

15/06/2011

TRIBUNAL PLENO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 187 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. CELSO DE MELLO**
REQTE.(S) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA
ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ESTUDOS SOCIAIS
DO USO DE PSICOATIVOS - ABESUP
ADV.(A/S) : MAURO MACHADO CHAIBEN E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS
CRIMINAIS - IBCCRIM
ADV.(A/S) : MARTA CRISTINA CURY SAAD GIMENES E
OUTRO(A/S)

E M E N T A: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL - ADMISSIBILIDADE - OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE (Lei nº 9.882/99, art. 4º, § 1º) - JURISPRUDÊNCIA - POSSIBILIDADE DE AJUIZAMENTO DA ADPF QUANDO CONFIGURADA LESÃO A PRECEITO FUNDAMENTAL PROVOCADA POR INTERPRETAÇÃO JUDICIAL (ADPF 33/PA e ADPF 144/DF, v.g.) - ADPF COMO INSTRUMENTO VIABILIZADOR DA INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO - CONTROVÉRSIA CONSTITUCIONAL RELEVANTE MOTIVADA PELA EXISTÊNCIA DE MÚLTIPLAS EXPRESSÕES SEMIOLÓGICAS PROPICIADAS PELO CARÁTER POLISSÊMICO DO ATO ESTATAL IMPUGNADO (CP, art. 287) - MAGISTÉRIO DA DOCTRINA - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - ADPF CONHECIDA.

"AMICUS CURIAE" - INTERVENÇÃO PROCESSUAL EM SEDE DE ADPF - ADMISSIBILIDADE - PLURALIZAÇÃO DO DEBATE CONSTITUCIONAL E A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL - DOCTRINA - PRECEDENTES - PRETENDIDA AMPLIAÇÃO, POR INICIATIVA DESSE COLABORADOR PROCESSUAL, DO OBJETO DA DEMANDA PARA, NESTA, MEDIANTE ADITAMENTO, INTRODUIR O TEMA DO USO RITUAL DE PLANTAS ALUCINÓGENAS E DE DROGAS ILÍCITAS EM CELEBRAÇÕES LITÚRGICAS, A SER ANALISADO SOB A ÉGIDE DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE RELIGIOSA - MATÉRIA JÁ VEICULADA NA CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE SUBSTÂNCIAS PSICOTRÓPICAS, DE 1971 (Artigo 32, n. 4), DISCIPLINADA NA RESOLUÇÃO CONAD Nº 1/2010 E PREVISTA NA VIGENTE LEI DE DROGAS (Lei nº 11.343/2006, art. 2º, "caput", "in fine") - IMPOSSIBILIDADE, NO ENTANTO, DESSE ADITAMENTO OBJETIVO PROPOSTO PELO "AMICUS CURIAE" - DISCUSSÃO SOBRE A

ADPF 187 / DF

(DESEJÁVEL) AMPLIAÇÃO DOS PODERES PROCESSUAIS DO "AMICUS CURIAE" - NECESSIDADE DE VALORIZAR-SE, SOB PERSPECTIVA EMINENTEMENTE PLURALÍSTICA, O SENTIDO DEMOCRÁTICO E LEGITIMADOR DA PARTICIPAÇÃO FORMAL DO "AMICUS CURIAE" NOS PROCESSOS DE FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA.

MÉRITO: "MARCHA DA MACONHA" - MANIFESTAÇÃO LEGÍTIMA, POR CIDADÃOS DA REPÚBLICA, DE DUAS LIBERDADES INDIVIDUAIS REVESTIDAS DE CARÁTER FUNDAMENTAL: O DIREITO DE REUNIÃO (LIBERDADE-MEIO) E O DIREITO À LIVRE EXPRESSÃO DO PENSAMENTO (LIBERDADE-FIM) - A LIBERDADE DE REUNIÃO COMO PRÉ-CONDIÇÃO NECESSÁRIA À ATIVA PARTICIPAÇÃO DOS CIDADÃOS NO PROCESSO POLÍTICO E NO DE TOMADA DE DECISÕES NO ÂMBITO DO APARELHO DE ESTADO - CONSEQUENTE LEGITIMIDADE, SOB PERSPECTIVA ESTRITAMENTE CONSTITUCIONAL, DE ASSEMBLEIAS, REUNIÕES, MARCHAS, PASSEATAS OU ENCONTROS COLETIVOS REALIZADOS EM ESPAÇOS PÚBLICOS (OU PRIVADOS) COM O OBJETIVO DE OBTER APOIO PARA OFERECIMENTO DE PROJETOS DE LEI, DE INICIATIVA POPULAR, DE CRITICAR MODELOS NORMATIVOS EM VIGOR, DE EXERCER O DIREITO DE PETIÇÃO E DE PROMOVER ATOS DE PROSELITISMO EM FAVOR DAS POSIÇÕES SUSTENTADAS PELOS MANIFESTANTES E PARTICIPANTES DA REUNIÃO - ESTRUTURA CONSTITUCIONAL DO DIREITO FUNDAMENTAL DE REUNIÃO PACÍFICA E O PONIBILIDADE DE SEU EXERCÍCIO AO PODER PÚBLICO E AOS SEUS AGENTES - VINCULAÇÃO DE CARÁTER INSTRUMENTAL ENTRE A LIBERDADE DE REUNIÃO E A LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO - DOIS IMPORTANTES PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A ÍNTIMA CORRELAÇÃO ENTRE REFERIDAS LIBERDADES FUNDAMENTAIS: HC 4.781/BA, REL. MIN. EDMUNDO LINS, E ADI 1.969/DF, REL. MIN. RICARDO LEWANDOWSKI - A LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO UM DOS MAIS PRECIOSOS PRIVILÉGIOS DOS CIDADÃOS EM UMA REPÚBLICA FUNDADA EM BASES DEMOCRÁTICAS - O DIREITO À LIVRE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO: NÚCLEO DE QUE SE IRRADIAM OS DIREITOS DE CRÍTICA, DE PROTESTO, DE DISCORDÂNCIA E DE LIVRE CIRCULAÇÃO DE IDEIAS - ABOLIÇÃO PENAL ("ABOLITIO CRIMINIS") DE DETERMINADAS CONDUITAS PUNÍVEIS - DEBATE QUE NÃO SE CONFUNDE COM INCITAÇÃO À PRÁTICA DE DELITO NEM SE IDENTIFICA COM APOLOGIA DE FATO CRIMINOSO - DISCUSSÃO QUE DEVE SER REALIZADA DE FORMA RACIONAL, COM RESPEITO ENTRE INTERLOCUTORES E SEM POSSIBILIDADE LEGÍTIMA DE REPRESSÃO ESTATAL, AINDA QUE AS IDEIAS PROPOSTAS POSSAM SER CONSIDERADAS, PELA MAIORIA, ESTRANHAS, INSUPORTÁVEIS, EXTRAVAGANTES, AUDACIOSAS OU INACEITÁVEIS - O SENTIDO DE ALTERIDADE DO DIREITO À LIVRE EXPRESSÃO E O RESPEITO ÀS IDEIAS QUE CONFLITEM COM O PENSAMENTO E OS VALORES DOMINANTES NO MEIO SOCIAL - CARÁTER NÃO ABSOLUTO DE REFERIDA LIBERDADE FUNDAMENTAL (CF, art. 5º, incisos IV, V e X; CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Art. 13, § 5º) - A

ADPF 187 / DF

PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À LIBERDADE DE PENSAMENTO COMO SALVAGUARDA NÃO APENAS DAS IDEIAS E PROPOSTAS PREVALECENTES NO ÂMBITO SOCIAL, MAS, SOBRETUDO, COMO AMPARO EFICIENTE ÀS POSIÇÕES QUE DIVERGEM, AINDA QUE RADICALMENTE, DAS CONCEPÇÕES PREDOMINANTES EM DADO MOMENTO HISTÓRICO-CULTURAL, NO ÂMBITO DAS FORMAÇÕES SOCIAIS - O PRINCÍPIO MAJORITÁRIO, QUE DESEMPEHA IMPORTANTE PAPEL NO PROCESSO DECISÓRIO, NÃO PODE LEGITIMAR A SUPRESSÃO, A FRUSTRAÇÃO OU A ANIQUILAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS, COMO O LIVRE EXERCÍCIO DO DIREITO DE REUNIÃO E A PRÁTICA LEGÍTIMA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO, SOB PENA DE COMPROMETIMENTO DA CONCEPÇÃO MATERIAL DE DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL - A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO - INADMISSIBILIDADE DA "PROIBIÇÃO ESTATAL DO DISSENSO" - NECESSÁRIO RESPEITO AO DISCURSO ANTAGÔNICO NO CONTEXTO DA SOCIEDADE CIVIL COMPREENDIDA COMO ESPAÇO PRIVILEGIADO QUE DEVE VALORIZAR O CONCEITO DE "LIVRE MERCADO DE IDEIAS" - O SENTIDO DA EXISTÊNCIA DO "FREE MARKETPLACE OF IDEAS" COMO ELEMENTO FUNDAMENTAL E INERENTE AO REGIME DEMOCRÁTICO (AC 2.695-MC/RS, REL. MIN. CELSO DE MELLO) - A IMPORTÂNCIA DO CONTEÚDO ARGUMENTATIVO DO DISCURSO FUNDADO EM CONVICÇÕES DIVERGENTES - A LIVRE CIRCULAÇÃO DE IDEIAS COMO SIGNO IDENTIFICADOR DAS SOCIEDADES ABERTAS, CUJA NATUREZA NÃO SE REVELA COMPATÍVEL COM A REPRESSÃO AO DISSENSO E QUE ESTIMULA A CONSTRUÇÃO DE ESPAÇOS DE LIBERDADE EM OBSEQÜIO AO SENTIDO DEMOCRÁTICO QUE ANIMA AS INSTITUIÇÕES DA REPÚBLICA - AS PLURISSIGNIFICAÇÕES DO ART. 287 DO CÓDIGO PENAL: NECESSIDADE DE INTERPRETAR ESSE PRECEITO LEGAL EM HARMONIA COM AS LIBERDADES FUNDAMENTAIS DE REUNIÃO, DE EXPRESSÃO E DE PETIÇÃO - LEGITIMIDADE DA UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DA INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO NOS CASOS EM QUE O ATO ESTATAL TENHA CONTEÚDO POLISSÊMICO - ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL JULGADA PROCEDENTE.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em rejeitar 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 art. 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

ADPF 187 / DF

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 Britto 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.

Brasília, 15 de junho de 2011.

CELSO DE MELLO - RELATOR

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 187 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. CELSO DE MELLO**
REQTE. (S) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
INTDO. (A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA
ADV. (A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ESTUDOS SOCIAIS
DO USO DE PSICOATIVOS - ABESUP
ADV. (A/S) : MAURO MACHADO CHAIBEN E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS
CRIMINAIS - IBCCRIM
ADV. (A/S) : MARTA CRISTINA CURY SAAD GIMENES E
OUTRO(A/S)

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator): Trata-se de argüição de descumprimento de preceito fundamental, ajuizada pela eminente Senhora Procuradora-Geral da República, em exercício, Dra. DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA, na qual se postula seja dado, ao art. 287 do Código Penal, 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" (fls. 14 - grifei).

A Senhora Procuradora-Geral da República, em exercício, **ao fundamentar** a pretensão jurídica que deduziu perante esta Suprema Corte, **pôs em destaque** os seguintes aspectos **que dão suporte à**

ADPF 187 / DF

presente arguição de descumprimento de preceito fundamental (fls. 03/13):

"3. No espaço público brasileiro, assim como em diversos outros países, discute-se cada vez mais um tema de inequívoco interesse social: a criminalização das drogas. Em tão importante debate público, há um lado que defende a legitimidade e a eficiência da estratégia criminal no combate às drogas, enquanto outro pugna pela legalização, ou, pelo menos, de algumas delas.

4. Na presente ação, não se objetiva questionar a política nacional de combate às drogas adotada pelo legislador brasileiro. Almeja-se, isto sim, afastar uma interpretação do art. 287 do Código Penal que vem gerando indevidas restrições aos direitos fundamentais à liberdade de expressão (art. 5º, incisos IV e IX, e 220 CF) e de reunião (art. 5º, inciso XVI, CF).

5. Reza o art. 287 do Código Penal:

'Apologia de crime ou criminoso

Art. 287. Fazer, publicamente, a apologia de fato criminoso ou de autor de crime:

Pena - detenção, de 3 (três) a 6 (seis) meses, ou multa.'

6. Nos últimos tempos, diversas decisões judiciais, invocando tal preceito, vêm proibindo atos públicos em favor da legalização das drogas, empregando o equivocado argumento de que a defesa desta idéia constituiria apologia de crime.

7. É certo que há também quem invoque, para proibir as manifestações em favor da legalização das drogas, o artigo 33, § 2º, da Lei 11.343/2006, que tipifica a ação de 'induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga'. Contudo, não é possível deduzir o pedido de interpretação conforme a Constituição de tal dispositivo em sede de ADPF, tendo em vista o princípio da subsidiariedade dessa ação (art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/99), e o fato de que ser cabível, nessa hipótese, ação direta de inconstitucionalidade. (...).

ADPF 187 / DF

8. Não se pretende discutir os erros ou acertos de decisões judiciais específicas, nem tampouco a licitude ou ilicitude da conduta de qualquer pessoa ou grupo particular, ou mesmo de qualquer evento público, porque não cabível em sede de fiscalização abstrata de constitucionalidade. Contudo, para evidenciar a ocorrência da interpretação legal ora questionada, vale recordar os casos recentes de censura judicial, imposta contra manifestações em favor da legalização da maconha.

9. De acordo com a anexa Representação, a chamada 'Marcha da Maconha', em que manifestantes defenderiam a legalização da referida substância entorpecente, foi proibida por decisões do Poder Judiciário brasileiro, no ano de 2008, nas cidades de Curitiba (PR), São Paulo (SP), Rio de Janeiro (RJ), Belo Horizonte (MG), Brasília (DF), Cuiabá (MT), Salvador (BA), João Pessoa (PB) e Fortaleza (CE). Já no ano de 2009, o mesmo evento foi vedado por decisões judiciais nas cidades de Curitiba (PR), São Paulo (SP), Americana (SP), Juiz de Fora (MG), Goiânia (GO), Salvador (BA), Fortaleza (CE) e João Pessoa (PB).

10. As decisões, em geral, têm se assentado na equivocada premissa de que, como a comercialização e o uso da maconha são ilícitos penais, defender publicamente a sua legalização equivaleria a fazer apologia das drogas, estimulando o seu consumo. (...):

.....

11. Este cenário, marcado por graves ofensas às liberdades democráticas, foi mencionado pelo Relator Especial sobre a Liberdade de Expressão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no documento que elaborou a propósito dos fatos ocorridos no ano de 2008:

'50. O Escritório do Relator Especial recebeu informação a propósito da adoção de medidas judiciais em maio de 2008 em nove cidades brasileiras diferentes proibindo a realização de demonstrações públicas que visavam a promover modificações no Direito Penal em vigor. Estas decisões foram justificadas por autoridades judiciais com base no argumento de que elas (as demonstrações públicas) constituiriam supostamente

ADPF 187 / DF

apologia ou instigamento de atividade criminal. O Escritório do Relator Especial recorda que, exceto no caso de formas de expressão que, nos termos do artigo 13 (5) da Convenção Americana, claramente constituam 'propaganda de guerra' ou 'apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à violência ilegal ou a qualquer outra ação similar contra qualquer pessoa ou grupo, por qualquer motivo', marchas de cidadãos pacíficos em áreas públicas são demonstrações protegidas pelo direito à liberdade de expressão'.

12. É verdade que, nesta controvérsia, houve também decisões judiciais mais afinadas com a Constituição e com os seus valores democráticos, valendo ressaltar aquela proferida pelo Juiz do IV Juizado Especial Criminal da Comarca do Rio de Janeiro, Dr. Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, que deferiu 'Habeas Corpus' preventivo, impetrado por Nilo Batista e outros, em favor dos participantes da 'Marcha da Maconha' de 2009 no Rio de Janeiro (...):

.....
A Flagrante Afronta à Liberdade de Expressão

22. A liberdade de expressão é um dos mais importantes direitos fundamentais do sistema constitucional brasileiro. Ela representa um pressuposto para o funcionamento da democracia, possibilitando o livre intercâmbio de idéias e o controle social do exercício do poder. De mais a mais, trata-se de direito essencial ao livre desenvolvimento da personalidade humana, uma vez que, como ser social, o homem sente a necessidade de se comunicar, de exprimir seus pensamentos e sentimentos e de tomar contato com os seus semelhantes.

.....
24. O constituinte brasileiro chegou a ser redundante, ao garantir a liberdade de expressão em múltiplos dispositivos (art. 5º, IV e IX e 220, CF), **rejeitando** peremptoriamente toda forma de censura. Esta insistência não foi gratuita. **Por um lado, ela é uma resposta a um passado de desrespeito** a esta liberdade pública fundamental, **em que a censura** campeava e pessoas eram perseguidas por suas idéias. Por outro,

ADPF 187 / DF

ela revela o destaque que tal direito passa a ter em nossa ordem constitucional.

.....
26. Por isso, a liberdade de expressão protege simultaneamente os direitos daqueles que desejam expor as suas opiniões ou sentimentos e os do público em geral. Quando se proíbe uma manifestação qualquer, viola-se tanto a liberdade dos que são impedidos de exprimir as suas idéias, como também os direitos dos integrantes do público, que são privados do contato com pontos de vista que poderiam ser importantes para que formassem livremente as suas próprias opiniões.

27. Uma idéia fundamental, subjacente à liberdade de expressão, é a de que o Estado não pode decidir pelos indivíduos o que cada um pode ou não pode ouvir. (...).

28. Daí por que o fato de uma idéia ser considerada errada ou mesmo perniciosas pelas autoridades públicas de plantão não é fundamento bastante para justificar que a sua veiculação seja proibida. A liberdade de expressão não protege apenas as idéias aceitas pela maioria, mas também - e sobretudo - aquelas tidas como absurdas e até perigosas. **Trata-se, em suma, de um instituto contramajoritário**, que garante o direito daqueles **que defendem** posições minoritárias, **que desagradam** ao governo ou **contrariam** os valores hegemônicos da sociedade, de expressarem suas visões alternativas.

.....
30. E a hipótese em discussão é clara. O Estado brasileiro adota uma determinada política que envolve a proibição e a criminalização das drogas, e esta não pode estar imune à crítica pública, essencial para o funcionamento das sociedades democráticas.

31. O debate sobre temas políticos, como a legalização das drogas, representa o verdadeiro 'coração' da liberdade de expressão, o seu núcleo essencial, e é contra ele que atenta a exegese do art. 287 do Código Penal ora impugnada.

Da Violação à Liberdade de Reunião

32. De acordo com o art. 5º, XVI, da Lei Maior, 'todos podem se reunir pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião

ADPF 187 / DF

anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente.'

33. O Supremo Tribunal Federal, em histórica decisão sobre a liberdade de reunião', **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 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.

34. No caso, a interpretação questionada do art. 287 do Código Penal **viola gravemente** tal direito, **pois permite que seja tratada** como ilícito penal a **realização** de reunião pública, pacífica e sem armas, devidamente comunicada às autoridades competentes, **só porque voltada** à defesa da legalização das drogas.

35. É certo que a doutrina em geral considera que existe um limite implícito à liberdade de reunião, que é a sua finalidade lícita. Porém, como salientado acima, é perfeitamente lícita a defesa pública da legalização das drogas, na perspectiva do legítimo exercício da liberdade de expressão.

36. Evidentemente, seria ilícita uma reunião em que as pessoas se encontrassem para consumir drogas ilegais ou para instigar terceiros a usá-las. **Não é este o caso de reunião** voltada à crítica da legislação penal e de políticas públicas em vigor, em que se defenda a

ADPF 187 / DF

legalização das drogas em geral, ou de alguma substância entorpecente em particular." (grifei)

O Senhor Presidente da República, **nas informações que prestou** a esta Suprema Corte, **suscitou questão preliminar** pertinente ao **não conhecimento** da presente argüição de descumprimento de preceito fundamental, **referente** à "impossibilidade de interpretação conforme a Constituição na presente ADPF" (fls. 103), **eis que**, segundo sustenta o eminente Chefe do Poder Executivo da União, "(...) Qualquer exegese que se busque contraria o sentido que o legislador buscou dar à norma (...)". (fls. 104).

O Senhor Presidente da República, de outro lado, **requereu** a improcedência da ação, "haja vista que a configuração ou não do tipo penal, bem como de eventuais excludentes constitucionais de liberdade de expressão só podem ser verificadas no caso concreto e não a priori, no juízo do controle abstrato de constitucionalidade" (fls. 105).

O eminente Advogado-Geral da União, por sua vez, **ao pronunciar-se** nestes autos, **manifestou-se pelo não conhecimento** da presente argüição de descumprimento de preceito fundamental **ou, caso**

ADPF 187 / DF

conhecida, **pela improcedência** do pedido (fls. 107/117), **fazendo-o em parecer** que está assim ementado (fls. 107):

"Argüição de descumprimento de preceito fundamental. Manifestações em favor da descriminalização das drogas. Liberdade de expressão. Crime de apologia. Pedido de interpretação conforme. Preliminar. Exegese que não se inclui no âmbito de incidência da norma. Inexistência de espaço de decisão para utilização da interpretação conforme. Não conhecimento da ação. Mérito. Linha tênue entre o tipo penal e a liberdade de expressão, só verificável no caso concreto. Controle difuso de constitucionalidade. Manifestação pela improcedência do pedido." (grifei)

A douta Procuradoria-Geral da República, **ao pronunciar-se** nesta causa (fls. 88), **reportou-se** aos fundamentos por ela **anteriormente deduzidos** na petição inicial, **repelindo** a questão preliminar argüida pelo Senhor Presidente da República e pelo eminente Advogado-Geral da União (fls. 690/694).

Registro, finalmente, que admiti (fls. 143 e 669), como "*amici curiae*", a Associação Brasileira de Estudos Sociais do Uso de Psicoativos - ABESUP (fls. 120/121) **e** o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM (fls. 634/639), **cujos pronunciamentos, dando especial ênfase** às liberdades constitucionais de reunião e de manifestação do pensamento, **convergem, em seus aspectos essenciais,**

ADPF 187 / DF

no sentido exposto pelo autor **da presente** argüição de descumprimento de preceito fundamental.

Este é o relatório, de que se extrairá cópia **a ser encaminhada** a todos os eminentes Senhores Ministros deste Tribunal (Lei nº 9.882/99, art. 7º, "caput").

15/06/2011

TRIBUNAL PLENO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 187 DISTRITO FEDERAL

V O T O

(s/ preliminar de não conhecimento)

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator): A eminente Senhora Procuradora-Geral da República em exercício, ao ajuizar a presente argüição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em consideração a essencialidade dos postulados que amparam e protegem a liberdade de reunião e a liberdade de manifestação do pensamento, assim justificou a admissibilidade dessa especial ação constitucional, examinando-a, quer em face dos requisitos que lhe são inerentes, quer à luz do postulado da subsidiariedade (fls. 07/09):

"13. A argüição de descumprimento de preceito fundamental - ADPF, prevista no art. 102, § 1º, da Constituição Federal, regulamentada pela Lei nº 9.882/99, volta-se contra atos comissivos ou omissivos dos Poderes Públicos que importem em lesão ou ameaça de lesão aos princípios e regras mais relevantes da ordem constitucional.

14. A doutrina reconhece a existência de duas modalidades diferentes de ADPF: a autônoma, que representa uma típica modalidade de jurisdição constitucional abstrata, desvinculada de qualquer caso concreto; e a incidental, que pressupõe a existência de uma determinada lide intersubjetiva, na qual tenha surgido uma controvérsia constitucional relevante.

15. A presente ADPF é de natureza autônoma. Para o seu cabimento, é necessário que estejam presentes os seguintes requisitos: (a) exista lesão ou ameaça a

ADPF 187 / DF

preceito fundamental, **(b) causada** por atos comissivos ou omissivos dos Poderes Públicos, e **(c) não haja** nenhum outro instrumento apto a sanar esta lesão ou ameaça. Estes três requisitos **estão plenamente configurados**, conforme se demonstrará a seguir.

(a) Da Lesão a Preceito Fundamental: A Afronta às Liberdades de Expressão e de Reunião

16. A tese central desta ADPF é a de que a interpretação impugnada do art. 287 do Código Penal é incompatível com as liberdades de expressão e de reunião, que são direitos fundamentais positivados, respectivamente, nos arts. 5º, incisos IV e IX, e 220 da CF e no art. 5º, inciso XVI, da Carta de 88.

