas duas situações excepcionais que a presente Constituição Federal prevê: o estado de defesa e o estado de sítio (art. 136, §1º, inciso I, alínea “a” e art. 139, inciso IV).” (BRASIL, 2012, p. 7; 10)

desses tempos democráticos impunham que se enxergasse nas sombras os sinais de liberdade: Era proibido proibir!

CONCLUSÃO

Acredita-se que a análise desses dois julgamentos do STF (nos limites deste trabalho) serve para demonstrar que o Direito Constitucional (e a jurisdição constitucional!) pode cumprir a função emancipatória de sujeitados aos constrangimentos normalizadores do próprio Estado, conforme afirmava Ricardo Marcelo Fonseca.

Isso não quer dizer que o sujeito fica livre da incidência dos outros círculos de normalização (disciplina e biopoder). Do contrário, fica sujeito às estruturas normalizadoras da própria sociedade, onde pode protagonizar mudanças a partir da própria atitude política.

Nesse sentido, a possibilidade de questionar o direito sem constrangimentos normalizadores do próprio Estado, sem afetação da cidadania (dentro do Estado), se apresenta como via de preservação/valorização do ambiente democrático e incentivo à participação, ao tempo que coloca o problema no lugar adequado para o debate e desenvolvimento do pluralismo fundante da república (art. 1º, inciso V, da Constituição Federal) - inclusive para revisão das normas jurídicas!

Prova disso que, para além de tantas “Marchas da Maconha” que já ocorreram depois das decisões do STF¹², outros movimentos se organizam e agitam o espaço público¹³, como se

¹² A “Marcha da Maconha” já tem sítio virtual, que alerta: “Coletivo Marcha da Maconha Brasil é um grupo de indivíduos e instituições que trabalham de forma majoritariamente descentralizada, com um núcleo-central que atua na manutenção do site www.marchadamaconha.org e do fórum de discussões a ele anexado. Apesar de existir tal núcleo, todo o trabalho é realizado de forma horizontal e coletiva entre uma rede de colaboradores, no qual os textos, artigos e todo tipo de trabalhos são compartilhados de acordo com as necessidades, disponibilidades e engajamento de cada um. Ainda atendido esses critérios, todos somos apenas membros. Organizadores Locais, Organizadores Nacionais, Apoiadores, Colaboradores, sejam instituições ou indivíduos todos são membros do que atualmente se mantém existindo justamente graças à existência de uma rede de relacionamento entre instituições, profissionais, pesquisadores, ativistas, redutores de danos e membros da sociedade em geral engajados na questão. Mas todos somos membros desse Coletivo. Não temos líderes, coordenadores, caciques, nem presidentes. Muito menos presidentes honorários. [...] O Coletivo Marcha da Maconha Brasil reafirma que suas atividades não têm a intenção de fazer apologia à maconha ou ao seu uso, nem incentivar qualquer tipo de atividade criminosa. As atividades do Coletivo respeitam não só o direito à livre manifestação de idéias e opiniões, mas também os limites legais desse e de outros direitos. Este site tem conteúdo e discussões destinados somente para maiores de 18 anos.” (MARCHA...)

¹³ A campanha “Lei de drogas – é preciso mudar” continua coletando assinaturas em apoio de uma proposta de projeto de lei que estabelece critérios objetivos para distinção de traficante e usuário, além de apoio às instituições protetivas daqueles que sofrem com o abuso de drogas. (LEI...). Concomitantemente, o “Movimento pela legalização da maconha” (MLM) comemora os avanços no processo legislativo que envolvem a questão: “Certamente temos que comemorar a decisão da comissão de juristas que discute a reforma do Código Penal no Senado de propor a descriminalização do plantio, da compra e do porte de qualquer tipo de droga para uso próprio. É uma vitória que o Estado finalmente reconheça que a questão do uso de drogas deva sair do âmbito da segurança pública para ser objeto das políticas públicas de saúde e educação.” (LEGALIZAÇÃO...)

espera em Estado Democrático de Direito. Contudo, na oposição está a maioria: 75% da população brasileira, que é contrária à legalização do uso da maconha¹⁴.

A análise dos casos ainda evidencia a tensão entre os direitos e o poder, entre democracia e constitucionalismo, até por consequência dos problemas já registrados por Pietro Costa (2010, p. 270-274). Não obstante, confirmam a independência entre “norma” e direito nesse plano de direitos fundamentais garantidos constitucionalmente. Mais do que isso, permitem demonstrar a incompatibilidade que, na prática do Estado Democrático de Direito, garante a voz dos sujeitados contra a pressão normalizadora da sociedade.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *O que é o contemporâneo? E outros ensaios*. Tradução Vinicius Nicastro Honesko. Chapecó: Argos, 2009.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 14/12/2012.