17. Os direitos fundamentais, em razão do seu protagonismo no sistema constitucional vigente, configuram, indiscutivelmente, preceitos fundamentais, tanto que se qualificam como cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, inciso IV, CF).

(b) Ato do Poder Público

18. O ato do Poder Público impugnado nesta ação é a interpretação que alguns juízes e tribunais vêm adotando do art. 287 do Código Penal.

(c) Da Inexistência de Outro Meio para Sanar a Lesividade

19. O art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/99 instituiu o chamado 'princípio da subsidiariedade' da ADPF. Há controvérsia sobre como deve ser compreendido o princípio da subsidiariedade nas arguições incidentais. Contudo, quando se trata de ADPF autônoma, parece fora de dúvida que o juízo sobre o atendimento do princípio em questão deve ter em vista a existência de outros processos objetivos de fiscalização de constitucionalidade, que possam corrigir de maneira adequada a lesão a preceito fundamental.

20. No caso, este requisito **está plenamente satisfeito**, uma vez que o objetivo pretendido na ação, **de reconhecimento de invalidade** de ato normativo anterior à Constituição, **não pode ser obtido** através da propositura de ação direta de inconstitucionalidade, **tendo em vista** a orientação reiterada do STF, **no sentido de que a não-recepção** envolve hipótese de revogação, e **não** de inconstitucionalidade superveniente.

ADPF 187 / DF

21. **Aliás**, existe expressa previsão na Lei nº 9.882/99 sobre o cabimento da impugnação de normas anteriores à Constituição (art. 1º, parágrafo único, I)." (grifei)

I. Admissibilidade, no caso, da argüição de descumprimento de preceito fundamental

Entendo, Senhor Presidente, que se acham atendidos, na espécie, os requisitos que, inerentes à estrutura constitucional da argüição de descumprimento, **permitem reconhecer-lhe** a admissibilidade, **eis** que se trata, no caso, de **argüição autônoma** (desvinculada de qualquer situação concreta específica) **que objetiva inibir** dano efetivo **ou** potencial a determinados preceitos fundamentais de nosso ordenamento constitucional (o direito de reunião **e** o direito à livre expressão de idéias), **cuja integridade** se vê transgredida (**ou** ameaçada de transgressão) **por atos** do Poder Público **consubstanciados** em decisões judiciais que, **interpretando** o art. 287 do Código Penal, **culminam por restringir, indevidamente**, o alcance **e** o exercício de tais prerrogativas fundamentais, **expondo** aqueles que pretendem exercê-las a injusta repressão governamental **materializada** em comportamentos estatais **que provocam, por efeito de intervenção policial, a forçada dissolução** de passeatas, marchas **ou** caminhadas, **realizadas, de modo pacífico**, em espaços públicos, com graves e lesivas conseqüências **para o exercício** da liberdade de

ADPF 187 / DF

manifestação do pensamento e da livre circulação de idéias em torno de tema **impregnado** de *inquestionável* relevo político-social e de *inegável* repercussão **na vida** da coletividade e das pessoas em geral, e **sobre o qual todo e qualquer** cidadão **desta** República, **sem** exclusão, **sem** restrição e **sem** discriminação, **tem** o inalienável direito de se pronunciar *abertamente, plenamente, livremente!*

II. Observância do postulado da subsidiariedade

De outro lado, Senhor Presidente, **também se revela admissível, na espécie, a utilização** da argüição de descumprimento de preceito fundamental **em face** do que prescreve o art. 4º, **§ 1º**, da Lei nº 9.882/99, **que assim dispõe:**

*"Não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental **quando houver** qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade." (grifei)*

O diploma legislativo em questão - **tal como tem sido reconhecido** por esta Suprema Corte (**RTJ** 189/395-397, v.g.) - **consagra o princípio da subsidiariedade, que rege** a instauração do processo objetivo de argüição de descumprimento de preceito fundamental, **condicionando**, o ajuizamento **dessa especial** ação de índole constitucional, **à ausência de qualquer outro** meio processual

ADPF 187 / DF

apto a sanar, de modo eficaz, a situação de lesividade indicada pelo autor:

“- O ajuizamento da ação constitucional de argüição de descumprimento de preceito fundamental rege-se pelo princípio da subsidiariedade (Lei nº 9.882/99, art. 4º, § 1º), a significar que não será ela admitida, sempre que houver qualquer outro meio juridicamente idôneo apto a sanar, com efetividade real, o estado de lesividade emergente do ato impugnado. Precedentes: ADPF 3/CE, ADPF 12/DF e ADPF 13/SP.

A mera possibilidade de utilização de outros meios processuais, contudo, não basta, só por si, para justificar a invocação do princípio da subsidiariedade, pois, para que esse postulado possa legitimamente incidir - impedindo, desse modo, o acesso imediate à argüição de descumprimento de preceito fundamental - revela-se essencial que os instrumentos disponíveis mostrem-se capazes de neutralizar, de maneira eficaz, a situação de lesividade que se busca obstar com o ajuizamento desse 'writ' constitucional.

- A norma inscrita no art. 4º, § 1º da Lei nº 9.882/99 - que consagra o postulado da subsidiariedade - estabeleceu, validamente, sem qualquer ofensa ao texto da Constituição, pressuposto negativo de admissibilidade da argüição de descumprimento de preceito fundamental, pois condicionou, legitimamente, o ajuizamento dessa especial ação de índole constitucional, à observância de um inafastável requisito de procedibilidade, consistente na ausência de qualquer outro meio processual revestido de aptidão para fazer cessar, prontamente, a situação de lesividade (ou de potencialidade danosa) decorrente do ato impugnado." (RTJ 184/373-374, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

O exame do precedente que venho de referir (RTJ 184/373-374, Rel. Min. CELSO DE MELLO) revela que o princípio da subsidiariedade não pode - nem deve - ser invocado para impedir o

ADPF 187 / DF

exercício da ação constitucional de argüição de descumprimento de preceito fundamental, eis que esse instrumento está vocacionado a viabilizar, numa dimensão estritamente objetiva, a realização jurisdicional de direitos básicos, de valores essenciais e de preceitos fundamentais contemplados no texto da Constituição da República.

Se assim não se entendesse, a indevida aplicação do princípio da subsidiariedade poderia afetar a utilização dessa relevantíssima ação de índole constitucional, o que representaria, em última análise, a inaceitável frustração do sistema de proteção que a Carta Política instituiu em favor de preceitos fundamentais, de valores essenciais e de direitos básicos, com grave comprometimento à própria efetividade da Constituição.

Daí a prudência com que o Supremo Tribunal Federal deve interpretar a regra inscrita **no art. 4º, § 1º**, da Lei nº 9.882/99, em ordem a permitir que a utilização dessa **nova** ação constitucional possa efetivamente prevenir **ou** reparar lesão a preceito fundamental **causada** por ato do Poder Público.

ADPF 187 / DF

Não é por outra razão que esta Suprema Corte vem entendendo que a invocação do princípio da subsidiariedade, para não conflitar com o caráter objetivo de que se reveste a argüição de descumprimento de preceito fundamental, supõe a impossibilidade de utilização, em cada caso, dos demais instrumentos de controle normativo abstrato:

"(...) 6. Cabimento de argüição de descumprimento de preceito fundamental para solver controvérsia sobre legitimidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive anterior à Constituição (norma pré-constitucional) (...). 9. ADPF configura modalidade de integração entre os modelos de perfil difuso e concentrado no Supremo Tribunal Federal. 10. Revogação da lei ou ato normativo não impede o exame da matéria em sede de ADPF, porque o que se postula nessa ação é a declaração de ilegitimidade ou de não-recepção da norma pela ordem constitucional superveniente (...). 13. Princípio da subsidiariedade (art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99): inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesão, compreendido no contexto da ordem constitucional global, como aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata. 14. A existência de processos ordinários e recursos extraordinários não deve excluir, 'a priori', a utilização da argüição de descumprimento de preceito fundamental, em virtude da feição marcadamente objetiva dessa ação (...)." (ADPF 33/PA, Rel. Min. GILMAR MENDES - grifei)

A pretensão ora deduzida nesta sede processual - que tem por objeto preceito normativo que antecedeu a promulgação da vigente

ADPF 187 / DF

Constituição, tratando-se, portanto, de norma pré-constitucional (CP, art. 287), exatamente por revelar-se insuscetível de conhecimento em sede de ação direta de inconstitucionalidade (RTJ 145/339, Rel. Min. CELSO DE MELLO - RTJ 169/763, Rel. Min. PAULO BROSSARD - ADI 129/SP, Rel. p/ o acórdão Min. CELSO DE MELLO, v.g.) - não encontra obstáculo na regra inscrita no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, o que permite, satisfeita a exigência imposta pelo postulado da subsidiariedade, a instauração deste processo objetivo de controle normativo concentrado.

Cabe registrar, ainda, por oportuno, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal tem admitido a possibilidade de ajuizamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental contra diploma normativo pré-constitucional (ADPF 33/PA, Rel. Min. GILMAR MENDES - ADPF 130/DF, Rel. Min. AYRES BRITTO - ADPF 153/DF, Rel. Min. EROS GRAU).

Reconheço admissível, pois, no caso, sob a perspectiva do postulado da subsidiariedade, a utilização do instrumento processual da argüição de descumprimento de preceito fundamental.

ADPF 187 / DF

III. Admissibilidade do ajuizamento da ADPF contra interpretação judicial

Nem se diga, de outro lado, que a presente argüição de descumprimento, por incidir sobre a interpretação dada, por alguns juízes e Tribunais, ao art. 287 do Código Penal, não se mostraria viável.

Entendo, Senhor Presidente, na linha de orientação jurisprudencial firmada por esta Suprema Corte (ADPF 33/PA, Rel. Min. GILMAR MENDES), que a controvérsia constitucional ora suscitada pela ilustre Procuradora-Geral da República em exercício mostra-se passível de veiculação em sede de argüição de descumprimento de preceito fundamental, mesmo que o litígio tenha por objeto interpretações judiciais aleadamente violadoras de preceitos fundamentais, como a liberdade de reunião e o direito à livre manifestação do pensamento, cuja suposta transgressão decorreria de decisões emanadas de órgãos diversos do Poder Judiciário.

Essa compreensão da matéria, que sustenta a viabilidade da utilização da argüição de descumprimento contra interpretação judicial de que possa resultar lesão a preceito fundamental, encontra apoio em valioso magistério doutrinário do eminente Ministro GILMAR MENDES ("Argüição de Descumprimento de Preceito

ADPF 187 / DF

Fundamental: comentários à Lei n. 9.882, de 3.12.1999", p. 72, item n. 6, 2007, Saraiva):

"Pode ocorrer lesão a preceito fundamental fundada em simples interpretação judicial do texto constitucional.

Nesses casos, a controvérsia não tem por base a legitimidade ou não de uma lei ou de um ato normativo, mas se assenta simplesmente na legitimidade ou não de uma dada interpretação constitucional. No âmbito do recurso extraordinário essa situação apresenta-se como um caso de decisão judicial que contraria diretamente a Constituição (art. 102, III, 'a').

Não parece haver dúvida de que, diante dos termos amplos do art. 1º da Lei n. 9.882/99, essa hipótese poderá ser objeto de argüição de descumprimento - lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público -, até porque se cuida de uma situação trivial no âmbito de controle de constitucionalidade difuso.

Assim, o ato judicial de interpretação direta de um preceito fundamental poderá conter uma violação da norma constitucional. Nessa hipótese, caberá a propositura da argüição de descumprimento para afastar a lesão a preceito fundamental resultante desse ato judicial do Poder Público, nos termos do art. 1º da Lei n. 9.882/99." (grifei)

Cabe lembrar, no ponto, que esta Suprema Corte, em alguns precedentes, já reconheceu a admissibilidade da argüição de descumprimento que tenha por objeto decisões judiciais veiculadoras de comandos, resoluções ou determinações que possam afetar a integridade de preceitos fundamentais.

ADPF 187 / DF

Refiro-me, p. ex., ao julgamento plenário da ADPF 33/PA, Rel. Min. GILMAR MENDES, e da ADPF 144/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO:

"(...) **5. Cabimento** da argüição de descumprimento de preceito fundamental (**sob o prisma** do art. 3º, V, da Lei nº 9.882/99) **em virtude** da existência de **inúmeras decisões** do Tribunal de Justiça do Pará **em sentido manifestamente oposto** à jurisprudência pacificada desta Corte **quanto** à vinculação de salários a múltiplos do salário mínimo. (...)." (ADPF 33/PA, Rel. Min. GILMAR MENDES - grifei)

"(...) ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (...) - ADMISSIBILIDADE DO AJUIZAMENTO DE ADPF CONTRA INTERPRETAÇÃO JUDICIAL DE QUE POSSA RESULTAR LESÃO A PRECEITO FUNDAMENTAL - EXISTÊNCIA DE CONTROVÉRSIA RELEVANTE NA ESPÉCIE, AINDA QUE NECESSÁRIA SUA DEMONSTRAÇÃO APENAS NAS ARGÜIÇÕES DE DESCUMPRIMENTO DE CARÁTER INCIDENTAL. (...)." (ADPF 144/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

IV. A admissibilidade da ADPF como instrumento viabilizador da interpretação conforme à Constituição

Cumpre analisar, agora, a preliminar de não conhecimento da presente argüição de descumprimento de preceito fundamental, **suscitada** pelo Senhor Presidente da República e pelo eminente Advogado-Geral da União, **consistente** na alegação de que a norma objeto **da presente** argüição de descumprimento de preceito fundamental **não ensejaria** múltiplas possibilidades interpretativas, o que afastaria a pretensão de utilização, **na espécie**, **da técnica da interpretação conforme à Constituição**.

ADPF 187 / DF

A **douta** Procuradoria-Geral da República, **ao pronunciar-se** pela **rejeição da preliminar em causa, assim fundamentou** o seu pronunciamento (fls. 691/694):

"4. **A primeira objeção** que se faz contra essa conclusão **diz respeito** à pretendida univocidade de sentido do art. 287 do CP.

5. **Primeiro, pela polissemia** de toda e qualquer expressão. **Wittgenstein** é um dos primeiros a dizer que as palavras **não se apresentam** tais quais etiquetas que se colam às coisas. **De resto**, estão todos suficientemente de acordo em que 'a presença de significado claro atesta a hegemonia, por assim dizer, de uma interpretação específica, **não a ausência ou superfluidade** da interpretação como tal'.

6. **Segundo, porque não há** razoabilidade alguma em definir-se o sentido da norma a partir de sua estrita positividade/literalidade. **Para o pensamento posterior a Kelsen**, o problema da interpretação **passou a ser** o centro da própria concepção do Direito: **é a chamada virada hermenêutica** da teoria jurídica. **Rompe-se** a dualidade direito/sociedade, texto/contexto: o direito é texto como contexto social. Em cada ato interpretativo está presente o contexto com base no qual o intérprete faz os significados significarem.

7. **Daí por que é hoje curial a convicção** de que o sentido de uma norma jamais está dado em definitivo e em absoluto. Toda regra, seja moral ou ética, se deposita na temporalidade e na experiência, o que requer o exercício permanente do estabelecimento de seu sentido.

8. **E, terceiro, porque, pragmaticamente, o dispositivo vem sendo acionado, ora** para proibir, **ora** para permitir manifestações públicas **em defesa da** legalização de drogas. **A própria** inicial **transcreve** parte de decisão proferida pelo Juiz do IV Juizado Especial Criminal da Comarca do Rio de Janeiro, **em favor** da manifestação. **Há, portanto, desacordo judicial** sobre o sentido do art. 287 do CP, **razão mais** do que suficiente **a justificar** a pretensão deduzida na presente ação.

ADPF 187 / DF

9. **Mas há outra dificuldade adicional** na posição assumida pelo Presidente da República **e decorre daquilo que a doutrina aponta como a força invasiva e vinculante da principiologia constitucional. No primeiro caso, porque** as Constituições modernas, **atentas a que se destinam** a sociedades plurais, com uma miríade de valores muitas das vezes conflitantes entre si, **disciplinam** numerosos aspectos substantivos, **de tal modo** que é difícil encontrar um problema jurídico medianamente sério que careça de alguma relevância constitucional. **No segundo,** porque esses princípios passam a ser vistos como autênticas normas jurídicas de eficácia direta e imediata, **e não mais** como valores programáticos.

10. **Em outras palavras,** introduz-se uma dimensão substancial nas condições de validade das normas: **a sua relação** com a Constituição **não é apenas** de natureza formal, **mas também de conteúdo,** fortemente marcado pela realização dos direitos fundamentais. (...).

.....
11. **De modo que não há** dispositivo legal livre de **ser confrontado** com a Constituição **e de ter** o seu sentido estabelecido a partir dela.

.....
13. **E, em relação à interpretação conforme,** **sustentou** que ela está longe de significar usurpação da atividade legislativa, **uma vez que** 'interpretação conforme **é modalidade** de declaração de inconstitucionalidade **sem redução** de texto; **portanto,** o caso é de sentença ablativa e não aditiva'.

14. Gilmar Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gonet Branco, em obra doutrinária, sequer veem dificuldade em que a Corte Constitucional profira decisão interpretativa com eficácia aditiva. Lembrem, de resto, que há várias decisões desse Supremo Tribunal adotando a técnica da 'declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto'.

15. **O caso presente em nada difere** desses outros tantos, **em que** 'se **explicita** que um significado normativo é inconstitucional **sem** que a expressão literal sofra qualquer alteração'.

16. **As considerações** até agora expendidas **aplicam-se** também, com suficiência, **ao argumento** da AGU, de que o art. 287 do CP **apenas admite** uma única interpretação:

ADPF 187 / DF

quando o agente exalta a prática de crime já ocorrido ou seu autor.

17. **Acrescente-se ainda que, sob tal perspectiva, a discussão é de todo desnecessária, na medida em que juízes vêm invocando esse dispositivo para impedir a chamada 'marcha da maconha'. Portanto, dão a ele sentido diverso daquele sustentado pela AGU." (grifei)**

Entendo **assistir** plena razão à douta Procuradoria-Geral da República, **eis** que o preceito normativo ora questionado tem efetivamente merecido múltiplas interpretações, revestindo-se, por tal razão, do necessário conteúdo polissêmico, consoante o evidenciam as decisões a que alude a eminente Procuradora-Geral da República em exercício, em sua petição inicial, **nas quais** alguns magistrados e Tribunais, **interpretando** o art. 287 do Código Penal, **proíbem** a realização da denominada "marcha da maconha", não obstante também existam pronunciamentos judiciais que, *favoráveis*, entendem que tal manifestação popular **não transgride** o preceito legal referido.

Os **sucessivos** episódios registrados em **diversas** unidades da Federação, **como aqueles** recentemente ocorridos no Estado de São Paulo, **constituem** veemente atestação do quadro de graves conseqüências que as *várias* abordagens hermenêuticas do art. 287 do Código Penal podem ocasionar, com sérias e lesivas projeções sobre o natural exercício dos direitos fundamentais de reunião e

ADPF 187 / DF

de livre manifestação do pensamento, cuja incolumidade se vê atingida por atos repressivos dos agentes estatais **atuando** no cumprimento e implementação de ordens **emanadas** do Poder Judiciário.

Esse quadro, *bastante expressivo*, mostra-se **altamente** revelador das dúvidas e perplexidades **causadas** por interpretações judiciais **que se antagonizam** em torno do alcance **que se deve dar**, à luz dos grandes postulados constitucionais, ao art. 287 do Código Penal, **considerada**, para tanto, a constelação axiológica **que qualifica** a própria declaração de direitos **proclamada** pela Lei Fundamental da República.

É nesse cenário de incertezas exegéticas que se movimentam os cidadãos **preocupados em externar**, de modo livre, responsável e conseqüente, **as convicções** que professam e **que desejam** transmitir à coletividade, **visando**, com a pacífica utilização dos espaços públicos **a todos** acessíveis, **como** as ruas, as praças e as avenidas, conquistar, pelo poder das idéias, pela força da persuasão **e** pela sedução das palavras, corações e mentes, **em ordem a promover** atos de proselitismo para uma causa que se pretende legítima, especialmente se se considerar que o regime democrático, longe de impor uniformidade ao pensamento, **estimula**, numa perspectiva pluralística, **a diversidade** de opiniões **e assegura**, a todos, **sem**

ADPF 187 / DF

distinção de caráter político, filosófico **ou** confessional, **o direito** de livremente externar suas posições, ainda que em franca oposição à vontade de grupos majoritários.

Vê-se, daí, **que as diversidades interpretativas** em torno do art. 287 do Código Penal **tornam real a existência** de controvérsia relevante sobre o texto normativo que se contém em mencionado preceito legal.

É certo que, tratando-se de argüição de descumprimento de preceito fundamental, **o diploma legislativo** que a rege **somente** torna exigível a demonstração da existência de efetiva e relevante controvérsia de ordem jurídica (**Lei nº 9.882/99**, art. 3º, inciso V), **quando se cuidar de ação de argüição incidental** a que se refere **o parágrafo único** do art. 1º da Lei nº 9.882/99.

Ainda que se tenha por imprescindível, na argüição de descumprimento, **a necessária comprovação** de controvérsia constitucional relevante sobre o desrespeito a determinado preceito fundamental, como sustenta GILMAR FERREIRA MENDES, notadamente em relação "àquela de perfil incidental..." ("**Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental**", p. 105, item n. 1.1, 2007, Saraiva), o fato irrecusável, no caso, **é que existe**, como claramente

ADPF 187 / DF

resulta **do próprio** dissenso judicial a propósito da questão em exame, situação de litigiosidade que afeta - e gravemente compromete - a integridade das liberdades fundamentais de reunião **e** de expressão do pensamento, **tudo a permitir** que se reconheça a plena admissibilidade da ação constitucional ora **ajuizada** pela Procuradoria-Geral da República.

O **fato** de que a controvérsia constitucional relevante **deriva das múltiplas expressões semiológicas propiciadas** pela regra legal em questão **e comprovadas** pelas diversas decisões judiciais conflitantes **a propósito** do art. 287 do Código Penal **permite reconhecer que se mostra plenamente adequado** o emprego, ora preconizado pela douta Procuradoria-Geral da República, da técnica de decisão e de controle de constitucionalidade fundada no método da interpretação conforme à Constituição.

É claro que a utilização desse método, *para legitimar-se*, **supõe** que o ato estatal - **porque revestido** de conteúdo abrangente - **admita**, como sucede na espécie, **múltiplas interpretações**, algumas compatíveis **e outras** inconciliáveis com o texto da Constituição.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, **objetivando impedir** que o ato estatal, **considerado** em sua

ADPF 187 / DF

literalidade, venha a ser afetado, quer pela concessão de medida cautelar, quer pela declaração de inconstitucionalidade, tem utilizado o método da interpretação conforme à Constituição.

Trata-se, na realidade, de uma técnica de decisão que, sem implicar redução do texto normativo - quando este se revele impregnado de conteúdo polissêmico e plurissignificativo -, inibe e exclui interpretações que, por desconformes à Constituição, conduzem a uma exegese divorciada do sentido autorizado pela Lei Fundamental.

Esse método, portanto, preserva a interpretação que se revele compatível com a Constituição, suspendendo, em consequência, variações interpretativas conflitantes com a ordem constitucional.

Vê-se, desse modo, que o método da interpretação conforme à Constituição - também aplicável em sede de medida cautelar nas ações diretas (RTJ 137/90, Rel. Min. MOREIRA ALVES - RTJ 164/548, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - RTJ 173/447-448, Rel. Min. CARLOS VELLOSO - RTJ 173/778-779, Rel. Min. ILMAR GALVÃO - ADI 1.556-MC/PE, Rel. Min. MOREIRA ALVES - ADI 1.586-MC/PA, Rel. Min. SYDNEY SANCHES - ADI 1.668-MC/DF, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, v.g.) -, mais do que fundamento doutrinário para um qualificado processo exegético, traduz elemento viabilizador do próprio controle de

ADPF 187 / DF

constitucionalidade, inclusive na esfera mesma da fiscalização normativa abstrata (RTJ 126/48, Rel. Min. MOREIRA ALVES), ensejando a preservação da eficácia de atos estatais cujo conteúdo normativo, revestindo-se de sentido polissêmico, admita, por isso mesmo, **múltiplas** significações **que se revelem**, algumas, **compatíveis** com a Carta Política (sendo válidas, portanto) e, outras, **conflitantes** com o que dispõe a Lei Fundamental do Estado.

A utilização da interpretação conforme à Constituição, em sede de fiscalização abstrata, vem sendo amplamente reconhecida pela doutrina (GILMAR FERREIRA MENDES, "Jurisdição Constitucional", p. 316/326, item n. III, 4ª ed., 2004, Saraiva; KARL LARENZ, "Metodologia da Ciência do Direito", p. 410/414, 2ª ed., trad. de José Lamago, Fundação Calouste Gulbenkian; JORGE MIRANDA, "Manual de Direito Constitucional", tomo II/232, item n. 57, 2ª ed., 1988, Coimbra Editora; J. J. GOMES CANOTILHO, "Direito Constitucional", p. 235, 5ª ed., 1991, Livraria Almedina, Coimbra; CELSO RIBEIRO BASTOS, "Curso de Direito Constitucional", p. 101/102, 11ª ed., 1989, Saraiva; OSWALDO LUIZ PALU, "Controle de Constitucionalidade: Conceito, Sistemas e Efeitos", p. 188/189, item n. 9.8, 2ª ed., 2001, RT; ZENO VELOSO, "Controle Jurisdicional de Constitucionalidade", p. 169/175, itens ns. 189-198, 3ª ed./2ª tir., 2003, Del Rey; GUILHERME PEÑA DE MORAES, "Direito Constitucional - Teoria da Constituição",

ADPF 187 / DF

p. 122/123, item n. 3.3, 3ª ed., 2006, Lumen Juris; CLÊMERTON MERLIN CLÈVE, "A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro", p. 262/270, item n. 3.2.9, 2ª ed., 2000, RT; NELSON NERY JUNIOR/ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, "Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional", p. 560/563, 2006, RT, v.g.), valendo referir, no ponto, no que concerne a um dos pressupostos básicos dessa técnica de decisão, as considerações feitas por WALBER DE MOURA AGRA ("Curso de Direito Constitucional", p. 569, item n. 28.17, 2ª ed., 2007, Forense):

"Como condição para a interpretação conforme à Constituição, deve existir mais de uma interpretação cabível para a norma, compatível com os dispositivos da Lei Maior. A opção escolhida será aquela que permita uma sincronia mais intensa com as normas constitucionais."
(grifei)

Cabe ressaltar, por oportuno, a compreensão que UADI LAMMÊGO BULOS expõe sobre a interpretação conforme à Constituição ("Curso de Direito Constitucional", p. 349/350, item n. 13, 2007, Saraiva), nela destacando - ao lado de sua configuração como técnica de controle de constitucionalidade - a sua identificação como "critério de exegese constitucional":

"Como 'critério de exegese', a 'interpretação conforme' visa preservar a norma, e não decretar a sua inconstitucionalidade, permitindo ao intérprete:

- Realizar a vontade da Constituição. (...).
- Escolher o melhor significado das leis ou atos normativos, em meio a tantos outros que eles

ADPF 187 / DF

possam apresentar. Assim, no equacionamento de problemas jurídico-constitucionais, resta ao intérprete recorrer à 'teoria da divisibilidade da norma'. (...) Evidente que isso só pode ser feito em preceitos que abriguem múltiplos significados ('normas polissêmicas'), aceitando várias interpretações. Caso a norma tenha sentido unívoco, não há opções de escolha. Resultado: ou ela é totalmente constitucional, ou inconstitucional. (...).

- **Harmonizar** as leis ou os atos normativos à Constituição, **elegendo uma linha interpretativa** que melhor se amolde a ela. (...).

- **Excluir exegeses que contrariem a Constituição**, chegando a um único sentido interpretativo, o qual legitima determinada leitura da norma legal. (...).

- **Buscar** o sentido profundo das normas constitucionais, **eliminando** interpretações superficiais, resultantes de leituras apressadas e sem reflexão mais demorada. **Ao determinar qual das possíveis exegeses** de uma lei se mostra compatível com a Carta Maior, **a interpretação conforme** evita que se declare a inconstitucionalidade normativa. **Em vez de nulificar** o ato supostamente inconstitucional, **procura salvá-lo**, mediante a descoberta **de uma alternativa** que legitime o conteúdo da norma, **reputada**, num exame alijeirado, **contrária** à Constituição. **Por isso, a grande importância do instituto** está em discernir a zona limítrofe da inconstitucionalidade. **Muitas vezes, a força conformadora da interpretação** é o bastante para eliminar situações aparentemente inconstitucionais. **Daí a justificativa** da 'interpretação conforme': **extrair**, ao máximo, **as potencialidades** das leis e atos normativos, **prestigiando**, assim, **os princípios** da economia processual, da supremacia da Constituição, da unidade do ordenamento jurídico e da presunção de constitucionalidade das leis." (grifei)

Esse entendimento - é importante acentuar - **nada** mais reflete **senão** a própria orientação jurisprudencial **que esta** Suprema

ADPF 187 / DF

Corte firmou no tema ora em exame, como reconhecido em precedente consubstanciado, no ponto, em acórdão assim ementado:

"(...) - Impossibilidade, na espécie, de se dar interpretação conforme a Constituição, pois essa técnica só é utilizável quando a norma impugnada admite, dentre as várias interpretações possíveis, uma que a compatibilize com a Carta Magna, e não quando o sentido da norma é unívoco, como sucede no caso presente. (...)."

(ADI 1.344-MC/ES, Rel. Min. MOREIRA ALVES, Pleno - grifei)

Em suma: não custa advertir que a interpretação conforme à Constituição não pode resultar de mero arbítrio do Supremo Tribunal Federal, pois a utilização dessa técnica de decisão pressupõe, sempre, a existência de pluralidades interpretativas ensejadas pelo ato estatal, de tal modo que se impõe, como requisito imprescindível à utilização dessa técnica de controle de constitucionalidade, a ocorrência de múltiplas interpretações da norma objeto da argüição de descumprimento.

Sendo assim, e em face das razões expostas, rejeito a questão preliminar suscitada nesta causa e conheço, em conseqüência, da presente argüição de descumprimento de preceito fundamental.

É o meu voto.

15/06/2011

TRIBUNAL PLENO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 187 DISTRITO FEDERAL

V O T O

(s/ pedido formulado pela Associação Brasileira de Estudos Sociais do Uso de Psicoativos - ABESUP)

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator): Registro que admiti, formalmente, como "*amici curiae*" (fls. 143 e 669), a Associação Brasileira de Estudos Sociais do Uso de Psicoativos - ABESUP (fls. 120/121) e o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM (fls. 634/639), cujos pronunciamentos, dando especial ênfase às liberdades constitucionais de reunião e de manifestação do pensamento, convergem, em seus aspectos essenciais, no sentido pretendido pela autora da presente argüição de descumprimento de preceito fundamental.

I. A intervenção do "amicus curiae": pluralização do debate constitucional e extensão e limites dos poderes processuais desse "terceiro interessado" no âmbito dos processos de fiscalização abstrata de constitucionalidade

Há, no entanto, Senhor Presidente, outra questão prévia a ser analisada e que se refere à extensão e aos limites dos poderes processuais de que se acha investido o "*amicus curiae*".

ADPF 187 / DF

Essa indagação se impõe pelo fato de a ABESUP claramente ampliar o objeto da presente demanda, **delimitado, com precisão**, pela douta Procuradoria-Geral da República, **que postula, unicamente, seja dado**, ao art. 287 do Código Penal, 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"** (fls. 14 - **grifei**).

Com efeito, a ABESUP **pretende o reconhecimento** da legitimidade jurídica, com a conseqüente declaração **de ausência** de tipicidade penal, **de determinadas** condutas (fls. 188/189), tais como o cultivo doméstico, o porte de pequena quantidade e o uso, em âmbito privado, da maconha; a utilização de referida substância para fins medicinais, **inclusive** para efeito de realização de pesquisas médicas; o uso ritual da maconha em celebrações litúrgicas; a utilização da substância canábica para fins econômicos, **admitidos**, *quanto a ela*, o plantio, a exportação e importação, a distribuição ou a venda de insumos **ou** de produtos dela oriundos, **sem** qualquer vinculação ao consumo da planta propriamente dito; **ou, então, a** submissão de tais pleitos *"a um processo prévio de regulamentação via SENAD/CONAD, com a participação democrática dos órgãos e entidades que manifestem interesse no assunto"*.

ADPF 187 / DF

A ABESUP também pleiteia a concessão, de ofício, em caráter abstrato, de ordem de "habeas corpus" em favor de quaisquer pessoas que incidam nos comportamentos anteriormente referidos (fls. 151).

Destaco, para efeito de registro, esse pleito que a Associação Brasileira de Estudos Sociais do Uso de Psicoativos - ABESUP deduziu nos presentes autos (fls. 188/189):

"Seja concedida ordem de 'habeas corpus' de ofício, em caráter abstrato, interpretando a Lei 11.343/2006, em destaque seus artigos 2º e 28, de modo a garantir eficácia aos preceitos constitucionais implícitos e os estabelecidos nos artigos 5º, 'caput' e inciso VI, 6º, 170, 196 e 197 da Carta Federal, a fim de que seja reconhecida a atipicidade:

a) do cultivo doméstico da 'cannabis' e do porte de pequena quantidade, sendo vedado expressamente o comércio, admitindo-se o uso tão-somente no âmbito privado (...);

b) do uso da 'cannabis' para fins medicinais, em sentido 'lato', englobando, também, a possibilidade de realização de pesquisas médicas;

c) do uso religioso da 'cannabis', na qualidade de sacramento inerente ao ritual;

d) da utilização para fins econômicos, admitindo o plantio, a exportação e importação, a distribuição ou a venda de insumos ou produtos oriundos do 'cânhamo', sem qualquer vinculação no que diz respeito ao consumo da planta propriamente dito; ou

e) alternativamente, caso a Corte julgue conveniente, **que realize** o dimensionamento dos

ADPF 187 / DF

efeitos da decisão, **condicionando** todos os pleitos acima lançados, **excetuado** o da liberdade de expressão, **a um processo prévio** de regulamentação **via SENAD/CONAD, com a participação democrática** dos órgãos e entidades que manifestem interesse no assunto." (**grifei**)

Entendo que o "*amicus curiae*", **não obstante** o inquestionável relevo de sua participação, **como terceiro interveniente**, no processo de fiscalização normativa abstrata, **não dispõe** de poderes processuais que, **inerentes às partes, viabilizem** o exercício **de determinadas** prerrogativas que se mostram **unicamente** acessíveis às próprias partes, **como**, p. ex., o poder que assiste, ao argüente (**e não** ao "*amicus curiae*"), **de delimitar, tematicamente, o objeto da demanda** por ele instaurada.

Sabemos que entidades dotadas **de representatividade adequada** **podem ingressar, formalmente, em sede** de argüição de descumprimento de preceito fundamental, **na condição** de terceiros interessados, **para efeito** de participação e manifestação sobre a controvérsia constitucional **suscitada por quem dispõe** de legitimidade ativa para o ajuizamento de referida ação constitucional.

Esse entendimento, que reconhece a possibilidade de participação do "*amicus curiae*" na argüição de descumprimento de

ADPF 187 / DF

preceito fundamental, **é igualmente perfilhado** por ilustres autores, como o eminente Ministro GILMAR FERREIRA MENDES ("**Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Comentários à Lei n. 9.882, de 3-12-1999**", p. 126, item n. 04, 2007, Saraiva), cujo magistério, no tema, **merece** ser reproduzido:

"A Lei n. 9.882/99 faculta ao relator a possibilidade de ouvir as partes nos processos que ensejaram a argüição (art. 6º, § 1º). Outorga-se, assim, às partes nos processos subjetivos um 'limitado' direito de participação no processo objetivo submetido à apreciação do STF. É que, talvez em decorrência do universo demasiado amplo dos possíveis interessados, tenha pretendido o legislador ordinário outorgar ao relator alguma forma de controle quanto ao direito de participação dos milhares de interessados no processo.

Em face do caráter objetivo do processo, é fundamental que não só os representantes de potenciais interessados nos processos que deram origem à ação de descumprimento de preceito fundamental, mas também os legitimados para propor a ação, possam exercer direito de manifestação. Independentemente das cautelas que hão de ser tomadas para não inviabilizar o processo, deve-se anotar que tudo recomenda que, tal como a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade, a argüição de descumprimento de preceito fundamental assuma, igualmente, uma feição pluralista, com a ampla participação de 'amicus curiae'."
(grifei)

Tal como assinalei em decisões anteriores (ADI 2.130-MC/SC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJU 02/02/2001), a intervenção do "amicus curiae", para legitimar-se, deve apoiar-se em razões que tornem desejável e útil a sua atuação processual na causa, em ordem

ADPF 187 / DF

a proporcionar meios que viabilizem uma adequada resolução do litígio constitucional.

Impõe-se destacar, neste ponto, por necessário, a idéia nuclear que anima os propósitos teleológicos que motivam a intervenção do "amicus curiae" no processo de fiscalização normativa abstrata.

Não se pode perder de perspectiva que a intervenção processual do "amicus curiae" **tem por objetivo essencial pluralizar** o debate constitucional, **permitindo** que o Supremo Tribunal Federal **venha** a dispor **de todos** os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia, visando-se, ainda, com tal abertura procedimental, **superar a grave questão pertinente à legitimidade democrática** das decisões emanadas desta Corte, **quando** no desempenho de seu **extraordinário** poder de efetuar, em abstrato, o controle concentrado de constitucionalidade, **tal como destacam**, em pronunciamento sobre o tema, **eminentes** doutrinadores (GUSTAVO BINENBOJM, "A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira", 2ª ed., 2004, Renovar; ANDRÉ RAMOS TAVARES, "Tribunal e Jurisdição Constitucional", p. 71/94, 1998, Celso Bastos Editor; ALEXANDRE DE MORAES, "Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais",

ADPF 187 / DF

p. 64/81, 2000, Atlas; DAMARES MEDINA, "Amicus Curiae: Amigo da Corte ou Amigo da Parte?", 2010, Saraiva, v.g.).

Valioso, a propósito dessa particular questão, o magistério expendido pelo eminente Ministro GILMAR MENDES ("Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade", p. 503/504, 2ª ed., 1999, Celso Bastos Editor), em passagem na qual põe em destaque o entendimento de PETER HÄBERLE, para quem o Tribunal "há de desempenhar um papel de intermediário ou de mediador entre as diferentes forças com legitimação no processo constitucional" (p. 498), em ordem a pluralizar, em abordagem que deriva da abertura material da Constituição, o próprio debate em torno da controvérsia constitucional, conferindo-se, desse modo, expressão real e efetiva ao princípio democrático, sob pena de se instaurar, no âmbito do controle normativo abstrato, um indesejável "deficit" de legitimidade das decisões que o Supremo Tribunal Federal venha a pronunciar no exercício, "in abstracto", dos poderes **inerentes** à jurisdição constitucional.

Daí, segundo entendo, a necessidade de assegurar, ao "amicus curiae", mais do que o **simples** ingresso formal no processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade, a possibilidade de exercer o direito de fazer sustentações orais perante esta Suprema

ADPF 187 / DF

Corte, além de dispor da faculdade de submeter, ao Relator da causa, **propostas de requisição** de informações adicionais, **de designação** de perito ou comissão de peritos, para que emita parecer sobre questões decorrentes do litígio, **de convocação** de audiências públicas e, até mesmo, **a prerrogativa de recorrer** da decisão **que tenha denegado** o seu pedido de admissão no processo de controle normativo abstrato, como esta Corte tem reiteradamente reconhecido.

Cumpre rememorar, nesta passagem, a irrepreensível observação do eminente Ministro GILMAR MENDES, no fragmento doutrinário já referido, constante de sua **valiosíssima** produção acadêmica, em que expõe considerações de irrecusável pertinência em tema de intervenção processual do "amicus curiae" ("**op. loc. cit.**"):

"**Vê-se**, assim, que, **enquanto** órgão de composição de conflitos políticos, **passa a Corte Constitucional** a constituir-se em elemento fundamental de uma sociedade pluralista, **atuando como fator de estabilização indispensável** ao próprio sistema democrático.

É claro que a Corte Constitucional não pode olvidar a sua ambivalência democrática. Ainda que se deva reconhecer a legitimação democrática dos juízes, decorrente do complexo processo de escolha e de nomeação, e que a sua independência constitui requisito indispensável para o exercício de seu mister, não se pode deixar de enfatizar que aqui também reside aquilo que Grimm denominou de '**risco democrático**' (...).

É que as decisões da Corte Constitucional estão inevitavelmente imunes a qualquer controle democrático. Essas decisões podem anular, sob a invocação de um direito superior que, em parte, apenas é explicitado no processo decisório, a produção de um órgão direta e

ADPF 187 / DF

democraticamente legitimado. **Embora** não se negue que também as Cortes ordinárias **são dotadas** de um poder de conformação bastante amplo, **é certo** que elas **podem** ter a sua atuação **reprogramada** a partir de uma simples decisão do legislador ordinário. **Ao revés**, eventual correção da jurisprudência de uma Corte Constitucional **somente** há de se fazer, **quando possível, mediante emenda**.

Essas singularidades **demonstram** que a Corte Constitucional **não está livre** do perigo de converter uma vantagem democrática **num eventual risco** para a democracia.

Assim como a atuação da jurisdição constitucional pode contribuir para reforçar a legitimidade do sistema, **permitindo** a renovação do processo político com o reconhecimento dos direitos de novos ou pequenos grupos e com a inauguração de reformas sociais, **pode ela também bloquear** o desenvolvimento constitucional do País.

.....
O equilíbrio instável que se verifica e que parece constituir o autêntico problema da jurisdição constitucional na democracia afigura-se necessário e inevitável. Todo o esforço que se há de fazer é, pois, no sentido **de preservar** o equilíbrio e **evitar** disfunções.

Em **plena** compatibilidade com essa orientação, **Häberle** não só defende a existência de instrumentos de defesa da minoria, **como também propõe uma abertura hermenêutica** que possibilite a esta minoria o **oferecimento de 'alternativas'** para a interpretação constitucional. **Häberle** esforça-se por demonstrar que a interpretação constitucional **não é - nem deve ser -** um evento **exclusivamente** estatal. **Tanto** o cidadão que interpõe um recurso constitucional, **quanto** o partido político que impugna uma decisão legislativa **são intérpretes da Constituição**. Por outro lado, **é a inserção da Corte** no espaço pluralista - **ressalta Häberle - que evita distorções** que poderiam advir da independência do juiz e de sua estrita vinculação à lei." (grifei)

Na verdade, consoante **ressalta** PAOLO BIANCHI, em **estudo** sobre o tema ("**Un'Amicizia Interessata: L'amicus curiae Davanti Alla Corte Suprema Degli Stati Uniti**", "in" "Giurisprudenza

ADPF 187 / DF

Costituzionale", Fasc. 6, nov/dez de 1995, Ano XI, Giuffré), a admissão do terceiro, na condição de "amicus curiae", no processo objetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões do Tribunal Constitucional, viabilizando, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que, nele, se realize a possibilidade de participação de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais.

Essa percepção do tema foi lucidamente exposta pelo eminente Professor INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO ("As Idéias de Peter Häberle e a Abertura da Interpretação Constitucional no Direito Brasileiro", "in" RDA 211/125-134, 133):

"Admitida, pela forma indicada, a presença do 'amicus curiae' no processo de controle de constitucionalidade, não apenas se reitera a impessoalidade da questão constitucional, como também se evidencia que o deslinde desse tipo de controvérsia interessa objetivamente a todos os indivíduos e grupos sociais, até porque, ao esclarecer o sentido da Carta Política, as cortes constitucionais, de certa maneira, acabam reescrevendo as constituições." (grifei)

ADPF 187 / DF

É por tais razões que entendo que a atuação processual do "*amicus curiae*" não deve limitar-se à mera apresentação de memoriais ou à prestação eventual de informações que lhe venham a ser solicitadas ou, ainda, à produção de sustentações orais perante esta Suprema Corte.

Essa visão do problema - que restringisse a extensão dos poderes processuais do "*colaborador do Tribunal*" - culminaria por fazer prevalecer, na matéria, uma incompreensível perspectiva reducionista, que não pode (*nem deve*) ser aceita por esta Corte, sob pena de total frustração dos altos objetivos políticos, sociais e jurídicos visados pelo legislador na positivação da cláusula que, agora, admite o formal ingresso do "*amicus curiae*" no processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade.

Cumpr permitir, *desse modo*, ao "*amicus curiae*", em extensão maior, o exercício de determinados poderes processuais.

Esse entendimento é perfilhado por autorizado magistério doutrinário, cujas lições acentuam a essencialidade da participação legitimadora do "*amicus curiae*" nos processos de fiscalização abstrata de constitucionalidade (GUSTAVO BINENBOJM, "*A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira*", p. 157/164, 2ª ed.,

ADPF 187 / DF

2004, Renovar; GUILHERME PEÑA DE MORAES, "Direito Constitucional/Teoria da Constituição", p. 207/208, item n. 4.10.2.3, 4ª ed., 2007, Lumen Juris, v.g.), reconhecendo-lhe o direito de promover, perante esta Corte Suprema, a pertinente sustentação oral (FREDIE DIDIER JR., "Possibilidade de Sustentação Oral do Amicus Curiae", "in" "Revista Dialética de Direito Processual", vol. 8/33-38, 2003; NELSON NERY JR./ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, "Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", p. 1.388, 7ª ed., 2003, RT; EDGARD SILVEIRA BUENO FILHO, "Amicus Curiae: a democratização do debate nos processos de controle de constitucionalidade", "in" "Direito Federal", vol. 70/127-138, AJUFE, v.g.), ou, ainda, a faculdade de solicitar a realização de exames periciais sobre o objeto ou sobre questões derivadas do litígio constitucional, ou a prerrogativa de propor a requisição de informações complementares, bem assim a de pedir a convocação de audiências públicas, sem prejuízo, como esta Corte já o tem afirmado, **do direito** de recorrer de decisões que recusam o seu ingresso formal no processo de controle normativo abstrato.

Cabe observar que o Supremo Tribunal Federal, *em assim agindo*, não só garantirá maior efetividade e atribuirá maior legitimidade às suas decisões, mas, *sobretudo*, valorizará, sob uma perspectiva eminentemente pluralística, o sentido essencialmente

ADPF 187 / DF

democrático dessa participação processual, **enriquecida** pelos elementos de informação **e** pelo acervo de experiências que o "amicus curiae" **poderá transmitir** à Corte Constitucional, **notadamente** em um processo - como o de controle abstrato de constitucionalidade - cujas implicações políticas, sociais, econômicas, jurídicas e culturais são de irrecusável importância, de indiscutível magnitude e de inquestionável significação para a vida do País e a de seus cidadãos.

Como **anteriormente** salientado, o "amicus curiae" **pode recorrer** da decisão **denegatória** de seu ingresso formal no processo de controle abstrato, **não podendo, contudo, segundo** jurisprudência ainda prevalecente nesta Corte, impugnar **as demais** decisões proferidas em sede de fiscalização concentrada (**ADI 2.359-ED-Agr/ES**, Rel. Min. EROS GRAU - **ADI 3.105-ED/DF**, Rel. Min. CEZAR PELUSO - **ADI 3.934-ED-Agr/DF**, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, v.g.):

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS POR 'AMICUS CURIAE'. AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE. (...).

1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal é assente quanto ao não-cabimento de recursos interpostos por terceiros estranhos à relação processual nos processos objetivos de controle de constitucionalidade.

2. Exceção apenas para impugnar decisão de não-admissibilidade de sua intervenção nos autos.

3. Precedentes.

4. Embargos de declaração não conhecidos."
(**ADI 3.615-ED/PB**, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA - **grifei**)

ADPF 187 / DF

É certo, no entanto, que há autores eminentes, como o ilustre Professor GUSTAVO BINENBOJM ("Temas de Direito Administrativo e Constitucional", p. 182/187, 2008, Renovar), que sustentam a possibilidade de o "amicus curiae" poder impugnar, em sede recursal, qualquer decisão proferida na causa em que tenha sido formalmente admitido, como se vê do fragmento a seguir reproduzido:

"Como se vê, muito mais que um mero colaborador informal, o 'amicus curiae', tal como disciplinado pela Lei nº 9.868/99, intervém nos autos do processo da ação direta, passando a integrar a relação processual na condição de 'terceiro especial'.

Assim, a primeira prerrogativa processual que se reconhece ao 'amicus curiae' é a de apresentar manifestação escrita sobre as questões de seu interesse atinentes à ação direta em curso, que será junta aos autos do processo. (...).

Mas os poderes processuais do 'amicus curiae' não se cingem à apresentação de razões escritas.

No que toca à possibilidade de realização de sustentação oral, pelo patrono do 'amicus curiae', o Supremo Tribunal Federal recentemente reviu seu posicionamento anterior, passando a admiti-la. (...).