_____. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, 24 ago. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm>. Acesso em: 14/12/2012.

_____. Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Imprensa. Notícias. Notícias 2011. MPDFT consegue cancelamento da Marcha da Maconha. Brasília, 03 jun 2011a. Disponível em: <<http://www.mpdft.gov.br/portal/index.php/imprensa-menu/noticias/noticias-2011/3847-mpdft-consegue-cancelamento-da-marcha-da-maconha>>. Acesso em: 14/12/2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4274-DF. Tribunal Pleno. Acórdão. Requerente: Procuradora-Geral da República. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 23 nov. 2011. *Diário da Justiça eletrônico* nº 084, 02 mai. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1955301530>>. Acesso em: 14/12/2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 187-DF. Tribunal Pleno. Decisão de julgamento. Requerente: Procuradora-Geral da República. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 15 jun. 2011b. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2691505>>. Acesso em: 14/12/2012.

CARRANO, Austregésilo. *Canto dos Malditos*. Rio de Janeiro: Rocco, 2004.

¹⁴ O Segundo Levantamento Nacional de Álcool e Drogas (II LENAD) é um estudo populacional sobre os padrões de uso de álcool, tabaco e drogas ilícitas na população brasileira. Dependência de álcool, tabaco, maconha e cocaína também foram avaliados bem como possíveis fatores de risco e/ou proteção para o desenvolvimento de abuso e/ou dependência. O estudo foi desenvolvido entre novembro de 2011 e abril de 2012 pelo INPAD/UNIAD da UNIFESP com a colaboração da Ipsos. (LARANJEIRA, 2012).

COSTA, Pietro; FONSECA, Ricardo Marcelo (Coord.). *Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico*. Tradução Alexander Rodrigues de Castro et al. Curitiba: Juruá, 2010.

FIORAVANTI, Maurizio. *Costituzionalismo: percorsi della storia e tendenze attuali*. Roma/Bari: Laterza, 2009.

FONSECA, Ricardo Marcelo. O poder entre o direito e a 'norma': Foucault e Deleuze na Teoria do Estado. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). *Repensando a teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 259-281.

FOUCAULT, Michel; MOTTA, Manoel Barros da (Org.). *Ditos e Escritos*. Tradução Vera Lucia Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

_____. *Em Defesa da Sociedade*. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

JUSTIÇA DO DF BARRA MARCHA DA MACONHA EM BRASÍLIA. *Globo.com*, 03 jun. 2011. Disponível em: <<http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2011/06/justica-do-df-barra-marcha-da-maconha-em-brasilia.html>>. Acesso em: 14/12/2012.

JUSTIÇA PROÍBE MARCHA DA MACONHA EM 9 CAPITAIS BRASILEIRAS. *Globo.com*, 03 mai. Brasil. Manifestação. 2008. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Brasil/0,,MUL452646-5598,00.html>>. Acesso em: 14/12/2012.

LARANJEIRA, Ronaldo (org.). *II LENAD - Levantamento Nacional de Álcool e Drogas: O uso de Maconha no Brasil*. São Paulo: UNIFESP, 2012. Disponível em: <http://www.inpad.org.br/images/stories/LENAD/lenad_maconha-1%20copia.pdf>. Acesso em: 14/12/2012.

LEGALIZAÇÃO DA MACONHA. Movimento pela legalização da Maconha (MLM). Disponível em: <<http://www.legalizacaodamaconha.org>>. Acesso em: 14/12/2012.

LEI DE DROGAS: É PRECISO MUDAR. Disponível em: <<http://eprecisomudar.com.br>>. Acesso em: 14/12/2012.

MARCHA DA MACONHA. Disponível em: <<http://marchadamaconha.org>>. Acesso em: 14/12/2012.

MARTINS, Ives Gandra Silva. A marcha da maconha. *Jornal Carta Forense*, São Paulo: Grupo OESP, jul. 2011. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/a-marcha-da-maconha/7288>>. Acesso em: 14/12/2012.

MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. Para um nosso senso comum – A ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2009.

VOTO DO MINISTRO CELSO DE MELLO, Brasília, 15. Jun. 2011. Supremo Tribunal Federal. Imprensa. Notícias: Íntegra do voto do ministro Celso de Mello sobre "marcha da maconha". Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=182091>>. Acesso em: 14/12/2012.