.....
Consignadas, assim, as faculdades de o 'amicus curiae' manifestar-se por escrito ou oralmente, resta examinar a possibilidade de o 'amicus curiae' insurgir-se contra as decisões proferidas no curso e ao final da ação direta, através dos recursos cabíveis.

Cumprido, em primeiro lugar, examinar a possibilidade de o postulante a 'amicus curiae' se insurgir, pela via recursal própria, contra a decisão do relator que não o admite no feito em tal qualidade. (...).

.....
Resta, ainda, indagar da possibilidade de o 'amicus curiae' recorrer das demais decisões - interlocutórias e final - proferidas nos autos da ação direta.

ADPF 187 / DF

O art. 499 do Código de Processo Civil **assegura** legitimidade recursal ao Ministério Público **e** ao 'terceiro' prejudicado. **Reconhecendo**, hoje, a doutrina e a jurisprudência, **a natureza jurídica** de 'terceiro especial' ao 'amicus curiae', **não há como se lhe negar a legitimidade recursal** para manifestar sua insurgência **contra** as decisões que não acolherem seus argumentos.

Ensina Sérgio Bermudes que a finalidade dos recursos é a de proporcionar o 'aperfeiçoamento das decisões judiciais.' **Assim, não há motivo lógico para que**, ao 'amicus curiae', **seja assegurado o direito** de apresentar seus argumentos, por escrito e oralmente, perante o Tribunal e, como desdobramento natural, **não possa se insurgir** contra as decisões **que contrariem** tais argumentos, **por meio** dos recursos cabíveis. **É evidente** que, **em sede** de controle de constitucionalidade, **tal aperfeiçoamento** se torna ainda mais desejável. **De fato**, diante do impacto e da repercussão política, econômica e social de uma decisão declaratória de inconstitucionalidade, é ainda maior o interesse do Estado-Jurisdição e da sociedade como um todo no sentido de que as decisões sejam submetidas ao mais rígido escrutínio.

A referência ao 'terceiro' do art. 499 do Código de Processo Civil **designa o estranho** ao processo, titular da relação jurídica atingida (ainda que por via reflexa) pela sentença'. **É evidente** que as entidades e órgãos que eventualmente venham a figurar como 'amicus curiae' **podem sofrer** impactos diretos em razão da decisão em controle abstrato, **podendo**, até mesmo, **perder** direitos antes reconhecidos pela lei atacada. **Dessa forma**, o 'amicus curiae' **é titular** de um direito passível de ser atingido - ao menos potencialmente - por acórdão declaratório de inconstitucionalidade, **possuindo**, assim, **legitimidade recursal** como terceiro interessado, **aplicando-se**, analogicamente, o art. 499 do CPC.

Deve-se destacar, todavia, que, **mesmo** a se entender que não haja, num caso qualquer, impacto 'direto' sobre direito subjetivo do 'amicus curiae', **haverá legitimidade recursal** deste, **pois**, para que seja o terceiro apto a recorrer, **basta** que a sua esfera jurídica seja atingida pela decisão, **embora** por via reflexa', o que, evidentemente, sempre ocorrerá.

Ademais, **é interessante notar que a participação do 'amicus curiae'**, que já era aceita antes mesmo do advento

ADPF 187 / DF

da Lei 9.868/99, é, fundamentalmente, uma decorrência do princípio democrático. Pode-se dizer, assim, que a intervenção do 'amicus curiae', 'com os meios e recursos próprios assegurados aos terceiros em geral', representa garantia do exercício democrático da jurisdição constitucional. Em síntese, a intervenção do 'amicus curiae' constitui uma das múltiplas faces da garantia do acesso à Justiça (CF, art. 5º, XXXV) no âmbito de um Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º).

.....
Por derradeiro, além das prerrogativas processuais até aqui mencionadas, poderá o 'amicus curiae' suscitar, perante o relator, 'a adoção das providências instrutórias' previstas no art. 9º, §§ 1º, 2º e 3º, da Lei nº 9.868/99. Confirma-se o teor do dispositivo, 'verbis':

'Art. 9º Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.

§ 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

§ 2º O relator poderá, ainda, solicitar informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição.

§ 3º As informações, perícias e audiências a que se referem os parágrafos anteriores serão realizadas no prazo de trinta dias, contado da solicitação do relator.'

A dicção do dispositivo é clara: 'poderá' o relator adotar uma ou algumas de tais providências instrutórias, 'de ofício', previamente ao julgamento final da ação. Ora, se o relator pode 'ex officio' determinar quaisquer daquelas providências, os interessados admitidos nos autos - representante, representados, Advogado-Geral da União, Procurador-

ADPF 187 / DF

-Geral do Estado, Ministério Público, '**amicus curiae**' - **poderão**, a qualquer tempo antes do julgamento, **requerer** a sua adoção. O '**amicus curiae**' recebe o feito no estado em que se encontra **quando** de sua admissão; não havendo se iniciado, ainda, o julgamento final da causa, poderá ele requerer as providências instrutórias que lhe parecerem relevantes para o deslinde da questão constitucional." (grifei)

Observo, no entanto, que a ABESUP, formalmente admitida como "*amicus curiae*", busca, com os pleitos anteriormente referidos, ampliar o conteúdo material do pedido, do único pedido, formulado pela douta Procuradoria-Geral da República, procedendo, assim, de modo incompatível com a sua posição jurídica **na presente** relação processual, eis que, embora sequer ostentando qualidade **para fazer instaurar** o processo de controle abstrato, **por ausência** de legitimação ativa (CF, art. 103, IX, **c/c** o art. 2º, I, da Lei nº 9.882/99), inovou o objeto da demanda, **como** se fora verdadeiro litisconsorte ativo (e não terceiro interessado ou especial), dilatando-lhe, tematicamente, a esfera de sua abrangência, o que se revela processualmente **inadmissível**, sob pena de romper-se a própria estabilidade da relação processual objetiva **que se consolidou**, no caso, **com a impugnação** ao pedido feita pelo ora argüido.

Vale referir, no ponto, a manifestação apresentada pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM, também formalmente admitido como "*amicus curiae*", **cujo teor bem revela a**

ADPF 187 / DF

sua correta percepção do objeto da presente ação constitucional, tal como foi ele delineado, de modo claro e preciso, pela douta Procuradoria-Geral da República (fls. 718/719):

"O objeto desta ADPF não se confunde com o objeto das reuniões ou manifestações que, sob contínua ameaça de repressão do Poder Público, justificaram a presente medida. As políticas públicas envolvidas no debate em torno da 'cannabis sativa' como substância de uso proscrito no Brasil (políticas criminais e de saúde) estão à margem da discussão, nesta via.

A temática jurídica submetida à apreciação desse Supremo Tribunal Federal situa-se em domínios normativos superiores, de feição constitucional; mais precisamente, no âmbito das liberdades individuais: estão em pauta os direitos fundamentais de reunião e de manifestação, enquanto projeções da liberdade de expressão, em cujo núcleo essencial incluem-se as faculdades de protesto e de reivindicação, pressupostos de uma sociedade livre, aberta e pluralista.

Nessa perspectiva, as manifestações que, sob ilegítima expansão normativa dos limites do art. 287 do Código Penal, vêm sofrendo censura estatal poderiam ter por conteúdo matérias reivindicatórias as mais diversas ('v.g.', a descriminalização do aborto, da eutanásia ou de qualquer outra conduta incriminada sobre a qual a sociedade esteja dividida); ainda assim, o objeto da ADPF persistiria o mesmo.

É preciso, outrossim, que fique claro: a proteção judicial ora postulada não contempla - e nem poderia fazê-lo - a criação de um espaço público circunstancialmente imune à ação fiscalizatória ordinária do Estado; menos ainda se propugna que, no exercício das liberdades ora reivindicadas, manifestantes possam incorrer em ilicitude de qualquer espécie, como, por exemplo, consumir drogas. O espectro de liberdade que se objetiva ver assegurado é aquele inerente - portanto, adequado e necessário - aos direitos fundamentais implicados, sem que daí decorra implícita permissão à prática de conduta que se possa

ADPF 187 / DF

traduzir em violação às normas integradoras do Direito em vigor." (grifei)

II. O uso ritual de plantas alucinógenas e de drogas ilícitas em celebrações litúrgicas

Não desconheço, no entanto, Senhor Presidente, **o relevo** das questões **suscitadas** pela Associação Brasileira de Estudos Sociais do Uso de Psicoativos - ABESUP **e que se referem**, dentre outros temas, **ao uso cerimonial** de plantas e substâncias alucinógenas **ou psicoativas nas celebrações litúrgicas**, "na qualidade de sacramento inerente ao ritual", **como expressamente salientado** por esse mesmo "amicus curiae".

É claro que esse tema, **intimamente conexo** ao postulado fundamental da liberdade religiosa, **considerada esta** em suas múltiplas projeções, **como aquela** que compreende a **proteção constitucional** das manifestações litúrgicas (**CF**, art. 5º, inciso VI, "in fine"), **poderá constituir** objeto **de eventual** processo de controle abstrato, **instaurável por quem disponha** de qualidade para agir.

Cumprе referir, no entanto, **ainda** que para efeito de mero registro, que, **no Brasil**, esse tema - **envolvendo** o uso ritual, em celebração litúrgica, **no contexto** de cerimônia religiosa (como as

ADPF 187 / DF

do *Santo Daime, União do Vegetal e Barquinha*), da Ayahuasca ou Huasca (bebida com efeitos psicoativos) - **constituiu objeto de apreciação** pelo Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas, **que considerou legítima a utilização religiosa** de tal substância, **havendo estabelecido**, em ato próprio, que o "seu uso é restrito a rituais religiosos, em locais autorizados pelas respectivas direções das entidades usuárias, vedado o seu uso associado a substâncias psicoativas ilícitas" (**Resolução CONAD** n° 1/2010).

A Resolução em causa, ao assim definir o tema, preserva a liberdade religiosa, **cujo conteúdo material compreende, na abrangência** de seu amplo significado, **dentre outras prerrogativas essenciais, a liberdade** de crença (**que traduz** uma das projeções da liberdade de consciência), **a liberdade** de culto, **a liberdade** de organização religiosa, **a liberdade** de elaboração de um "corpus" doutrinário **e a liberdade** contra a interferência do Estado, **que representam valores intrinsecamente vinculados e necessários à própria** configuração da idéia de democracia, **cuja noção se alimenta, continuamente, dentre** outros fatores relevantes, **do respeito ao pluralismo.**

Cabe ressaltar, neste ponto, **que a matéria** veiculada nessa proposta da ABESUP, **embora não** componha **nem** se inclua no

ADPF 187 / DF

objeto da presente demanda, parece haver sensibilizado, já em 1971, a comunidade internacional, pois a Convenção de Viena sobre Substâncias Psicotrópicas, **assinada** pelo Brasil, na capital austríaca, **em 1971**, formalmente incorporada ao ordenamento positivo nacional (**Decreto** nº 79.388/77), **admitiu a possibilidade**, desde que oferecida a pertinente "reserva" (faculdade **não** utilizada por nosso País), **de utilização lícita** de "plantas silvestres que contenham substâncias psicotrópicas (...) em rituais mágicos e religiosos (...)" (**Artigo 32, n. 4**).

É interessante acentuar, por oportuno, **considerado** o que estabelece a Convenção de Viena, que o Estado brasileiro, **ao editar** a sua nova *Lei de Drogas*, embora **não havendo** manifestado, **formalmente**, **qualquer** reserva ao Artigo 32, n. 4, do texto convencional, **excluiu**, **assim mesmo**, **da norma de proibição** inscrita em referido diploma legal, **o uso ritual** de plantas alucinógenas em celebrações religiosas, **desde** que obtida, **para tanto**, autorização legal **ou** regulamentar, como resulta claro do art. 2º, "caput", da Lei nº 11.343/2006, **que assim dispõe**:

"Art. 2º. Ficam proibidas, em todo o território nacional, **as drogas**, bem como o plantio, a cultura, a colheita e a exploração **de vegetais** e substratos **dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas**, **ressalvada** a hipótese de autorização legal ou

ADPF 187 / DF

regulamentar, bem como o que estabelece a Convenção de Viena, das Nações Unidas, sobre Substâncias Psicotrópicas, de 1971, a respeito de plantas de uso estritamente ritualístico-religioso." (grifei)

O **exame** do preceito legal ora reproduzido **revela** que se trata de *expressiva inovação* introduzida em nosso sistema de direito positivo, **pois reflete** a preocupação do Poder Público **em respeitar** a liberdade religiosa **e**, *notadamente*, **em manter incólumes** os rituais e as celebrações litúrgicas de qualquer denominação confessional, **em ordem a excluir** a possibilidade de intervenção repressiva do Estado **motivada** por atos que, **registrados** durante o culto, **possam culminar em utilização cerimonial** de bebidas **ou** de plantas alucinógenas **cujo consumo seja dogmaticamente qualificado como prática essencial**, em termos espirituais, **segundo** os cânones **e** as concepções teológicas **formulados** com apoio no corpo doutrinário **que dá sustentação teórica a uma particular** comunidade de fiéis.

Observo, a título de mera ilustração, que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, em 2006, **no julgamento do caso** "Gonzales v. O Centro Espírita Beneficente União do Vegetal" (546 U.S. 418), **que se referia** à utilização ritual da Ayahuasca **pelos seguidores** do Centro Espírita Beneficente União do Vegetal, **entidade religiosa** fundada no Brasil, **com representação** no Estado do Novo México (EUA), **proferiu** decisão unânime (8 x 0) **que reconheceu**,

ADPF 187 / DF

no contexto do direito fundamental à liberdade religiosa, a **possibilidade** do uso litúrgico de referida bebida ("sacramental tea"), não obstante identificada por seus notórios efeitos psicoativos, **afastando a incidência**, nesse caso específico, de estatutos federais norte-americanos, **como** o "Religious Freedom Restoration Act (RFRA)".

Tal discussão, porém, **embora** proposta pela ABESUP (que, para tanto, ampliou, indevidamente, o objeto da presente demanda), **não está** em causa **neste** processo, **como enfatizado** em passagem anterior deste voto, **não tendo pertinência**, portanto, na presente sede processual.

Há de se reconhecer, ainda, a **inadequação** do "habeas corpus" para o fim postulado pela ABESUP, eis que impetrado, na espécie, em caráter abstrato, **sem** vinculação concreta a um caso específico, **objetivando garantir** a ausência de repressão estatal, **por efeito** do pretendido reconhecimento, **mediante** decisão desta Suprema Corte, **da atipicidade penal** de determinadas condutas, tais como o cultivo doméstico, o porte de pequena quantidade e o uso, em âmbito privado, da maconha; **a utilização** de referida substância para fins medicinais, **inclusive** para efeito de realização de pesquisas médicas (o que, aparentemente, **já se acha previsto** no art. 2º,

ADPF 187 / DF

parágrafo único, da Lei nº 11.343/2006); **o uso ritual** da maconha em celebrações litúrgicas; **a utilização** da substância canábica para fins econômicos, **admitidos**, quanto a ela, o plantio, a exportação e importação, a distribuição ou a venda de insumos **ou** de produtos dela oriundos, **sem** qualquer vinculação ao consumo da planta propriamente dito.

Cumpre rememorar, neste ponto, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal **tem advertido**, presente tal contexto, **em que se evidencia a absoluta indeterminação subjetiva** dos pacientes, **com ausência de uma dada e específica situação concreta, que não se revela pertinente** o remédio constitucional do "habeas corpus", **quando utilizado, como sucede na espécie, sem** que se demonstre a real configuração **de ofensa imediata, atual ou iminente**, ao direito de ir, vir e permanecer de pessoas *efetivamente submetidas* a atos de injusto constrangimento (**RTJ 135/593**, Rel. Min. SYDNEY SANCHES - **RTJ 136/1226**, Rel. Min. MOREIRA ALVES - **RTJ 142/896**, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI - **RTJ 152/140**, Rel. Min. CELSO DE MELLO - **RTJ 180/962**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

Por tais razões, não considerarei a ampliação do objeto da demanda **proposta** pela ABESUP, **cingindo-me, unicamente, no julgamento** da controvérsia constitucional, **ao exame** do pedido, tal

ADPF 187 / DF

como estritamente delimitado pela eminente Senhora Procuradora-Geral da República em exercício.

Nesse sentido, **é o meu voto.**

15/06/2011

TRIBUNAL PLENO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 187 DISTRITO FEDERAL

V O T O
(s/ mérito)

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator): Superados os aspectos preliminares que venho de mencionar, passo a analisar a pretensão deduzida na presente argüição de descumprimento de preceito fundamental.

Antes de fazê-lo, *contudo*, **desejo enfatizar** que este processo de controle de constitucionalidade não tem por objetivo discutir eventuais propriedades terapêuticas, ou supostas virtudes medicinais, ou, *ainda*, possíveis efeitos benéficos resultantes da utilização de drogas ou de qualquer substância entorpecente específica, mas, *ao contrário*, busca-se, na presente causa, **proteção** a duas liberdades individuais, **de caráter fundamental**: de um lado, a **liberdade de reunião e**, de outro, o **direito à livre manifestação do pensamento**, em cujo núcleo acham-se compreendidos os direitos de petição, de crítica, de protesto, de discordância e de livre circulação de idéias.

ADPF 187 / DF

I. O direito de reunião e a liberdade de manifestação do pensamento: dois importantes precedentes do Supremo Tribunal Federal

Postula-se, nesta argüição de descumprimento de preceito fundamental, seja dada, ao art. 287 do Código Penal, 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" (fls. 14 - grifei).

Tenho para mim, Senhor Presidente, que o Supremo Tribunal Federal **defronta-se**, no caso, com um tema de magnitude inquestionável, **que concerne** ao exercício **de duas das mais importantes** liberdades públicas - a liberdade de expressão e a liberdade de reunião - que as declarações constitucionais de direitos e as convenções internacionais - **como a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana (Artigos XIX e XX), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Arts. 13 e 15) e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigos 19 e 21) - têm consagrado** no curso de um longo processo de desenvolvimento e de afirmação histórica dos direitos fundamentais **titularizados** pela pessoa humana.

É importante enfatizar, Senhor Presidente, **tal como tive o ensejo de assinalar** em estudo sobre "O Direito Constitucional

ADPF 187 / DF

de Reunião" (RJTJSP, vol. 54/19-23, 1978, Lex Editora), que 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 ou ditatoriais, **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.

Guardam impressionante atualidade, Senhor Presidente, **as palavras** que RUY BARBOSA, **amparado** por decisão desta Corte, **proferiu**, em 12 de abril de 1919, no Teatro Politeama, em Salvador, **durante** campanha presidencial por ele disputada, **em conferência** cuja realização só se tornou possível em virtude de "habeas corpus" que o Supremo Tribunal Federal lhe concedera, **tanto** em seu favor **quanto** em benefício de seus correligionários, **assegurando-lhes o pleno exercício** da liberdade de reunião **e** do direito à livre manifestação

ADPF 187 / DF

do pensamento, indevidamente cerceados por autoridades estaduais **que buscavam impedir** que o grande político, jurisconsulto e Advogado brasileiro **divulgasse** a sua mensagem **e transmitisse** as suas idéias ao povo daquele Estado, **com o objetivo** de conquistar seguidores **e** de conseguir adesões em prol de sua causa, **valendo reproduzir**, no **ponto**, a seguinte passagem daquele pronunciamento:

"Venho, senhores, de Minas, **venho** de S. Paulo (...). De S. Paulo e Minas, **onde pude exercer** desassombradamente **os direitos constitucionais, as liberdades** necessárias de reunião e palavra, **franquias elementares** da civilização em tôda a cristandade. De Minas e S. Paulo, **cujos governos, contrários** ambos à minha candidatura, **nenhum obstáculo suscitarão** ao uso **dessas faculdades essenciais** a tôdas as democracias, a **tôdos** os regimens de moralidade e responsabilidade: **antes abriram**, em volta dos comícios populares, **em tôrno** da tribuna pública, **um círculo de segurança e respeito**, em que as nossas convicções se sentiam confiadas nos seus direitos e os nossos corações orgulhosos do seu país. De S. Paulo e Minas, em suma, onde o respeito da autoridade ao povo, e a consideração do povo para com a autoridade, apresentavam o espetáculo da dignidade de uma nação obediente às suas leis e governada pela soberania.

.....
Venho dêsses dois grandes Estados, para uma visita a êste outro não menor do que êles na sua história, nas virtudes cívicas dos seus habitantes, nos costumes da sua vida social, **venho, também, a convite** da sua população; e, **com que diversidade, com que contraste, com que antítese me encontro!** Aqui venho dar com o **direito constitucional de reunião suspenso. Por quem? Por uma autoridade policial. Com que direito? Com o direito da fôrça. Sob que pretexto? Sob o pretexto de que a oposição está em revolta, isto é, de que, contra o govêrno, o elemento armado e o Tesouro juntos estão**

ADPF 187 / DF

em rebeldia os inermes, as massas desorganizadas e as classes conservadoras.

Banido venho encontrar, pois, o direito de reunião, ditatorialmente banido. Mas, ao mesmo tempo, venho encontrar ameaçada, também soberanamente, de proscricção a palavra, o órgão do pensamento, o instrumento de comunicação do indivíduo com o povo, do cidadão com a pátria, do candidato com o eleitorado. Ameaçada, como? Com a resolução, de que estamos intimados pelo situacionismo da terra, com a resolução, que, em tom de guerra aberta, nos comunicaram os nossos adversários, de intervir em tôdas as nossas reuniões de propaganda eleitoral, opondo-se à nossa linguagem (...).

.....
Mas, senhores, os comícios populares, os 'meetings', as assembléias livres dos cidadãos, nas praças, nos teatros, nos grandes recintos, não são invento brasileiro, muito menos desta época (...). São usos tradicionais das nações anglo-saxônicas, e das outras nações livres. Tiveram, modernamente, a sua origem nas Ilhas Britânicas, e nos Estados Unidos. Dessa procedência é que os recebemos. Recebemo-los tais quais eram. Com êles cursamos a nossa prática do direito de reunião. Com êles, debaixo do regímen passado, associamos a colaboração pública à reforma eleitoral, apostolamos e conseguimos a extinção do cativo. Com eles, neste regímen, não pouco temos alcançado para cultura cívica do povo. (...).

.....
(...) O direito de reunião não se pronuncia senão congregando acêrca de cada opinião o público dos seus adeptos.

A liberdade da palavra não se patenteia, senão juntando em tôrno de cada tribuna os que bebem as suas convicções na mesma fonte, associam os seus serviços no mesmo campo, ou alistam a sua dedicação na mesma bandeira. A igualdade no direito está, para as facções, para as idéias, para os indivíduos, no arbítrio, deixado a todos sem restrição, de congregar cada qual os seus correligionários, de juntar cada qual os seus comícios, de levantar cada qual o seu apêlo, no lugar da sua conveniência, na ocasião da sua escolha, nas condições do seu agrado, mas separadamente, mas distintamente, mas desafrontadamente, cada um, a seu talante, na cidade, na rua, no recinto, que eleger, sem

ADPF 187 / DF

se encontrarem, sem se tocarem; porque o contacto, o encontro, a mistura, acabariam, necessariamente, em atrito, em invasão, em caos." (grifei)

O alto significado que o direito de reunião assume nas sociedades democráticas **foi acentuado**, em tempos mais recentes, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, **no julgamento** da ADI 1.969/DF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, **quando** esta Corte, em sessão de 28/06/2007, **declarou a inconstitucionalidade** do Decreto nº 20.098/99, **editado** pelo Governador do Distrito Federal, **que vedava** "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, **em decisão** que restou consubstanciada em acórdão assim ementado:

"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).

ADPF 187 / DF

III. Ação direta **julgada procedente** para declarar a **inconstitucionalidade do Decreto distrital 20.098/99.**" (**grifei**)

Cabe rememorar, neste ponto, Senhor Presidente, a importantíssima decisão, por mim anteriormente mencionada, que esta Suprema Corte proferiu há 92 (noventa e dois) anos, em 1919, nos autos do HC 4.781/BA, Rel. Min. EDMUNDO LINS, em cujo âmbito se buscava garantir, em favor de diversos pacientes, inclusive de Ruy Barbosa, o exercício do direito de reunião (e, também, porque a este intimamente vinculado, o de livre manifestação de crítica ao Governo e ao sistema político, bem assim o direito de livremente externar posições, inclusive de não conformismo, sobre qualquer assunto), em comícios ou em encontros realizados em prol da candidatura oposicionista de RUY, que se insurgia, uma vez mais, contra as oligarquias políticas que dominaram a vida institucional do Estado brasileiro ao longo da Primeira República.

Nesse julgamento, o Plenário do Supremo Tribunal Federal concedeu ordem de "habeas corpus" em favor de RUY BARBOSA e de diversos outros pacientes, proferindo, então, decisão que assim foi resumida pela eminente Dra. LÊDA BOECHAT RODRIGUES ("História do

ADPF 187 / DF

Supremo Tribunal Federal", vol. III/204-205, 1991, Civilização Brasileira):

"A Constituição Federal **expressamente preceitua que a todos é lícito associarem-se e reunirem-se livremente e sem armas, não podendo intervir a polícia senão para manter a ordem pública. Em qualquer assunto, é livre a manifestação do pensamento, por qualquer meio, sem dependência de censura, respondendo cada um, na forma legal, pelos danos que cometer. Não se considera sedição ou ajuntamento ilícito a reunião (pacífica e sem armas) do povo para exercitar o direito de discutir e representar sobre os negócios públicos. À Polícia não assiste, de modo algum, o direito de localizar 'meetings' e comícios. Não se concede 'habeas-corpus' a indivíduo não indicado nominalmente no pedido." (grifei)**

A inquestionável relevância desse julgado, essencial à compreensão da posição desta Suprema Corte **em torno dos direitos fundamentais** de reunião e de livre manifestação do pensamento, **revelada** sob a égide de nossa primeira Constituição republicana, **impõe** que se relembrem, por expressivas, **algumas** de suas passagens mais notáveis:

"**Efetivamente, depois de assegurar a todos os indivíduos o direito de se reunirem livremente e sem armas, o legislador constituinte definiu muito bem, a respeito, a função preventiva da polícia, verbis 'não podendo intervir a polícia senão para manter a ordem pública' (art. 72, § 8º).**

.....
Não pode também a polícia localizar os meetings ou determinar que só em certos lugares é que eles se podem efetuar, se forem convocados para fins lícitos, como na espécie:

1.º) porque isto importaria, afinal, em suprimi-los, pois bastaria que ela designasse

ADPF 187 / DF

lugares, ou sem a capacidade necessária à maior aglomeração de pessoas, ou habitualmente freqüentados, apenas, por indivíduos de baixa classe, azevieiros ou frascários;

2.º) porque ninguém pode ser obrigado a deixar de fazer alguma coisa **senão** em virtude de lei (Const. Fed., art. 72, § 1º.); **ora, não há lei alguma que prescreva** que só se efetuem comícios em lugares previamente fixados pela polícia; e, ao contrário, **o que a lei vigente preceitua é que 'não se considera sedição, ou ajuntamento ilícito, a reunião do povo desarmado, em ordem, para o fim de representar contra as injustiças, vexações e mal procedimento dos empregados públicos; nem a reunião pacífica e sem armas de povo nas praças públicas, teatros e quaisquer outros edifícios ou lugares convenientes para exercer o direito de discutir e representar sobre os negócios públicos. Para o uso dessa faculdade, não é necessária prévia licença da autoridade policial, que só poderá proibir a reunião anunciada no caso de suspensão das garantias constitucionais, limitada, em tal caso, na ação de dissolver a reunião, guardadas as formalidades da lei e sob as penas nela cominadas'** (Cod. Penal, art. 123 e parágrafo único).

Ora, não nos achamos com as garantias constitucionais suspensas.

E, entretanto, o sr. Governador da Bahia expediu ao sr. Presidente da República **um telegrama**, em que lhe participa, com a mais cândida ingenuidade e como a coisa mais natural deste mundo e mais legal, **que 'o seu chefe de Polícia, dr. Alvaro Cóva, resolveu proibir** o meeting anunciado para hoje, **em que devia falar** o dr. Guilherme de Andrade, **a favor** do Senador Epitácio Pessôa, e também quaisquer outros que fossem anunciados' (Jornal do Comércio, de 27 de março de 1919, a fls.).

.....

'O dr. secretário da Polícia e Segurança Pública, a bem da ordem, **deliberou não consentir** na realização do meeting na Praça Rio Branco, que para hoje anunciou o sr. dr. Guilherme de Andrade, **bem como qualquer que for convocado, não só** para aquele local **como para qualquer outro ponto**, que embarace o trânsito e perturbe a tranqüilidade pública' (fl.).

ADPF 187 / DF

E ainda, em resposta às informações ora pedidas por este Tribunal, **o dr. Governador da Bahia**, depois de se referir aos sucessos do dia 25 de março, na praça Rio Branco, **acrescenta que**: 'Secretário Segurança Pública resolveu não consentir realização comício na referida praça e em outras em idênticas circunstâncias' (fl.): **é a prova provada do abuso do poder, da flagrante ilegalidade do procedimento do chefe de Polícia da Bahia e, pois, da violência iminente, temida pelo impetrante, assim, pois;**

Considerando que a Constituição Federal **expressamente preceitua** que 'a todos é lícito associarem-se e reunirem-se livremente e sem armas, não podendo intervir a polícia senão para manter a ordem pública.' (Art. 72, § 8º);

Considerando que, em qualquer assunto, **é livre a manifestação de pensamento** pela imprensa ou pela tribuna, **sem dependência de censura, respondendo** cada um pelos abusos que cometer, nos casos e pela forma que a lei determina. (Art. supra citado, § 12);

Considerando que 'não se considera sedição ou ajuntamento ilícito **a reunião pacífica e sem armas do povo nas praças públicas, teatros e quaisquer outros edifícios ou lugares convenientes para exercer o direito de discutir e representar** sobre os negócios públicos.' (Cod. Penal, art. 123), **exatamente** o fim para que é impetrado o presente 'habeas corpus';

Considerando, finalmente, **que à polícia não assiste**, de modo algum, **o direito de localizar meetings ou comícios; porque**, para o uso dessa faculdade (a supra transcrita), **não é necessária prévia licença** da autoridade policial, **que só poderá proibir** a reunião anunciada, no caso de suspensão das garantias constitucionais, (o que se não verifica na espécie) e ainda em tal caso, 'limitada a sua ação a dissolver a reunião, guardadas as formalidades da lei e sob as penas nela cominadas.' (Cod. Penal, parágrafo único do art. 123, supra transcrito).

Acordam, em Supremo Tribunal Federal, **nos termos supra, conceder a presente ordem de 'habeas corpus' ao sr. senador Ruy Barbosa e a todos os indivíduos mencionados nominalmente** na petição de fls. 2 e no princípio deste Acórdão, **para que possam exercer**, na

ADPF 187 / DF

capital do Estado da Bahia e em qualquer parte dele, o direito de reunião, e mais, publicamente, da palavra nas praças, ruas, teatros e quaisquer recintos, sem obstáculos de natureza alguma, e com segurança de suas vidas e pessoas, realizando os comícios que entenderem necessários e convenientes à propaganda da candidatura do impetrante à sucessão do Presidente da República, sem censura e sem impedimento de qualquer autoridade local ou da União." (grifei)

É importante registrar, Senhor Presidente, nas palavras do saudoso e eminente Ministro ALIOMAR BALEEIRO ("O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido"), o caráter de significativa relevância que assumiu o julgamento que venho de mencionar, quando da concessão, por esta Suprema Corte, da ordem de "habeas corpus" que garantiu, aos cidadãos da República, no contexto histórico das já referidas eleições de 1919, o pleno exercício das liberdades fundamentais de reunião e de manifestação do pensamento:

"Dos longes do passado remoto, ligo o Supremo Tribunal Federal às reminiscências de meus 13 anos de idade, na Bahia. Minha velha cidade entrara em ebulição com a campanha presidencial de RUI BARBOSA e de EPITÁCIO PESSOA, em 1919. Tombaram gravemente feridos à bala, num comício, MEDEIROS NETTO e SIMÕES FILHO. PEDRO LAGO escapou, mas sofreu violências outras dos sicários. As vítimas eram amigos políticos e pessoais de meu pai e de meu avô. O meu irmão mais velho, ainda estudante de Direito, trabalhava no jornal oposicionista, alvo das ameaças policiais. Tudo isso aqueceu a atmosfera em nossa casa. Aliás, a Bahia tôda ardia em febre partidária. Para os ruistas, tratava-se dum apostolado cívico e não duma querela de facções.

Temia-se pela vida do próprio RUI quando viesse a fim de pronunciar a conferência anunciada para breve. Suspeitava-se também do govêrno da República, porque afrontosamente mandara a fôrça federal desagrar a

ADPF 187 / DF

bandeira do edifício dos Correios, sob pretexto de que recebera ultraje dos partidários do candidato baiano.

Nesse clima eletrizado, caiu como um raio a notícia de que o Supremo Tribunal Federal concedera a RUI e seus correligionários ordem de 'habeas corpus', para que se pudessem locomover, e reunir em comício. Notou-se logo a mudança de atitude da polícia local, que, murcha, abandonou a atitude de provocação. RUI desembarcou dum navio e o povo exigiu que o carro fôsse puxado à mão, ladeiras acima, cêrca de 10 km, até o bairro da Graça, em meio ao maior delírio da massa que já presenciei. Assisti à saudação que lhe dirigiu, em nome da Bahia, no meio ao trajeto, o velho CARNEIRO RIBEIRO, de barbas brancas ao vento.

Não se via um soldado, nem um guarda civil nas ruas. Se um seabrista tentava provocar incidentes, logo alguém intervinha para 'não perdermos a razão no Supremo Tribunal'. A população prêsa da exaltação partidária mais viva manteve a maior rigorosa ordem, durante dias sem policiamento, a despeito das expansões emocionais.

Ouvi, sem perder uma palavra, ao lado de meu pai, no Politeama baiano, a longa conferência do maior dos brasileiros, interrompida, de minuto a minuto, por tempestades de aplausos. Logo, nos primeiros momentos, Rui entoou um hino ao Supremo Tribunal, que possibilitara a todos o exercício do direito de reunião pacífica naquele momento. Rompeu um côro ensurdecador de vivas à Côrte egrégia. Foi assim que tomei consciência do Supremo Tribunal Federal e de sua missão de sentinela das liberdades públicas, vinculando-o a imagens imperecíveis na minha memória. E também na minha saudade." (grifei)

Tais palavras, Senhor Presidente, mostram a reverência e a veneração que RUY, ALIOMAR BALEEIRO e os defensores da causa da liberdade **sempre dedicaram** a esta Suprema Corte, nela reconhecendo o caráter de uma instituição essencialmente republicana, **fiel depositária** do altíssimo mandato constitucional que lhe foi

ADPF 187 / DF

atribuído pelos Fundadores da República, **que confiaram**, a este *Tribunal*, **a condição eminente de guardião** da autoridade, **de protetor** da intangibilidade **e de garante** da supremacia da Lei Fundamental.

As decisões que venho de referir, Senhor Presidente - **uma**, *pronunciada sob a égide* da Constituição republicana de 1891 (HC 4.781/BA, Rel. Min. EDMUNDO LINS), **e outra**, *proferida sob a vigente* Constituição promulgada em 1988 (ADI 1.969/DF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI) -, **bem refletem**, *ainda que as separe* um espaço de tempo *de quase* um século, **o mesmo** compromisso **desta** Suprema Corte **com a preservação da integridade** das liberdades fundamentais **que amparam** as pessoas **contra** o arbítrio do Estado.

Na realidade, esses julgamentos **revelam o caráter eminente** da liberdade de reunião, **destacando-lhe** o *sentido de instrumentalidade* de que ele se reveste, *ao mesmo tempo em que* **ênfatizam** a íntima conexão que existe entre essa liberdade jurídica e o direito fundamental à livre manifestação do pensamento.

O Supremo Tribunal Federal, **em ambos os casos**, **deixou claramente consignado** que o direito de reunião, *enquanto direito-meio*, **atua** em sua condição de instrumento viabilizador do exercício da liberdade de expressão, **qualificando-se**, *por isso mesmo*, **sob tal**

ADPF 187 / DF

perspectiva, como elemento apto a propiciar a ativa participação da sociedade civil, **mediante** exposição de idéias, opiniões, propostas, críticas e reivindicações, **no processo** de tomada de decisões em curso nas instâncias de Governo.

É por isso que esta Suprema Corte **sempre** teve a nítida percepção **de que há**, entre as liberdades clássicas de reunião e de manifestação do pensamento, *de um lado*, **e** o direito de participação dos cidadãos na vida política do Estado, *de outro*, **um claro vínculo relacional**, de tal modo que passam eles a compor um núcleo complexo e indissociável de liberdades e de prerrogativas político-jurídicas, **o que significa que o desrespeito** ao direito de reunião, por parte do Estado e de seus agentes, **traduz**, na concreção desse gesto de arbítrio, **inquestionável** transgressão às demais liberdades cujo exercício possa supor, para realizar-se, **a incolumidade** do direito de reunião, tal como sucede quando autoridades públicas **impedem** que os cidadãos **manifestem**, *pacificamente, sem armas, em passeatas, marchas ou encontros* realizados em espaços públicos, as suas idéias e a sua pessoal visão de mundo, para, desse modo, **propor** soluções, **expressar** o seu pensamento, **exercer** o direito de petição **e**, mediante atos de proselitismo, **conquistar** novos adeptos e seguidores para a causa que defendem.

ADPF 187 / DF

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.

Não foi por outra razão, Senhor Presidente, que o eminente Ministro MARCO AURÉLIO, **quando** do julgamento do pedido de medida cautelar **na** ADI 1.969/DF, **ao fundamentar** a concessão do provimento liminar, **pôs em destaque** a *indestrutível* ligação que existe entre as liberdades públicas cuja proteção jurisdicional é requerida, *uma vez mais*, a esta Suprema Corte:

"(...) 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)

Idêntica percepção foi revelada, **no julgamento final** da ADI 1.969/DF, pelo eminente Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Relator:

"(...) Na verdade, o Decreto distrital 20.098/99 simplesmente inviabiliza a liberdade de reunião e de manifestação, logo na Capital Federal, em especial na emblemática Praça dos Três Poderes, 'local aberto ao público', que, na concepção do genial arquiteto que a esboçou, constitui verdadeiro símbolo de liberdade e cidadania do povo brasileiro.

ADPF 187 / DF

Proibir a utilização 'de carros, aparelhos e objetos sonoros', **nesse e em outros espaços públicos** que o Decreto vergastado discrimina, **inviabilizaria, por completo, a livre expressão do pensamento** nas reuniões levadas a efeito nesses locais, **porque as tornaria emudecidas, sem qualquer eficácia para os propósitos pretendidos.**" (grifei)

II. O direito fundamental de reunião: estrutura constitucional e oponibilidade de seu exercício ao Poder Público, cujos agentes estão sujeitos, em face dessa liberdade de ação coletiva, à estrita observância de limites e deveres de ordem jurídica

O direito fundamental de reunião apóia-se, em nosso sistema de direito constitucional positivo, **no inciso XVI** do art. 5º da Constituição da República, **que assim o proclama:** "todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente".

Trata-se de prerrogativa **impregnada** de caráter instrumental, **qualificando-se, enquanto liberdade de ação coletiva, como importante meio** de consecução e realização dos objetivos **que animam** aqueles que se congregam, para um fim específico, em espaços públicos ou privados.

ADPF 187 / DF

A estrutura constitucional da liberdade de reunião autoriza que nela se identifiquem, pelo menos, 05 (cinco) elementos que lhe compõem o perfil jurídico:

a) elemento pessoal: pluralidade de participantes (possuem legitimação ativa ao exercício do direito de reunião os brasileiros e os estrangeiros aqui residentes);

b) elemento temporal: a reunião é necessariamente transitória, sendo, portanto, descontínua e não permanente, podendo efetuar-se de dia ou de noite;

c) elemento intencional: a reunião tem um sentido teleológico, finalisticamente orientado. **Objetiva um fim**, que é comum aos que dela participam;

d) elemento espacial: o direito de reunião se projeta sobre uma área territorialmente delimitada. A reunião, conforme o lugar em que se realiza, pode ser pública (vias, ruas e logradouros públicos) **ou** interna (residências particulares, v.g.);

e) elemento formal: a reunião pressupõe organização e direção, embora precárias.

Qualquer que seja a finalidade que motive o encontro ou agrupamento de pessoas, não importando se poucas ou muitas, mostra-se essencial que a reunião, para merecer a proteção constitucional, seja pacífica, vale dizer, que se realize "sem armas", sem violência ou incitação ao ódio ou à discriminação, cumprindo ter presente, quanto a tal requisito, a advertência de PONTES DE MIRANDA ("Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969", tomo V/604, item n. 10, 2ª ed./2ª tir., 1974, RT), para quem "(...) a polícia não pode proibir a reunião, ou fazê-la cessar, pelo fato de um ou alguns dos presentes estarem armados. As medidas policiais são contra os que, por ato seu, perderem o direito a reunirem-se a outros, e não contra

ADPF 187 / DF

os que se acham sem armas. **Contra esses**, as medidas policiais **são contrárias** à Constituição e **puníveis** segundo as leis" (grifei).

A essencialidade dessa liberdade fundamental, **que se exterioriza** no direito **de qualquer** pessoa reunir-se com terceiros, **pacificamente**, **sem** armas, em locais públicos, **independentemente** de prévia autorização de órgãos **ou** agentes do Estado (**que não se confunde** com a determinação constitucional de "prévio aviso à autoridade competente"), **revela-se tão significativa** **que os modelos político-jurídicos de democracia constitucional sequer** admitem que o Poder Público **interfira** no exercício do direito de reunião.

Isso significa que o Estado, **para respeitar** esse direito fundamental, **não** pode **nem** deve **inibir** o exercício da liberdade de reunião, **ou frustrar-lhe** os objetivos, **ou inviabilizar**, com medidas restritivas, **a adoção** de providências preparatórias e necessárias à sua realização, **ou omitir-se** no dever de proteger os **que a exercem contra** aqueles que a ela se opõem, **ou, ainda, pretender impor** controle oficial sobre o objeto da **própria** assembleia, passeata **ou** marcha.

É por tal motivo que a liberdade de reunião **encontra** veemente repulsa **por parte** de sistemas autocráticos, **que não**

ADPF 187 / DF

conseguem tolerar a participação popular nos processos decisórios de Governo **nem admitir** críticas, protestos **ou** reivindicações da sociedade civil.

É de ressaltar que, em nosso sistema normativo, o **direito de reunião** pode sofrer, excepcionalmente, **restrições** de ordem jurídica **em períodos** de crise institucional, desde que utilizados, em caráter extraordinário, os mecanismos constitucionais de defesa do Estado, como o estado de defesa (CF, art. 136, § 1º, I, "a") e o estado de sítio (CF, art. 139, IV), que legitimam a utilização, pelo Presidente da República, **dos denominados poderes de crise**, **dentre os quais** se situa a faculdade **de suspender a própria** liberdade de reunião, **ainda** que exercida em espaços privados.

Em período de normalidade institucional, *contudo*, essa **liberdade fundamental**, além de plenamente oponível ao Estado (que nela não pode interferir, **sob pena** de incriminação de seus agentes e autoridades, **consoante prescreve**, em norma de tipificação penal, a **Lei** nº 1.207, de 25/10/1950), também lhe impõe a obrigação de viabilizar a reunião, assim como o dever de respeitar o direito - que assiste aos organizadores **e** participantes do encontro - **à autônoma deliberação** sobre o tipo **e** o conteúdo da manifestação pública.

ADPF 187 / DF

É por isso, Senhor Presidente, que se pode identificar, na cláusula constitucional que ampara a liberdade de reunião (CF, art. 5º, XVI), tanto um direito (titularizado pelos manifestantes) quanto uma obrigação (imposta ao Estado), tal como assinala PAULO GUSTAVO GONET BRANCO ("Curso de Direito Constitucional", p. 443, item n. 3.1.4, 4ª ed., 2009, Saraiva/IDP, em co-autoria com Gilmar Ferreira Mendes e Inocência Mártires Coelho):

"O direito de reunião engendra pretensão de respeito, não somente ao direito de estar com outros numa mesma coletividade organizada, mas também de convocar a manifestação, de prepará-la e de organizá-la. O direito de reunião exige respeito a todo processo prévio ao evento e de execução da manifestação. O Estado não há de interferir nesse exercício - tem-se, aqui, o ângulo de direito a uma abstenção dos Poderes Públicos (direito negativo).

O direito de reunião possui, de outra parte, um aspecto de direito a prestação do Estado. O Estado deve proteger os manifestantes, assegurando os meios necessários para que o direito à reunião seja fruído regularmente. Essa proteção deve ser exercida também em face de grupos opositores ao que se reúne, para prevenir que perturbem a manifestação." (grifei)

Vê-se, portanto, que a liberdade de reunião, tal como delineada pela Constituição, impõe, ao Estado, um claro dever de abstenção, que, mais do que impossibilidade de sua interferência na manifestação popular, reclama que os agentes e autoridades governamentais não estabeleçam nem estipulem exigências que debilitem ou que esvaziem o movimento, ou, então, que lhe embarquem o exercício.

ADPF 187 / DF

O Estado, por seus agentes e autoridades, não pode cercear nem limitar o exercício do direito de reunião, apoiando-se, para tanto, em fundamentos que revelem oposição governamental ao conteúdo político, doutrinário ou ideológico do movimento ou, ainda, invocando, para restringir a manifestação pública, **razões** fundadas em mero juízo de oportunidade, de conveniência ou de utilidade.

Disso resulta que a polícia não tem o direito de intervir nas reuniões pacíficas, lícitas, em que não haja lesão ou perturbação da ordem pública. Não pode proibi-las ou limitá-las. **Assiste-lhe**, apenas, a **faculdade** de vigiá-las, para, até mesmo, **garantir-lhes** a sua própria realização. O que exceder a tais atribuições, *mais do que ilegal*, **será inconstitucional**.

É dever, portanto, dos organismos policiais, **longe dos abusos** que têm sido perpetrados pelo aparato estatal repressivo, **adotar medidas de proteção** aos participantes da reunião, **resguardando-os** das tentativas de desorganizá-la e protegendo-os dos que a ela se opõem.

Por outro lado, conforme doutrina PONTES DE MIRANDA ("Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969",

ADPF 187 / DF

tomo V/603), "não é dado à polícia analisar ou apreciar a conveniência da reunião - 'A polícia **não pode** intervir sem que haja perturbação da ordem. **Simples inconvenientes não justificam** a sua intervenção; **tampouco a probabilidade** de produzir o ato ou a reunião **conseqüências** perturbantes ou criminosas. **Demais**, o que lhe cabe resguardar é a ordem, e não a defesa de determinados direitos privados, ou de governantes, porque tal missão é apenas da Justiça" (grifei).

III. Liberdade de reunião e direito à livre manifestação do pensamento: a proteção das minorias e a função contramajoritária da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito

O sentido de fundamentalidade de que se reveste essa liberdade pública **permite** afirmar **que as minorias também titularizam**, sem qualquer exclusão ou limitação, o **direito de reunião**, cujo exercício mostra-se essencial à propagação de suas idéias, de seus pleitos **e** de suas reivindicações, sendo completamente irrelevantes, para efeito de sua plena fruição, **quaisquer** resistências, por maiores que sejam, que a coletividade **oponha** às opiniões **manifestadas** pelos grupos minoritários, ainda que desagradáveis, atrevidas, insuportáveis, chocantes, audaciosas ou impopulares.

Daí a correta observação feita pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM, neste processo, em primorosa

ADPF 187 / DF

sustentação de sua posição **a respeito** do tema, na qual, **ao destacar** "a garantia do dissenso como condição essencial à formação de uma opinião pública livre", **ênfatizou** "o caráter contramajoritário dos direitos fundamentais em causa":

"**A reivindicação** por mudança, **mediante** manifestação que veicule uma ideia **contrária** à política de governo, **não elide** sua juridicidade. **Ao contrário: a contraposição** ao discurso majoritário **situa-se**, historicamente, no germe da liberdade da expressão enquanto comportamento juridicamente garantido. (...).

.....
Os direitos fundamentais em causa, **vocacionados à formação** de uma opinião pública livre, **socorrem fundamentalmente as minorias políticas**, permitindo-lhes a legítima aspiração de tornarem-se, amanhã, maioria; **esta é a lógica de um sistema democrático** no qual o poder se submete à razão, **e não a razão ao poder**.

Decerto, inexistiria **qualquer** razão para que os direitos de liberdade de expressão, de reunião e de manifestação fossem alçados a tal condição caso seu âmbito normativo garantisse, exclusivamente, a exteriorização de concepções compartilhadas pela ampla maioria da sociedade ou pela política em vigor. Se para isso servissem, comporiam **uma inimaginável categoria de 'direitos desnecessários'**; **não seriam**, pois, verdadeiros direitos.

A proibição do dissenso equivale a impor um 'mandado de conformidade', condicionando a sociedade à informação oficial - **uma espécie** de 'marketplace of ideas' (OLIVER WENDELL HOLMES) institucionalmente limitado. **Ou**, o que é ainda mais profundo: **a imposição de um comportamento obsequioso produz**, na sociedade, **um pernicioso** efeito dissuasório ('chilling effect'), **culminando**, progressivamente, **com a aniquilação** do próprio ato individual de reflexão (...).

A experiência histórica revela, pois, **que o discurso antagônico não requer repressão, mas tolerância**; se não fosse pela óbvia razão de que, despida de certo grau de tolerância, a convivência se

ADPF 187 / DF

tornaria socialmente insuportável, justificar-se-ia tal padrão de conduta pela sempre possível hipótese de que a 'verdade' não esteja do lado da maioria.

.....
Perceba-se, nessa linha de perspectiva: um candidato ou partido político que inclua em sua plataforma ou programa de governo a descriminalização de uma conduta delituosa está a fazer 'apologia ao crime'?

No mesmo tom: seria ilegal uma manifestação pública **tendente** a arregimentar apoio à apresentação de um anteprojeto de lei de iniciativa popular com o objetivo de propor a descriminalização de determinada conduta? E a publicação de uma obra literária, individual ou coletiva, difundindo a mesma opinião? **A propósito:** a sustentação teórica do reducionismo penal - que, em termos radicais, designa-se 'abolicionismo' - é prática criminosa?" (grifei)

Essas reflexões do IBCCRIM, feitas em sua legítima condição de "amicus curiae", **põem em evidência a função contramajoritária** do Supremo Tribunal Federal no Estado democrático de direito, **estimulando** a análise da proteção das minorias na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional.

Na realidade, Senhor Presidente, **esse tema** acha-se intimamente associado ao presente debate constitucional, **pois concerne** ao relevantíssimo papel que ao Supremo Tribunal Federal incumbe desempenhar **no plano** da jurisdição das liberdades: o de órgão **investido** do poder e da responsabilidade institucional **de proteger as minorias contra eventuais excessos da maioria ou**, até

ADPF 187 / DF

mesmo, **contra** abusos perpetrados pelo próprio Poder Público e seus agentes.

Tal situação **culmina** por gerar um quadro de submissão de grupos minoritários à vontade hegemônica da maioria, **o que compromete, gravemente**, por reduzi-lo, **o próprio** coeficiente de legitimidade democrática das instituições do Estado, **pois, ninguém o ignora**, o regime democrático **não** tolera **nem** admite a opressão da minoria por grupos majoritários.

Cabe enfatizar, presentes tais razões, que o Supremo Tribunal Federal, **no desempenho** da jurisdição constitucional, **tem proferido**, muitas vezes, **decisões de caráter nitidamente contramajoritário**, **em clara demonstração** de que os julgamentos desta Corte Suprema, quando assim proferidos, **objetivam preservar**, em gesto **de fiel** execução dos mandamentos constitucionais, **a intangibilidade** de direitos, interesses e valores **que identificam os grupos minoritários expostos** a situações de vulnerabilidade jurídica, social, econômica ou política **e que**, por efeito de tal condição, **tornam-se objeto** de intolerância, de perseguição, de discriminação, de injusta exclusão, de repressão **e** de abuso contra os seus direitos.

ADPF 187 / DF

*Na realidade, o tema da preservação e do reconhecimento dos direitos das minorias **deve compor**, por tratar-se de questão **impregnada** do mais alto relevo, a agenda desta Corte Suprema, **incumbida**, por efeito de sua destinação institucional, **de velar pela supremacia** da Constituição **e de zelar pelo respeito** aos direitos, **inclusive de grupos minoritários**, que encontram fundamento legitimador **no próprio** estatuto constitucional.*

Com efeito, *a necessidade de assegurar-se, em nosso sistema jurídico, **proteção às minorias e aos grupos vulneráveis qualifica-se**, na verdade, **como fundamento imprescindível à plena legitimação material** do Estado Democrático de Direito, **havendo merecido tutela efetiva, por parte** desta Suprema Corte, **quando** grupos majoritários, *por exemplo, atuando no âmbito do Congresso Nacional, **ensaiaram** medidas arbitrárias **destinadas a frustrar** o exercício, **por organizações minoritárias**, de direitos **assegurados** pela ordem constitucional (**MS 24.831/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO - **MS 24.849/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO - **MS 26.441/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).**

***Lapidar**, sob a perspectiva de uma **concepção material** de **democracia constitucional**, a **lúcida advertência** do saudoso e*

ADPF 187 / DF

eminente Professor GERALDO ATALIBA ("Judiciário e Minorias", "in" Revista de Informação Legislativa, vol. 96/194):

"A Constituição **verdadeiramente** democrática **há de garantir todos os direitos das minorias e impedir toda prepotência, todo arbítrio, toda opressão contra elas. Mais que isso** - por mecanismos que assegurem representação proporcional -, **deve atribuir um relevante papel institucional às correntes minoritárias mais expressivas.**

.....
Na democracia, governa a maioria, mas - em virtude do postulado constitucional fundamental da igualdade de todos os cidadãos -, **ao fazê-lo, não pode oprimir a minoria. Esta exerce também função política importante, decisiva mesmo: a de oposição institucional, a que cabe relevante papel no funcionamento das instituições republicanas.**

O principal papel da oposição é o de formular propostas alternativas às idéias e ações do governo da maioria que o sustenta. **Correlatamente, critica, fiscaliza, aponta falhas e censura a maioria, propondo-se, à opinião pública, como alternativa. Se a maioria governa, entretanto, não é dona do poder, mas age sob os princípios da relação de administração.**

.....
Daí a necessidade de garantias amplas, no próprio texto constitucional, de existência, sobrevivência, **liberdade de ação e influência da minoria, para que se tenha verdadeira república.**

.....
Pela proteção e resguardo das minorias e sua necessária participação no processo político, **a república faz da oposição instrumento institucional de governo.**

.....
É imperioso que a Constituição **não só garanta a minoria (a oposição), como ainda lhe reconheça direitos e até funções.**

.....
Se a maioria souber que - por obstáculo constitucional - **não pode prevalecer-se da força, nem**

ADPF 187 / DF

ser arbitrária nem prepotente, mas deve respeitar a minoria, então os compromissos passam a ser meios de convivência política. (...)." (grifei)

Também o eminente e saudoso Professor PINTO FERREIRA ("Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno", tomo I/195-196, item n. 8, 5ª ed., 1971, RT) demonstra igual percepção do tema, ao enfatizar - com fundamento em irrepreensíveis considerações de ordem doutrinária - que a essência democrática de qualquer regime de governo apóia-se na existência de uma imprescindível harmonia entre a "Majority rule" e os "Minority rights":

"A verdadeira idéia da democracia corresponde, em geral, a uma síntese dialética dos princípios da liberdade, igualdade e **dominação da maioria, com a correlativa proteção às minorias políticas**, sem o que não se compreende a verdadeira democracia constitucional.

A **dominação majoritária** em si, como o centro de gravidade da democracia, **exige esse respeito às minorias políticas** vencidas nas eleições. O princípio majoritário é o pólo positivo da democracia, e encontra a sua antítese no princípio minoritário, que constitui o seu pólo negativo, ambos estritamente indispensáveis na elucidação do conceito da autêntica democracia.

O princípio democrático não é, pois, a tirania do número, nem a ditadura da opinião pública, nem tampouco a opressão das minorias, o que seria o mais rude dos despotismos. A maioria do povo pode decidir o seu próprio destino, mas **com o devido respeito aos direitos das minorias políticas**, acatando nas suas decisões os princípios invioláveis da liberdade e da igualdade, sob pena de se aniquilar a própria democracia.

A livre deliberação da maioria não é suficiente para determinar a natureza da democracia. STUART MILL já reconhecia essa impossibilidade, ainda no século

ADPF 187 / DF

transato: 'Se toda a humanidade, menos um, fosse de uma opinião, não estaria a humanidade mais justificada em reduzir ao silêncio tal pessoa, do que esta, se tivesse força, em fazer calar o mundo inteiro'. Em termos não menos positivos, esclarece o sábio inglês, nas suas 'Considerations on Representative Government', quando fala da verdadeira e da falsa democracia ('**of true and false Democracy**'): 'A falsa democracia é só representação da maioria, **a verdadeira é representação de todos, inclusive das minorias**. A sua peculiar e verdadeira essência há de ser, destarte, um compromisso constante **entre maioria e minoria**." (grifei)

IV. Grupos majoritários não podem submeter, à hegemonia de sua vontade, a eficácia de direitos fundamentais, que se revestem de nítido caráter contramajoritário, especialmente se analisado esse tema na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional

O Estado de Direito, concebido e estruturado em bases democráticas, **mais** do que simples figura conceitual ou mera proposição doutrinária, **reflete**, em nosso sistema jurídico, uma realidade constitucional **densa** de significação **e plena** de potencialidade concretizadora dos direitos e das liberdades públicas.

A preferência do legislador constituinte pela concepção democrática do Estado de Direito **não pode esgotar-se** numa simples proclamação retórica. **A opção** pelo Estado democrático de direito, *por isso mesmo*, **há de ter conseqüências efetivas no plano** de nossa organização política, **na esfera** das relações institucionais entre os poderes da República **e no âmbito** da formulação de uma teoria das

ADPF 187 / DF

liberdades públicas e do próprio regime democrático. Em uma palavra: ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, aos princípios superiores consagrados pela Constituição da República, cujo texto confere, aos direitos fundamentais, um nítido caráter contramajoritário.

É evidente que o princípio majoritário desempenha importante papel no processo decisório que se desenvolve no âmbito das instâncias governamentais, mas não pode legitimar, na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional, a supressão, a frustração e a aniquilação de direitos fundamentais, como o livre exercício do direito de reunião e da liberdade de expressão (e, também, o do direito de petição), sob pena de descaracterização da própria essência que qualifica o Estado democrático de direito.

Desse modo, e para que o regime democrático não se reduza a uma categoria político-jurídica meramente conceitual ou simplesmente formal, torna-se necessário assegurar, às minorias, notadamente em sede jurisdicional, quando tal se impuser, a plenitude de meios que lhes permitam exercer, de modo efetivo, os direitos fundamentais, que a todos, sem distinção, são assegurados.

ADPF 187 / DF

Isso significa, portanto, numa perspectiva pluralística, em tudo compatível com os fundamentos estruturantes da própria ordem democrática (CF, art. 1º, V), que se impõe a organização de um sistema de efetiva proteção, especialmente no plano da jurisdição, aos direitos, liberdades e garantias fundamentais em favor das minorias, quaisquer que sejam, para que tais prerrogativas essenciais não se convertam em fórmula destituída de significação, o que subtrairia - consoante adverte a doutrina (SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA, "Fundamentos de Direito Constitucional", p. 161/162, item n. 602.73, 2004, Saraiva) - o necessário coeficiente de legitimidade jurídico-democrática ao regime político vigente em nosso País.

Daí a inteira procedência da observação feita pela eminente Dra. DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA, na petição inicial que subscreveu, com brilhante fundamentação, na condição de Procuradora-Geral da República:

"Uma idéia fundamental, subjacente à liberdade de expressão, é a de que o Estado não pode decidir, pelos indivíduos, o que cada um pode ou não pode ouvir. Como ressaltou Ronald Dworkin, 'o Estado insulta os seus cidadãos e nega a eles responsabilidade moral, quando decreta que não se pode confiar neles para ouvir opiniões que possam persuadi-los a adotar convicções perigosas ou ofensivas'.

Daí por que o fato de uma idéia ser considerada errada ou mesmo perniciosas pelas autoridades públicas

ADPF 187 / DF

de plantão não é fundamento bastante para justificar que a sua veiculação seja proibida. **A liberdade de expressão não protege apenas as idéias aceitas pela maioria, mas também - e sobretudo - aquelas tidas como absurdas e até perigosas. Trata-se, em suma, de um instituto contramajoritário, que garante o direito daqueles que defendem posições minoritárias, que desagradam ao governo ou contrariam os valores hegemônicos da sociedade, de expressarem suas visões alternativas.**" (grifei)

V. As plurissignificações do art. 287 do Código Penal: necessidade de interpretar esse preceito legal em harmonia com as liberdades fundamentais de reunião, de expressão e de petição

Vê-se, portanto, que o litígio constitucional instaurado na presente causa é motivado por abordagens hermenêuticas diversas em torno do art. 287 do Código Penal, precisamente em face do conteúdo polissêmico desse preceito legal, **situação atestada pela existência de provimentos judiciais **conflitantes** a propósito da questão, **eis** que há decisões **reconhecedoras** de que o art. 287 do Código Penal **impede** a realização de qualquer marcha ou passeata **tendente** a propor a discussão pública sobre a legalização do uso de drogas ou de substâncias correlatas, **frustrando-se, assim, o exercício** de liberdades públicas fundamentais, **cujas práticas tem sido duramente atingida e gravemente obstada** por **notórias** medidas repressivas **adotadas** pelo Estado e seus agentes **em função** de pronunciamentos do Poder Judiciário **que consideram** apologia de fato**

ADPF 187 / DF

criminoso as condutas daqueles que organizam, promovem **e/ou** participam de movimentos **como** o da "*Marcha da Maconha*".

De outro lado, registram-se **decisões** que, **proferidas** em sentido diametralmente oposto, **buscam compatibilizar** o art. 287 do Código Penal **com** o texto da Constituição, **interpretando-o** de forma a não inviabilizar o exercício da liberdade de reunião **e** a prática dos direitos de petição **e** de livre manifestação do pensamento.

Tudo isso torna necessário debater e examinar o significado **e** o alcance *de determinadas* liberdades fundamentais - a liberdade de reunião, a liberdade de manifestação do pensamento **e**, *também*, o direito de petição - **cujo exercício** tem sido inviabilizado, pelo Poder Público, sob a equivocada interpretação de que manifestações públicas (e pacíficas), como a "*Marcha da Maconha*", configurariam a prática do ilícito **tipificado** no art. 287 do Código Penal, **que define**, como entidade delituosa, a "apologia de fato criminoso", **não obstante destinadas, tais manifestações, a veicular** idéias, **a transmitir** opiniões, **a formular** protestos **e a expor** reivindicações (direito de petição), **com a finalidade de sensibilizar** a comunidade **e** as autoridades governamentais, notadamente os seus legisladores, para a delicada questão da

ADPF 187 / DF

descriminalização ("abolitio criminis") do uso das drogas ou de qualquer substância entorpecente específica.

Extremamente precisa, a esse propósito, a referência que o IBCCRIM faz, em sua formal intervenção nesta causa, à delimitação material do objeto da presente demanda constitucional, especialmente no ponto em que assim se manifesta:

"O objeto desta ADPF não se confunde com o objeto das reuniões ou manifestações que, sob contínua ameaça de repressão do Poder Público, justificaram a presente medida. (...).

A temática jurídica submetida à apreciação desse Supremo Tribunal Federal situa-se em domínios normativos superiores, de feição constitucional; mais precisamente, no âmbito das liberdades individuais: estão em pauta os direitos fundamentais de reunião e de manifestação, enquanto projeções da liberdade de expressão, em cujo núcleo essencial incluem-se as faculdades de protesto e de reivindicação, pressupostos de uma sociedade livre, aberta e pluralista.

Nessa perspectiva, as manifestações que, sob ilegítima expansão normativa dos limites do art. 287 do Código Penal, vêm sofrendo censura estatal poderiam ter por conteúdo matérias reivindicatórias as mais diversas ('v.g.', a descriminalização do aborto, da eutanásia ou de qualquer outra conduta incriminada sobre a qual a sociedade esteja dividida); ainda assim, o objeto da ADPF persistiria o mesmo.

É preciso, outrossim, que fique claro: a proteção judicial ora postulada não contempla - e nem poderia fazê-lo - a criação de um espaço público circunstancialmente imune à ação fiscalizatória ordinária do Estado; menos ainda se propugna que, no exercício das liberdades ora reivindicadas, manifestantes possam incorrer em ilicitude de qualquer espécie, como, por exemplo, consumir drogas. O espectro

ADPF 187 / DF

de liberdade que se objetiva ver assegurado **é aquele inerente** - portanto, adequado e necessário - **aos direitos fundamentais** implicados, **sem que daí decorra implícita permissão** à prática de conduta que se possa traduzir em violação às normas integradoras do Direito em vigor." (grifei)

É por isso que a douta Procuradoria-Geral da República, após enfatizar, **com apoio** em magistério doutrinário, **que a liberdade de reunião** acha-se submetida a um limite implícito, que é a sua finalidade lícita, **corretamente observa**:

"(...) **é perfeitamente lícita** a defesa pública da **legalização** das drogas, **na perspectiva** do legítimo exercício da liberdade de expressão.

Evidentemente, seja ilícita uma reunião em que as pessoas se encontrassem **para consumir** drogas ilegais ou **para instigar** terceiros a usá-las. **Não é este o caso de reunião voltada à crítica** da legalização penal e de políticas públicas em vigor, **em que se defenda a legalização** das drogas em geral, ou **de alguma substância entorpecente em particular**." (grifei)

O direito de reunião, Senhor Presidente, **também surge** como verdadeira pré-condição necessária à ativa participação dos cidadãos no processo político e no de tomada de decisões, notadamente agora em que o sistema constitucional brasileiro **confere** legitimidade ativa aos cidadãos para a instauração, por iniciativa popular, do processo legislativo, **o que habilita** o eleitorado a **propor**, ao Congresso Nacional, **nos termos** do art. 14, III, **e** do art. 61, § 2º, da Constituição, projetos de lei objetivando, até

ADPF 187 / DF

mesmo, a própria "abolitio criminis" referente a qualquer conduta hoje penalmente punível.

Legítimos, pois, sob perspectiva estritamente constitucional, a assembléia, a reunião, a passeata, a marcha ou qualquer outro encontro **realizados**, em espaços públicos, com o objetivo de obter apoio para eventual proposta de legalização do uso de drogas, de criticar o modelo penal de repressão e punição ao uso de substâncias entorpecentes, de propor alterações na legislação penal pertinente, de formular sugestões concernentes ao sistema nacional de políticas públicas sobre drogas, de promover atos de proselitismo **em favor** das posições **sustentadas** pelos manifestantes e participantes da reunião, ou, finalmente, de exercer o direito de petição **quanto ao próprio objeto motivador** da assembléia, passeata ou encontro.

VI. Vinculação de caráter instrumental entre a liberdade de reunião e o direito de petição

Mostra-se relevante salientar, agora, Senhor Presidente, que igualmente existe uma clara relação de instrumentalidade entre a liberdade de reunião e o direito de petição, que também se qualifica como **expressiva** prerrogativa de

ADPF 187 / DF

natureza constitucional e de caráter político-jurídico, **inerente** ao próprio exercício da cidadania.

*Como sabemos, a declaração constitucional de direitos, inscrita no texto de nossa Lei Fundamental, assegura, a todos, o direito de petição aos poderes públicos, consagrando, em favor das pessoas em geral, uma faculdade que tem sido reconhecida ao longo do constitucionalismo brasileiro, desde a Carta Política do Império do Brasil (art. 179, n. 30), transitando, sem qualquer exceção, por todas as Constituições republicanas, até o vigente ordenamento constitucional (CF/88, art. 5º, inciso XXXIV, "a"), sempre atribuindo, aos cidadãos e à generalidade das pessoas, a **prerrogativa de apresentar**, aos órgãos competentes do Estado, queixas, reclamações e denúncias de abusos, além de propiciar-lhes a possibilidade de oferecer representação **propondo** a adoção de medidas **que materializem** a sua posição e o seu pensamento **a propósito** de certa matéria ou tema específico, como sucede, p. ex., com os que, congregando-se, pacificamente, em praça pública, **propõem** ao Poder Legislativo (destinatário precípua da manifestação popular) **a adoção de medidas descriminalizadoras** do uso e consumo de drogas em geral e de determinada substância entorpecente em particular.*

ADPF 187 / DF

Vale ter presente, neste ponto, **a observação** que PONTES DE MIRANDA ("Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969", tomo V/630, item n. 3, 2ª ed./2ª tir., 1974, RT) **faz sobre o direito de petição**, que surgiu, *historicamente*, no contexto da Revolução Gloriosa (1688), **com a Declaração de Direitos britânica de 1689 ("Bill of Rights")**, **que assegurava** (como ainda assegura), aos súditos, **o direito** de se dirigir ao monarca reinante (e ao Parlamento), **propondo-lhes** a adoção de medidas **ou** de providências **indicadas** em pleito individual ou coletivo: "(...) **é o direito público subjetivo de petição**, com as pretensões respectivas, **qualquer que seja o interêsse ou direito-base que invoque o peticionário**, e **independe de qualquer prova de interêsse próprio**. Os poderes públicos **são apenas adstritos** a proferir despacho, **ou** designar comissão **que estude** as reclamações feitas. **Porém**, o Poder Legislativo **não pode deixar de designar** comissão 'ad hoc', ou permanente, **que dê parecer**, sujeito, ou não, a plenário. **O arquivamento, sem qualquer resposta, constitui violação** do enunciado da Constituição. **A praxe é dar parecer** a Comissão de Petições **e enviá-lo**, depois, com a petição, às outras Comissões, a que, pela matéria, interesse. **Formou-se** a relação jurídica processual, especialíssima, **e o Estado tem o dever de prestação**, em solução favorável ou não" (grifei).

ADPF 187 / DF

VII. "A Marcha da Maconha": expressão concreta do exercício legítimo, porque fundado na Constituição da República, das liberdades fundamentais de reunião, de manifestação do pensamento e de petição

É importante destacar, de outro lado, Senhor Presidente, que, ao contrário do que algumas mentalidades repressivas sugerem, a denominada "Marcha da Maconha", longe de pretender estimular o consumo de drogas ilícitas, busca, na realidade, expor, de maneira organizada e pacífica, apoiada no princípio constitucional do pluralismo político (fundamento estruturante do Estado democrático de direito), as idéias, a visão, as concepções, as críticas e as propostas daqueles que participam, como organizadores ou como manifestantes, desse evento social, amparados pelo exercício concreto dos direitos fundamentais de reunião, de livre manifestação do pensamento e de petição.

Nesse contexto, a questionada (e tão reprimida) "Marcha da Maconha" é bem a evidência de como se interconexionam as liberdades constitucionais de reunião (direito-meio) e de manifestação do pensamento (direito-fim ou, na expressão de Pedro Lessa, "direito-escopo"), além do direito de petição, todos eles igualmente merecedores do amparo do Estado, cujas autoridades - longe de transgredirem tais prerrogativas fundamentais - deveriam protegê-las, revelando tolerância e respeito por aqueles que,

ADPF 187 / DF

congregando-se em espaços públicos, pacificamente, sem armas, apenas pretendem, Senhor Presidente, valendo-se, legitimamente, do direito à livre expressão de suas idéias e opiniões, transmitir, mediante concreto exercício do direito de petição, mensagem de abolicionismo penal quanto à vigente incriminação do uso de drogas ilícitas.

Cabe rememorar, bem por isso, as observações feitas pelo ilustre Advogado e Professor SALO DE CARVALHO ("A Política Criminal de Drogas no Brasil - Estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343/06", p. 258/261, item n. 12.10, 5ª ed., 2010, Lumen Juris), que, em precisa exposição, indicou as finalidades legítimas perseguidas pelos que participam, sob o amparo das liberdades fundamentais de reunião e de manifestação do pensamento, dos encontros e eventos promovidos pelos organizadores de referida manifestação pública:

"Realizada anualmente a partir de 1999 em várias cidades do planeta, a Marcha da Maconha é caracterizada por série de eventos de apoio às políticas antiproibicionistas e de redução de danos. Em festividades realizadas no primeiro sábado do mês de maio, considerado o Dia Mundial pela Descriminalização da 'Cannabis', são organizados encontros, passeatas, fóruns de debates, festas, concertos e festivais. Idealizada e coordenada por organizações civis e públicas não-governamentais, a Marcha objetiva realização de manifestações pacíficas, performances culturais e atos de livre expressão para informação e

ADPF 187 / DF

discussão de políticas públicas que envolvem a (des)criminalização da 'cannabis'.

Segundo os organizadores, a ideia principal do evento é a promoção de debate sério sobre as políticas públicas que envolvem as drogas, **sendo os participantes incentivados a não fazer uso** de qualquer tipo de droga, lícita ou ilícita, **especialmente o álcool, durante** as manifestações. **Constitui-se**, portanto, como movimento social espontâneo, reivindicatório e de livre exposição do pensamento.

No Brasil, na última década, **inúmeros** coletivos aderiram à Marcha, **seguindo** o movimento global de manifestação **contrária** às políticas proibicionistas. **A organização nacional**, ao longo dos anos, **publicizou** amplamente a **intenção de debater** o tema da criminalização e os efeitos produzidos pela atual política criminal de drogas no Brasil e na América Latina. **No ambiente virtual** mantido pelos grupos e instituições que representam o Movimento, **encontra-se a seguinte** exposição de motivos:

'Os objetivos principais do Coletivo são: Criar espaços onde indivíduos e instituições interessadas em debater a questão possam se articular e dialogar; **Estimular reformas** nas Leis e Políticas Públicas sobre a maconha e seus diversos usos; **Ajudar a criar** contextos sociais, políticos e culturais onde todos os cidadãos brasileiros possam se manifestar de forma livre e democrática a respeito das políticas e leis sobre drogas; **Exigir formas** de elaboração e aplicação dessas políticas e leis que sejam mais transparentes, justas, eficazes e pragmáticas, **respeitando** a cidadania e os Direitos Humanos.

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 ideias e opiniões, mas também os limites legais desse e de outros direitos.'

ADPF 187 / DF

Na Carta de Princípios da Marcha da Maconha no Brasil, os integrantes expressam os objetivos da manifestação:

'A Marcha da Maconha Brasil é um movimento social, cultural e político, cujo objetivo é levantar a proibição hoje vigente em nosso país em relação ao plantio e consumo da 'cannabis', tanto para fins medicinais como recreativos. Também é nosso entendimento que o potencial econômico dos produtos feitos de cânhamo deve ser explorado, especialmente quando isto for adequado sob o ponto de vista ambiental.

A Marcha da Maconha Brasil não é um movimento de apologia ou incentivo ao uso de qualquer droga, o que inclui a 'cannabis'. No entanto, partilhamos do entendimento de que a política proibicionista radical hoje vigente no Brasil e na esmagadora maioria dos países do mundo é um completo fracasso, que cobra um alto preço em vidas humanas e recursos públicos desperdiçados.

A Marcha da Maconha Brasil não tem posição sobre a legalização de qualquer outra substância além da 'cannabis', a favor ou contra. O nosso objetivo limita-se a promover o debate sobre a planta em questão e demonstrar para a sociedade brasileira a inadequação de sua proibição.

A Marcha da Maconha Brasil tem como objetivo agregar todos aqueles que comunguem dessa visão, usuários da erva ou não, que desejem colaborar de alguma forma para que a proibição seja derrubada. Os que estão presos pelo simples fato de plantar a 'cannabis' para uso pessoal são considerados presos políticos, assim como todos aqueles que estão atrás das grades sem ter cometido violência nenhuma contra ninguém, por delitos relacionados a esse vegetal que o conservadorismo obscurantista teima em banir.

Para atingir os seus objetivos, a Marcha da Maconha Brasil atuará estritamente dentro da Constituição e das leis. Não abrimos mão da liberdade de expressão, mas também não promovemos a desobediência a nenhuma lei. Entretanto, reconhecemos que se a sociedade tem o dever de cumprir a lei elaborada e aprovada por seus representantes eleitos,

ADPF 187 / DF

os legisladores devem exercer a sua função em sintonia com a evolução da sociedade.

Uma vez por ano, simultaneamente com o movimento internacional 'Global Marijuana March', a **Marcha da Maconha Brasil organizará e convocará manifestações públicas** pela legalização da 'cannabis'. **Além disso**, também poderão ser organizadas outras atividades, tais como seminários, conferências e debates, inclusive em colaboração com outros grupos e movimentos, nacionais e estrangeiros.'

Percebe-se, da leitura do material de divulgação, **que a finalidade do movimento é problematizar a política criminal proibicionista. Trata-se**, portanto, **de movimento social** espontâneo **que reivindica a possibilidade**, através da livre manifestação do pensamento, **da discussão democrática** do modelo proibicionista e dos efeitos que produziu **em termos** de incremento da violência. **Ademais**, o evento Marcha da Maconha **possui**, nitidamente, caráter cultural e artístico, **em face** da programação de atividades musicais, teatrais e performáticas, **além da criação** de espaço de debate com palestras, seminários e exposições de documentários relacionados às políticas públicas ligadas às drogas, lícitas e ilícitas.

Em razão dos dados apresentados, **incabível entender as condutas** como apologia de fato criminoso, **não apenas porque houve** a descriminalização do tipo específico existente na revogada Lei 6.368/76, **mas porque sequer** há possibilidade de subsunção ao art. 287 do Código Penal.

Note-se que o bem jurídico tutelado pelo tipo penal do art. 287 do Código Penal é a paz pública. **Assim**, a conduta, para constituir materialmente delito, deve, necessariamente, gerar, no seio social, perturbação. **Segundo a doutrina**, 'fazer apologia significa defender, justificar, elogiar, enaltecer, defender. Trata-se da conduta daquele que, publicamente, enaltece o fato criminoso ou o autor do crime.'

No caso da Marcha da Maconha, **do que se pode perceber**, **não há qualquer espécie** de enaltecimento, defesa ou justificativa do porte para consumo ou do tráfico de drogas ilícitas, **figuras tipificadas** nos arts. 28 e 33 da Lei 11.343/06. **Ao contrário**, resta

ADPF 187 / DF

evidente a tentativa de pautar importante (e necessário) debate acerca das políticas públicas e dos efeitos do proibicionismo." (grifei)

VIII. A liberdade de manifestação do pensamento: um dos mais preciosos privilégios dos cidadãos

Tenho sempre enfatizado, nesta Corte, Senhor Presidente, que **nada** se revela **mais** nocivo e **mais** perigoso do que a pretensão do Estado de reprimir a liberdade de expressão, **mesmo** que se objective, **com apoio** nesse direito fundamental, **expor** idéias **ou formular** propostas que a maioria da coletividade repudie, **pois**, *nesse tema, guardo a convicção de que o pensamento há de ser livre, sempre livre, permanentemente livre, essencialmente livre.*

Torna-se extremamente importante reconhecer, desde logo, que, **sob a égide** da vigente Constituição da República, **intensificou-se**, em face de seu inquestionável sentido de fundamentalidade, **a liberdade** de manifestação do pensamento.

Ninguém desconhece que, **no contexto** de uma sociedade fundada em bases democráticas, **mostra-se intolerável** a repressão estatal ao pensamento.

Não custa insistir, neste ponto, **na asserção** de que a Constituição da República **revelou** **hostilidade** extrema a quaisquer

ADPF 187 / DF

práticas estatais tendentes a restringir ou a reprimir o legítimo exercício da liberdade de expressão e de comunicação de idéias e de pensamento.

Essa repulsa constitucional bem traduziu o compromisso da Assembléia Nacional Constituinte de dar expansão às liberdades do pensamento. Estas são expressivas prerrogativas constitucionais cujo integral e efetivo respeito, pelo Estado, qualifica-se como pressuposto essencial e necessário à prática do regime democrático. A livre expressão e manifestação de idéias, pensamentos e convicções não pode e não deve ser impedida pelo Poder Público nem submetida a ilícitas interferências do Estado.

Não deixo de reconhecer, Senhor Presidente, **que os valores** que informam a ordem democrática, **dando-lhe** o indispensável suporte axiológico, **revelam-se conflitantes** com toda e qualquer pretensão estatal **que vise** a nulificar **ou** a coarctar a **hegemonia essencial** de que se revestem, em nosso sistema constitucional, **as liberdades** do pensamento.

O regime constitucional vigente no Brasil **privilegia**, de modo particularmente expressivo, o **quadro** em que se desenvolvem as liberdades do pensamento. **Esta** é uma realidade normativa,

ADPF 187 / DF

política e jurídica que não pode ser desconsiderada pelo Supremo Tribunal Federal.

A **liberdade de expressão** representa, dentro desse contexto, uma projeção significativa do direito, que a todos assiste, de manifestar, **sem** qualquer possibilidade de intervenção estatal "a priori", as suas convicções, expondo as suas idéias e fazendo veicular as suas mensagens doutrinárias, ainda que impopulares, contrárias ao pensamento dominante ou representativas de concepções peculiares a grupos minoritários.

É preciso reconhecer que a vedação dos comportamentos estatais que afetam tão gravemente a livre expressão e comunicação de idéias **significou** um notável avanço nas relações entre a sociedade civil e o Estado. Nenhum diktat emanado do Estado pode ser aceito **ou** tolerado, na medida em que venha a comprometer o **pleno** exercício da liberdade de expressão.

A Constituição, ao subtrair da interferência do Poder Público o processo de comunicação **e** de livre expressão das idéias, ainda que estas sejam rejeitadas por grupos majoritários, mostrou-se atenta à grave advertência de que o Estado **não pode dispor** de poder

ADPF 187 / DF

algum sobre a palavra, sobre as idéias e sobre os modos de sua manifestação.

Impende advertir, bem por isso, notadamente quando os agentes do Poder, atuando de forma incompatível com a Constituição, buscam promover a repressão à liberdade de expressão, vedando o exercício do direito de reunião e, assim, frustrando, de modo injusto e arbitrário, a possibilidade de livre exposição de opiniões, que o Estado não dispõe de poder algum sobre a palavra, sobre as idéias, sobre o pensamento e sobre as convicções manifestadas pelos cidadãos.

Essa garantia básica da liberdade de expressão do pensamento, como precedentemente assinalado, representa, em seu próprio e essencial significado, um dos fundamentos em que repousa a ordem democrática. Nenhuma autoridade pode prescrever o que será ortodoxo em política, ou em outras questões que envolvam temas de natureza filosófica, jurídica, social, ideológica ou confessional, nem estabelecer padrões de conduta cuja observância implique restrição à própria manifestação do pensamento. Isso porque "o direito de pensar, falar e escrever livremente, sem censura, sem restrições ou sem interferência governamental" representa, conforme adverte HUGO LAFAYETTE BLACK, que integrou a Suprema Corte dos

ADPF 187 / DF

Estados Unidos da América (1937-1971), "o mais precioso privilégio dos cidadãos..." ("Crença na Constituição", p. 63, 1970, Forense).

É certo que o direito à livre expressão do pensamento não se reveste de caráter absoluto, pois sofre limitações de natureza ética e de caráter jurídico.

Daí a advertência do Juiz Oliver Wendell Holmes, Jr., proferida em voto memorável, em 1919, no julgamento do caso Schenck v. United States (249 U.S. 47, 52), quando, ao pronunciar-se sobre o caráter relativo da liberdade de expressão, tal como protegida pela Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, acentuou que "A mais rígida proteção da liberdade de palavra não protegeria um homem que falsamente gritasse fogo num teatro e, assim, causasse pânico", concluindo, com absoluta exatidão, que "a questão em cada caso é saber se as palavras foram usadas em tais circunstâncias e são de tal natureza que envolvem perigo evidente e atual ('clear and present danger') de se produzirem os males gravíssimos que o Congresso tem o direito de prevenir. É uma questão de proximidade e grau" (grifei).

ADPF 187 / DF

É por tal razão que a incitação ao ódio público contra qualquer pessoa, povo ou grupo social **não está protegida** pela cláusula constitucional **que assegura a liberdade de expressão**.

Cabe relembrar, neste ponto, a **própria** Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), cujo Art. 13, § 5º, exclui, do âmbito de proteção da liberdade de manifestação do pensamento, "toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência".

Tenho por irrecusável, Senhor Presidente, que a liberdade de manifestação do pensamento, impregnada de essencial transitividade, destina-se a proteger qualquer pessoa cujas opiniões **possam, até mesmo, conflitar** com as concepções **prevalecentes**, em determinado momento histórico, no meio social, impedindo que incida, sobre ela, por conta e efeito de suas convicções, qualquer tipo de restrição de índole política ou de natureza jurídica, pois todos não de ser livres para exprimir idéias, ainda que estas possam insurgir-se ou revelar-se em desconformidade frontal com a linha de pensamento dominante no âmbito da coletividade.

ADPF 187 / DF

Memoráveis, por isso mesmo, as palavras do Justice OLIVER WENDELL HOLMES, JR. (que foi Juiz da Suprema Corte dos EUA), no caso "United States v. Rosika Schwimmer" (279 U.S. 644), proferidas, em 1929, em notável e histórico voto vencido (hoje qualificado como uma "powerful dissenting opinion"), então inteiramente acompanhado pelo Juiz Louis Brandeis, nas quais HOLMES deixou positivado um "dictum" imorredouro fundado na Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América:

"(...) but IF there is any principle of the Constitution that more imperatively calls for attachment than any other it is the principle of free thought - not free thought for those who agree with us BUT freedom for the thought that we hate."

Trata-se de um trecho histórico e retoricamente poderoso na definição do verdadeiro sentido da proteção constitucional à liberdade de manifestação do pensamento: **GARANTIR não apenas o direito daqueles que pensam como nós, MAS, igualmente, PROTEGER o direito dos que sustentam ideias que odiamos, abominamos e, até mesmo, repudiamos!**

O pluralismo político (que legitima a livre circulação de ideias) exprime, bem por isso, **um dos fundamentos estruturantes**

ADPF 187 / DF

do Estado democrático de Direito! **É o que expressamente proclama,** em seu art. 1º, inciso V, **a própria** Constituição da República.

Vale destacar, no ponto, **o magistério**, sempre valioso, de CELSO DELMANTO, ROBERTO DELMANTO, ROBERTO DELMANTO JUNIOR e FABIO M. DE ALMEIDA DELMANTO ("Código Penal Comentado", p. 820, 8ª ed., 2010, Saraiva), cujos comentários, por extremamente relevantes, **reproduzo a seguir**, notadamente porque esses eminentes autores **corretamente procedem** a uma interpretação do art. 287 do Código Penal em conformidade com a Constituição e com o que ela estabelece **em tema** de liberdades fundamentais:

"Liberdades públicas: Pode ocorrer que a conduta do agente esteja amparada por garantias constitucionais, como ocorre com as da liberdade de manifestação do pensamento (CR, art. 5º, IV) e da livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura ou licença (inciso IX), havendo um conflito aparente de normas com a proibição prevista no crime deste art. 287. O que o Direito Penal pune, evidentemente, são os 'abusos' no exercício dessas liberdades. Dependendo do caso, não haverá antijuridicidade ou ilicitude na conduta daquele que, por exemplo, propugna pela descriminalização do aborto, do porte de droga para uso próprio e da eutanásia. Isto porque, defender a descriminalização de certas condutas previstas em lei como crime, não é fazer apologia de fato criminoso ou de autor de crime. Igualmente, não configura o crime deste art. 287 a conduta daquele que usa camiseta com a estampa da folha da maconha, por ser inócua a caracterizar o crime e por estar abrangida na garantia constitucional da liberdade de manifestação do pensamento." (grifei)

ADPF 187 / DF

IX. A proposta de legalização do uso de drogas, inclusive da "Cannabis Sativa Linnaeus", ainda que defendida fora de ambientes acadêmicos, em espaços públicos ou privados, é amparada pelas liberdades constitucionais de reunião, de manifestação do pensamento e de petição

Desejo salientar, neste ponto, Senhor Presidente, já me aproximando do encerramento deste voto, que a mera proposta de descriminalização de determinado ilícito penal **não se confunde** com o ato de incitação à prática do delito, **nem** com o de apologia de fato criminoso, **eis que o debate** sobre a abolição penal de determinadas condutas puníveis **pode** (e deve) **ser realizado** de forma racional, **com respeito** entre interlocutores, **ainda** que a idéia, para a maioria, possa ser eventualmente considerada **estranha, extravagante, inaceitável ou, até mesmo, perigosa.**

É relevante observar que já se registraram, no ordenamento positivo brasileiro, **diversos** casos de "abolitio criminis", cabendo mencionar, dentre eles, em tempos mais recentes, a descaracterização típica do adultério (CP, art. 240), da sedução (CP, art. 217) e do rapto consensual (CP, art. 220).

Impõe-se lembrar, aqui, fato historicamente expressivo, **além de impregnado** de inequívoco significado jurídico: **refiro-me** a comportamento **que era punido, como delito, pelo Código**

ADPF 187 / DF

Penal de 1890, que foi o primeiro estatuto penal da República, **cujo art. 402 definia, como ato passível de repressão penal (pena de 2 a 6 meses de prisão celular), a conduta** consistente em "Fazer, nas ruas e praças públicas, exercícios de agilidade e destreza corporal conhecidos pela denominação de capoeiragem (...)".

Se prevalecesse a lógica autoritária, **aqui repudiada, que extrai**, do art. 287 do vigente Código Penal, em interpretação absolutamente incompatível com o texto da Constituição, **a existência** do delito de apologia de fato criminoso, nele enquadrando o comportamento **dos que sustentam, publicamente, a descriminalização** de determinado ato punível, estar-se-ia reconhecendo, **em tal contexto, a possibilidade de incriminação** dos que pugnaram **pela legalização** da prática da capoeiragem **ou** que, *nesta*, vislumbraram manifestação de caráter folclórico **ou** de índole cultural, **como o fez**, em 1932, em declaração pública, Gustavo Capanema, **então** Ministro da Educação e Saúde do Governo Provisório de Getúlio Vargas, **que proclamou, textualmente**, que "A capoeira é o esporte nacional brasileiro", **o que permitiu retirar, nos anos subseqüentes**, das páginas da repressão criminal, **a atividade** de capoeira, **pois**, *como se sabe*, **a capoeira, hoje, acha-se vinculada** à Confederação Brasileira de Capoeira, entidade **reconhecida pelo próprio Comitê Olímpico Brasileiro, sendo digno de nota, ainda, o fato** de que a

ADPF 187 / DF

"Roda de Capoeira" foi qualificada, pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), em 21/10/2008, **como prática integrante do Patrimônio Cultural do Brasil.**

Enfatize-se, Senhor Presidente, que jamais se cogitou, quanto aos autores **de tais** propostas - não importando se formuladas na esfera da sociedade civil ou no âmbito do Congresso Nacional (e **que objetivavam** a descriminalização, dentre outros, dos delitos de capoeiragem, de adultério, de sedução e de rapto consensual) -, **que tivessem eles** cometido o delito **tipificado** no art. 287 do Código Penal, o que, se ocorrido, **constituiria um rematado absurdo...**

Há que se reconhecer, ainda, no que se refere à pretendida **descriminalização** do uso de drogas, **inclusive** da maconha, que essa tese **é sustentada**, publicamente, por diversas entidades, **tais como** a Comissão Latino-Americana sobre Drogas e Democracia, **presidida** pelo ex-Presidente da República Fernando Henrique Cardoso, que, em artigo publicado no "Valor Econômico" ("**A Guerra contra as Drogas**", em 18/01/2011), **e após observar** que a guerra contra as drogas "**é uma guerra perdida**", **impondo-se**, por isso mesmo, **uma ruptura de paradigma** na análise e enfrentamento dessa questão, **teceu as seguintes observações:**

"A guerra contra as drogas é uma guerra perdida e 2011 é o momento para afastar-se da abordagem punitiva

ADPF 187 / DF

e buscar um novo conjunto de políticas baseado na saúde pública, direitos humanos e bom senso. Essas foram as principais conclusões da Comissão Latino-Americana sobre Drogas e Democracia que organizei, **ao lado** dos ex-presidentes Ernesto Zedillo, do México, e César Gaviria, da Colômbia.

Envolvemo-nos no assunto por um motivo persuasivo: **a violência e a corrupção** associadas ao tráfico de drogas **representam** uma grande ameaça à democracia em nossa região. **Esse senso de urgência** nos levou a avaliar as atuais políticas e a procurar alternativas viáveis. A abordagem proibicionista, baseada na repressão da produção e criminalização do consumo, claramente, fracassou.

Após 30 anos de esforços maciços, tudo o que o proibicionismo alcançou foi transferir as áreas de cultivo e os cartéis de drogas de um país a outro (**conhecido** como efeito balão). **A América Latina continua sendo a maior exportadora de cocaína e maconha.** Milhares de jovens **continuam** a perder as vidas em guerras de gangues. **Os barões das drogas** dominam comunidades inteiras por meio do medo.

Concluimos nosso informe com a defesa de uma mudança de paradigma. O comércio ilícito de drogas **continuará** enquanto houver demanda por drogas. **Em vez de aferrar-se** a políticas fracassadas que não reduzem a lucratividade do comércio - e, portanto, seu poder - **precisamos redirecionar** nossos esforços à redução do consumo e contra o dano causado pelas drogas às pessoas e sociedade.

.....
A abordagem recomendada no informe da comissão, no entanto, **não significa complacência.** **As drogas são prejudiciais à saúde.** Minam a capacidade dos usuários de tomar decisões. O compartilhamento de agulhas dissemina o HIV/Aids e outras doenças. O vício pode levar à ruína financeira e ao abuso doméstico, especialmente de crianças.

.....
Reduzir o consumo ao máximo possível precisa, portanto, **ser o objetivo principal.** Isso, contudo, **requer tratar os usuários de drogas como pacientes** que precisam ser cuidados e **não** como criminosos **que devem ser** encarcerados. **Vários países** empenham-se em políticas **que enfatizam** a prevenção e tratamento, **em vez** da repressão -

ADPF 187 / DF

e reorientam suas medidas repressivas **para combater** o verdadeiro inimigo: **o crime organizado**.

A cisão no consenso global em torno à abordagem proibicionista é cada vez maior. Um número crescente de países na Europa e América Latina se afasta do modelo puramente repressivo.

Portugal e Suíça são exemplos convincentes do impacto positivo das políticas centradas na prevenção, tratamento e redução de danos. Os dois países **descriminalizaram a posse de drogas para uso pessoal**. Em vez de registrar-se uma explosão no consumo de drogas como muitos temiam, **houve aumento no número de pessoas em busca de tratamento e o uso de drogas em geral caiu**.

Quando a abordagem política deixa de ser a de repressão criminal para ser questão de saúde pública, os consumidores de drogas ficam mais abertos a buscar tratamento. A descriminalização do consumo **também reduz o poder dos traficantes de influenciar e controlar o comportamento dos consumidores**.

Em nosso informe, recomendamos avaliar do ponto de vista da saúde pública - **e com base na mais avançada ciência médica - os méritos de descriminalizar a posse da cannabis para uso pessoal**.

A maconha é de longe a droga mais usada. Há um número cada vez maior de evidências indicando que seus danos são, na pior hipótese, **similares aos provocados pelo álcool ou tabaco**. Além disso, a maior parte dos problemas associados ao uso da maconha - **desde o encarceramento indiscriminado dos consumidores até a violência e a corrupção associadas ao tráfico de drogas - é resultado das atuais políticas proibicionistas**.

A descriminalização da cannabis seria, portanto, um importante passo à frente para abordar o uso de drogas como um problema de saúde e não como uma questão para o sistema de Justiça criminal.

.....
Nenhum país concebeu uma solução abrangente ao problema das drogas. A solução, no entanto, **não exige uma escolha cabal entre a proibição e a legalização**. A pior proibição é a proibição de pensar. Agora, enfim, o tabu que impedia o debate foi quebrado. **Abordagens alternativas estão sendo testadas e precisam ser cuidadosamente avaliadas**.

No fim das contas, a capacidade das pessoas de avaliar riscos e fazer escolhas estando informadas será

ADPF 187 / DF

tão importante para regular o uso das drogas quanto leis e políticas mais humanas e eficientes. **Sim**, as drogas corroem a liberdade das pessoas. **É hora**, no entanto, **de reconhecer** que políticas repressivas **em relação** aos usuários de drogas, **baseadas**, como é o caso, em preconceito, medo e ideologia, **são**, da mesma forma, **uma ameaça à liberdade.**" (grifei)

Cabe registrar, finalmente, que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, instituição vinculada à Organização dos Estados Americanos, por sua Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão, já manifestou grave preocupação, externada no Informe Anual de 2008, motivada pela existência de decisões judiciais que proibiram, em maio daquele ano, no Brasil, a realização de manifestações públicas que buscavam propor modificações na legislação penal em vigor, assim havendo-se pronunciado a respeito, como registra a douta Procuradoria-Geral da República (fls. 05/06):

"50. O Escritório do Relator Especial recebeu informação a propósito da adoção de medidas judiciais em maio de 2008 em nove cidades brasileiras diferentes proibindo a realização de demonstrações públicas que visavam a promover modificações no Direito Penal em vigor. Estas decisões foram justificadas por autoridades judiciais com base no argumento de que elas (as demonstrações públicas) constituiriam supostamente apologia ou instigamento de atividade criminal. O Escritório do Relator Especial recorda que, exceto no caso de formas de expressão que, nos termos do artigo 13 (5) da Convenção Americana, claramente constituam 'propaganda de guerra' ou 'apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à violência ilegal ou a qualquer outra ação similar contra qualquer pessoa ou grupo, por qualquer motivo',

ADPF 187 / DF

marchas de cidadãos pacíficos em áreas públicas são demonstrações protegidas pelo direito à liberdade de expressão." (grifei)

X. Conclusão

Em suma, Senhor Presidente: a liberdade de expressão, **considerada** em seu mais abrangente significado, **traduz**, *ela própria*, o fundamento que nos permite formular idéias e transmiti-las **com o intuito** de provocar a reflexão **em torno** de temas que podem revelar-se **impregnados** de elevado interesse social.

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 sufocar opiniões divergentes, **legitime** a instauração do dissenso **e viabilize**, pelo conteúdo

ADPF 187 / DF

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 coletividade.

Sendo assim, tendo em consideração as razões expostas e garantindo a todas as pessoas o exercício dos direitos fundamentais

ADPF 187 / DF

de reunião e de livre manifestação do pensamento, tais como assegurados pela Constituição da República, julgo precedente a presente argüição de descumprimento de preceito fundamental, para dar, ao art. 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" (fls. 14 - **grifei**).

É o meu voto.

15/06/2011

PLENÁRIO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 187 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, pela primeira vez, o Tribunal enfrenta a questão. Creio que a regência não pode ser outra, senão a do Código de Processo Civil, sobre a figura do terceiro.

O terceiro recebe o processo no estágio em que se encontre, a partir do requerimento formalizado. Não pode, como ressaltado pelo Ministro Celso de Mello, elastecer as balizas objetivas e subjetivas desse mesmo processo.

Sua Excelência adentrou a questão de fundo, mas creio que a adentrou como sinalização ao que poderemos ter no futuro. Em síntese, o alargamento do pedido inicial não é acolhido pelo Tribunal.

É preciso que isso fique bem claro para que haja, até mesmo, o precedente quanto aos poderes do terceiro, às faculdades estabelecidas em relação ao terceiro, no processo.

15/06/2011

PLENÁRIO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 187 DISTRITO FEDERAL

VOTO SOBRE PRELIMINAR

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, eu gostaria apenas de tecer algumas considerações sobre essa preliminar que também foi muito bem enfrentada, minuciosamente, pelo eminente Ministro Celso de Mello.

Sob o ângulo estritamente processual, muito embora não esteja regulado o **amicus curiae** na intervenção de processos subjetivos, até a **de lege ferenda**, a sua intervenção ficará adstrita mesmo a um amigo da Corte, ou ao Conselho da Corte; nem se admite que quem não tenha nenhuma participação na relação jurídica de direito material possa formular pedidos.

O **amicus curiae**, **mutatis mutandis**, vai figurar com um **custos legis** especializado naquele tema que é objeto...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Não sei se são bem amigos da Corte, porque acabam nos dando um trabalho maior!

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Mas, de qualquer maneira, em prol da causa, eles acrescentam em muito.

Mas, aqui, eu gostaria apenas de tocar num aspecto substancial, constitucional, com relação a essa ampliação do pedido na ADPF, porquanto, hoje, já é bastante pacificada a ideia de que, no prisma constitucional, a atuação do Tribunal deve cingir-se a uma postura eminentemente minimalista, quando está em jogo um desacordo moral razoável. Nós hoje não podemos afirmar que a coletividade brasileira, no seu todo, encampa com leveza essa ideia de que essa marcha possa ser realizada. Temos que respeitar as opiniões em contrário. E exatamente esse desacordo moral razoável é que impõe que nós fiquemos adstritos ao

ADPF 187 / DF

princípio da congruência, sem conhecer pedido que não foi formulado pelo autor originário, a eminente Subprocuradora-Geral da República.

E apenas para acrescentar, Ministro Celso, à beleza, como de sempre, do seu voto, eu trago aqui essa abordagem sobre a lógica do minimalismo, a lição do professor Cass Sunstein, uma obra de Cambridge, uma obra famosa sobre o minimalismo na Suprema Corte - e é rápida a minha intervenção, onde ele expõe o seguinte:

A trilha minimalista normalmente - nem sempre, mas normalmente - faz muito sentido quando o tribunal está falando com uma questão constitucional de alta complexidade sobre a qual muitas pessoas possuem sentimentos profundos e sobre a qual a nação está dividida em termos morais. O minimalismo faz sentido, em primeiro lugar, porque os tribunais podem resolver tais temas incorretamente; em segundo lugar, porque podem criar sérios problemas mesmo que suas respostas sejam corretas. Os tribunais, portanto, tentam economizar o desacordo moral mediante a recusa em adotar os compromissos morais profundamente assumidos por outras pessoas quando desnecessário para decidir o caso concreto.

Então, essa lição de Cass Sunstein cai como uma luva na presente hipótese, porque é absolutamente desnecessário o conhecimento de todos esses pedidos, que foram aqui formulados pelo **amicus curiae**, para decidir a questão objetivamente posta pela Subprocuradoria da República nessa distinção entre a apologia do crime e manifestação da liberdade de expressão.

De sorte que eu concordo integralmente com o voto de Vossa Excelência pela rejeição dessa questão.

15/06/2011

PLENÁRIO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 187 DISTRITO FEDERAL

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, egrégio Plenário, ilustre representante do Ministério Público, senhores advogados presentes, representantes dos **amici curiae** que aqui intervieram.

Senhor Presidente, uma grande parcela da nossa população que será destinatária da nossa votação de hoje é exatamente a nossa juventude que, numa versão moderna do princípio da identidade de Leibniz, costuma utilizar com muita constância uma expressão para estabelecer diferenças de que "uma coisa é uma coisa, outra coisa é outra coisa".

Para nós, pelo sistema jurídico brasileiro, fumar maconha é crime, incitar ao consumo da maconha é crime, fazer disseminar a prática do uso da maconha é fazer apologia de crime. Mas, volvendo a essa assertiva dessa juventude sábia: uma coisa é uma coisa, outra coisa é outra coisa. Então, o que estamos discutindo e debatendo não é aquilo que nós já temos ciência de que efetivamente é crime. É que trata-se de aferir a juridicidade de uma reunião pública que pugna pela descriminalização da maconha, quer dizer, para que não mais se considere crime o uso da maconha.

Aqui, então, está presente não uma apologia a algo que já é consagrado no texto penal como crime, mas à mais inequívoca manifestação da liberdade de expressão.

Eu procurei fazer um voto longo, evidentemente que vou fazer apenas algumas passagens, porque o belíssimo voto do nosso decano, Ministro Celso de Mello, não deixou pedra sobre pedra, de sorte que vou fazer uma abordagem simples e vou me permitir a leitura da ementa, que é autoexplicativa e muito grande. Então, eu conheço e vou conseguir transmitir tudo aquilo quanto eu imagino.

De toda sorte, na mesma linha do que expressou a ilustre

ADPF 187 / DF

representante do Ministério Público, a liberdade de expressão e de reunião para fins de discutir a descriminalização da maconha é efetivamente um tema atual que não pode ser deixado ao alvedrio do debate social, não pode ser varrido para debaixo do tapete e tem sido realmente alvo de debates bastante atuais, inclusive aqui citado pelo nosso ex-Presidente da República e que tem uma incumbência específica nesse particular.

Por outro lado, também na linha do voto de Vossa Excelência e da sustentação da eminente Subprocuradora Deborah Duprat, efetivamente não se admite, sob a óptica de uma liberdade de expressão inequívoca, a interdição do discurso pelas autoridades públicas.

Por outro lado, a intervenção judicial tem a grande virtude de evitar o maniqueísmo dessas opiniões que hoje são reinantes. Como eu disse, aqui há um desacordo moral razoável daqueles que fincam o pé na ideia da criminalização do uso da maconha e aqueles outros que - digamos assim - se alimentam da ilusória libertação da opressão pelo próprio consumo. E o que é pior é que a sociedade, na sua hipocrisia, assiste a tudo inerte, sendo certo que esse drama humano perpassa desde as cracolândias até as grandes mansões que existem à beira-mar.

Juridicamente, então, conforme também foi destacado pela Subprocuradoria, uma sociedade faz a sua agenda social, discute os temas que acha importante. E este tema é importante, precisa ser discutido, deve ser debatido, com a liberdade de expressão consagrada na Constituição, por meio de reuniões públicas pacíficas nela previstas, sendo certo que, dessa liberdade exsurge algo derivado - como destacou a ilustre representante do Ministério Público - da própria dignidade humana, que é a autonomia da possibilidade de expressar a sua opinião sobre esse tema. Por outro lado, essa autonomia pode ser individual ou coletiva, como sói ser a autonomia que se expressa por meio de uma marcha, de uma passeata, como destacou o eminente Ministro Celso de Mello.

Mas há também um aspecto que vou ressaltar aqui - está destacado no voto -, na ementa, da qual vou fazer uma leitura abreviada, diante da

ADPF 187 / DF

exaustividade do voto, da minudência, do brilhantismo característico dos votos do eminente Ministro Celso de Mello. Nesses momentos, em que há, efetivamente, um desacordo moral razoável em relação a este tema - e que Vossa Excelência inclusive fez questão de destacar, ainda assim é preciso garantir-se a liberdade de reunião e a liberdade de expressão -, a função jurisdicional, no meu modo de ver, nessas questões de um desacordo moral razoável, tem de fazer uma ponderação de valores, talvez mais reequilibrada - como vou citar aqui -, que é a da tradição da Suprema Corte americana. Quer dizer, aí a preponderância de determinados princípios, como sói ser o princípio da liberdade de expressão e de reunião, sofre um certo reequilíbrio de ponderação - numa visão percuciente de uma grande constitucionalista, jovem, Ana Paula de Barcellos - exatamente porque é mister, nesse particular, que a função jurisdicional consiga pacificar essas opiniões divergentes, que ela traga estabilidade, segurança, sobre aquilo que o povo pode fazer. E mais importante, é preciso que aqueles que veiculam as decisões do Supremo Tribunal Federal saibam aquilo que a função jurisdicional decidiu acerca desse tema.

Por isso, fiz questão de, **ab initio**, invocando essa fala tradicional da juventude de que "uma coisa é uma coisa, outra coisa é outra coisa", fazer distinção entre o uso da maconha e a marcha da maconha, que é uma manifestação da liberdade de reunião de expressão onde se vai debater a descriminalização do uso da maconha. É um debate público garantido pela Constituição Federal diante da concreção, na Constituição Federal, de opiniões ideológicas antagônicas e antinômicas.

Vossa Excelência citou - eu também cito - que o próprio Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de se manifestar com relação a um evento ocorrente aqui no Distrito Federal, quando se proibia a difusão de mensagens de rádio, onde, então, o Supremo Tribunal Federal podou aquela interdição que se lavrara em nome, exatamente, da liberdade de expressão.

Há um último aspecto, Senhor Presidente, egrégio Plenário, ilustre representante do Ministério Público, senhores advogados, que também

ADPF 187 / DF

me chamou a atenção: além dos princípios fundamentais, que consagram os direitos fundamentais da pessoa humana, nós temos ainda, também, não princípios instrumentais de interpretação da Constituição, mas sim princípios fundamentais setoriais. E há princípios fundamentais setoriais que protegem a criança e o adolescente, especificamente com relação ao alijamento deles em relação às drogas. De sorte que, com a devida vênia, se acaso houver alguma manifestação em contrário, eu entendo de bom alvitre que a Suprema Corte, ao explicitar aquilo que ela está julgando - mais uma vez, eu repito "uma coisa é uma coisa, outra coisa é outra coisa", nós estamos julgando a liberdade de expressão por meio de uma marcha e não a descriminalização do uso da maconha, que está criminalizado na lei -, eu entendo que talvez fosse de bom alvitre engendrarmos alguns balizamentos.

Não vou ler o voto, vou juntá-lo. Procurei, evidentemente em razão da nossa estratégia regimental, na qualidade de segundo a votar, me preparar pelo menos para estar um pouco à altura do voto, que já se antevia brilhante, de Vossa Excelência. Farei a juntada e a entrega pessoal como homenagem à sua brilhante cultura e a sua simplicidade na maneira de ser.

Mas, Senhor Presidente, entendo que a leitura dessa ementa autoexplicativa é suficiente para o entendimento da colocação que faço em relação ao tema e, por isso, peço vênia aos meus eminentes pares para proceder apenas à leitura dessa ementa que tem cinco laudas.

15/06/2011

PLENÁRIO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 187 DISTRITO FEDERAL

VOTO

EMENTA: 1. A ADPF é instrumento jurídico processual apto a veicular pleito de controle abstrato de constitucionalidade de direito pré-constitucional, conducente a evitar ou reparar lesão decorrente de interpretação e aplicação do artigo 287 do Código Penal no sentido de criminalizar a liberdade de reunião e de expressão manifestadas na defesa da legalização do consumo da erva cognominada *canabis sativa*, vulgarmente denominada “maconha”, como “apologia” de crime, revelando caso semelhante à ADPF 130, Rel Min AYRES BRITTO, na qual foi declarada não recepcionada a lei de imprensa.

2. A intitulada “marcha da maconha” consubstancia evento público decorrente da liberdade de expressão coletiva quanto à descriminalização do consumo da droga.

3. A Constituição Federal pós-positivista consagra nos artigos 5, incisos IV, IX e XVI e 220 que; *verbis*

Art. 5º. [...]

IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de

ADPF 187 / DF

comunicação, independentemente de censura ou licença; [...]

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

Art. 5º. [...]

XVI – todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente;

4. O desacordo moral razoável, aferível pelas notórias manifestações populares antinômicas, reclama do Poder Judiciário técnica minimalista na solução do *hard case*, limitando a solução com máxima adstrição ao princípio da congruência expressado na máxima *ne eat judex ultra vel extra petita partium*.

5. A deliberação democrática da sociedade impõe-se com significativo relevo, máxime quando a agenda social envolve questão multidisciplinar atinente à saúde, à moralidade, a política de segurança públicas a merecer o estabelecimento de parâmetros da delicadíssima questão da descriminalização de drogas, evitando o maniqueísmo das opiniões marginalizantes

ADPF 187 / DF

e das concepções libertárias ilusórias, com a deletéria neutralidade social, assistente do drama humana que perpassa as classes frequentadoras das cracolândias às elites da mansões a beira-mar.

6. A criminalização da apologia ao crime e a liberdade de expressão convivem no sistema jurídico nacional, porquanto pretender descriminalizar não significa exaltar prática antijurídica, bem como expressar livremente a opinião a esse respeito em reunião pública ou privada encerra exercício regular de direito fundamental. É que, na percuciente visão da doutrina do tema, a “liberdade de expressão, enquanto direito fundamental, tem sobretudo caráter de pretensão a que o Estado não exerça censura” (In MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 297-298), repercutindo o magistério de ULRICH KARPEN)

7. A colisão de opiniões conflitantes, sob o prisma jus-filosófico, reclama como premissa o denominado *free speech*, que amplia o esclarecimento público e as chances de atingimento da verdade decorrente da competição da ideia no livre mercado do pensamento (*marketplace of ideas*), consoante consagrado pela Suprema Corte Americana no memorável voto do Justice OLIVER HOLMES no caso *Abrams v.*

ADPF 187 / DF

United States, referido por JOHN NOWAK e RONALD ROTUNDA (In *Constitutional Law*. Fourth Edition. Saint Paul , West Publishing Co, 1991, págs 940 e seguintes).

8. A Liberdade de Expressão, na visão Kantiana, revela aspecto da autonomia da pessoa humana, derivado da tutela de sua autodeterminação e *a fortiori* da sua Dignidade, consubstanciando em autonomia pública na medida da participação democrática múltipla.

9. A liberdade de expressão porquanto conquista contra o arbítrio estatal, interdita-lhe a repressão ao discurso na medida em que “o discurso proibido encoraja o ódio e a conspiração, contrapondo-se à vontade constitucional entrevista por PETER HÄBERLE de estabilidade e harmonia sociais.

10. A repressão estatal ao livre exercício do pensamento e da expressão confere ao Estado o despótico papel de organizar a agenda social, o monopólio da seleção das ideias de interesse da sociedade civil, olvidando os valores que a coletividade pretende discutir, tornando a liberdade de expressão, na ótica de OWEN FISS, uma “Ironia da Liberdade de Expressão” (Tradução de Gustavo Binebojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto, Renovar, 2005, p.55-57).

11. O Supremo Tribunal Federal produziu jurisprudência criativa, no sentido de que os atos normativos que frustrem a livre

ADPF 187 / DF

circulação de ideias, ainda que de forma dissimulada, serão inconstitucionais (ADI-MC 1.969/DF, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, j. 24.03.1999; ADI 1.969, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, j. 28.06.2007) ao reconhecer a inconstitucionalidade de decreto distrital que proibia a utilização de carros, aparelhos e objetos sonoros nas manifestações públicas realizadas na Praça dos Três Poderes, na Esplanada dos Ministérios e na Praça do Buriti, em Brasília (DF).

12. A preeminência axiológica do princípio da liberdade de expressão não elimina a técnica da ponderação diante da regra penal que sanciona a apologia de crime, muito embora reclame, pela sua posição hierárquica na pirâmide Kelseniana das normas, mitigação cuidadosa ou *strict scrutiny*, como assentado pela Suprema Corte Americana em inúmeros julgados, como *v.g.*, *United States v. Carolene Products* (323 US 18), *Jones v. Opelika* (319 US 103) e *Thomas v. Collins* (323 US 516).

13. O Interesse Público nas questões de razoável desacordo moral da sociedade determina do aplicador da lei uma “reequilibrada ponderação” afastando-se a preferência do direito fundamental, por isso que a liberdade de reunião e a de expressão bem como a restrição trazida a lume pelo artigo 287 do Código Penal preserva o

ADPF 187 / DF

“limite dos limites” (*Shanken-Schranken*), como recomenda GILMAR MENDES (Ob. Cit., p.239).

14. À luz do exposto e da coexistência normativa ora descrita, resta preservado o núcleo essencial da liberdade de expressão, que se traduz, *in casu*, na livre manifestação do pensamento favorável à descriminalização do uso de substância entorpecente, vedando-se apenas o estímulo, a incitação, o incentivo a esse uso. O indivíduo é livre para posicionar-se publicamente a favor da exclusão da incidência da norma penal sobre o consumo de drogas, mas não ao consumo do entorpecente propriamente dito.

15. O direito é algo de que se pode abusar, por isso que os desvios dos parâmetros operativos da liberdade de manifestação com a prática ou a incitação ao consumo criminoso da droga habilitam a atuação policial estatal no caso concreto, sinalização necessária que deve ser conferida mesmo em sede de controle abstrato de constitucionalidade, posto desígnio da função jurisdicional a paz pública.

16. A manifestação de pensamento favorável à descriminalização do consumo entorpecentes, cabível no exercício da liberdade de expressão, pressupõe, como já assinalado, a autonomia individual, razão pela qual, não é adequado que crianças e adolescentes, cuja autonomia é limitada –

ADPF 187 / DF

ainda que temporariamente – sejam compelidos à participação ativa no evento.

17. É que o art. 227 da Constituição, com redação conferida pela Emenda Constitucional nº 65/2010, estabelece *absoluta prioridade* na proteção da criança, do adolescente e do jovem quanto à saúde e à dignidade. O inciso VII do § 3.º do mesmo dispositivo constitucional inclui, na sua proteção especial, a adoção de “*programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins*”.

18. **Extrai-se das disposições constitucionais acima mencionadas – tendo-se em mente a lúcida distinção feita por EROS ROBERTO GRAU (*Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 5. edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 27) entre textos normativos e normas propriamente ditas – a existência de um princípio constitucional, um estado ideal de coisas, voltado ao afastamento da criança e do adolescente do consumo de entorpecentes e drogas afins, seja lícito ou ilícito o seu consumo. Vale dizer, se a Constituição cuidou de prever a proteção dos menores dependentes químicos, é corolário dessa previsão que se vislumbre um propósito constitucional de evitar, tanto quanto possível, o contato das crianças e adolescentes com a droga, com o risco da eventual criação de uma**

ADPF 187 / DF

dependência.

Destarte, o atingimento da maioria permitirá ao indivíduo, segundo a sua livre convicção, defender ou não a descriminalização das drogas. Contudo, o engajamento de menores em movimentos dessa natureza, esperando-se deles a defesa ostensiva do consumo legalizado de entorpecentes como a maconha, interfere indevidamente no processo de formação de sua autonomia e aponta em sentido oposto àquele sinalizado pela Constituição no art. 227, *caput* e § 3º, VII. Conseqüentemente, o tempo e o modo em que o tema será apresentado à criança e ao adolescente é responsabilidade de seus pais ou responsáveis (art. 229 da Constituição Federal).

19. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO, de modo a que, mediante a *interpretação conforme a Constituição* do art. 287 do Código Penal, seja afastada a incidência do mencionado dispositivo legal sobre as manifestações e eventos públicos realizados em defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, observados os seguintes parâmetros:

- 1) trate-se de reunião pacífica, sem armas, previamente noticiada às autoridades públicas quanto à data, ao horário, ao local e ao objetivo, e sem incitação à violência;**
- 2) não haja incitação, incentivo ou estímulo**

ADPF 187 / DF

ao consumo de entorpecentes na sua realização;

3) não haja consumo de entorpecentes na ocasião da manifestação ou evento público;

4) não haja a participação ativa de crianças, adolescentes na sua realização.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX: A presente arguição de descumprimento de preceito fundamental qualifica-se como *autônoma*, fulcrada no art. 1.º, *caput*, da Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999, que, na esteira do que dispõe o art. 102, § 1.º, da Constituição, admite-a para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental decorrente de ato do Poder Público.

Ajuizada pela então Exma. Sra. Procuradora-Geral da República em exercício (como se sabe, *legitimada universal* para o controle abstrato de constitucionalidade, pelo que resta dispensado o exame da pertinência temática), aponta como ato violador de preceito fundamental a **interpretação do art. 287 do Código Penal (Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940) “que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos”**. Permita-se, por oportuno, a reprodução do mencionado dispositivo legal, *verbis*:

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.

Releva, primeiramente, o exame do cabimento da ADPF em apreço. Antes de tudo, a análise diz respeito ao cabimento da ADPF para o exercício do controle abstrato de constitucionalidade das leis editadas anteriormente à promulgação da Constituição de 1988, hipótese amplamente admitida pela doutrina (por todos, v. MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Comentários*

ADPF 187 / DF

à Lei n. 9.882, de 3-12-1999. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007, p. 57-68) e pela jurisprudência (v.g., APDF 130, Rel. Min. AYRES BRITTO, ac. por maioria, j. 30.04.2009, em que foi julgado procedente o pedido para reconhecimento da não recepção da Lei nº 5.250/67 – Lei de Imprensa – pela Constituição Federal de 1988.)

No que concerne aos dispositivos constitucionais tidos por violados, são eles os incisos IV e IX do art. 5º, em concurso com o art. 220, consagradores da *liberdade de expressão*, bem como o art. 5º, XVI, que dispõe sobre a *liberdade de reunião*. Permita-se a respectiva transcrição:

Art. 5º. [...]

IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; [...]

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

Art. 5º. [...]

XVI – todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente;

Como se percebe de imediato, são previsões constitucionais de **liberdades fundamentais dos indivíduos** e, portanto, **serão, indiscutivelmente, preceitos fundamentais**, entendimento já pacificado na doutrina, como, por exemplo, nas obras de GILMAR FERREIRA MENDES (ob. cit., p. 80) e LUÍS ROBERTO BARROSO (*O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2. Edição. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 250).

Atendidos os requisitos de cabimento acima referidos – a designação do ato violador e dos preceitos constitucionais fundamentais supostamente violados –, cabe enfrentar a questão da *subsidiariedade*

ADPF 187 / DF

exigida pelo art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, ou seja, a inexistência de outro meio capaz de sanar a lesividade alegada. É **presente também a subsidiariedade**, observada a lógica sufragada por esta Corte na ADPF 33/MC (Rel. Min. GILMAR MENDES, j. 29.10.2003). Com efeito, não há outra ação judicial em que caiba postular o controle abstrato de leis anteriores à Constituição de 1988, uma vez que descabe o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade para esse fim. É certo, ademais, que não haverá outro remédio judicial capaz de atender, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante – como se dá com a ADPF, *ex vi* do disposto no art. 10, § 3º, da Lei nº 9.882/99.

Atendidos os requisitos de cabimento da ADPF, há que se ter bem claro que um alerta: **discute-se, neste caso, tão-somente a constitucionalidade da realização de manifestações ou eventos públicos em que se faça a defesa explícita da descriminalização do uso de substâncias entorpecentes, como é o caso da assim denominada “Marcha da Maconha”**. Mesmo assim, é certo que subjaz ao *thema decidendum* a tormentosa questão da descriminalização das drogas, o que faz deste um caso difícil (*hard case*), a exigir cautela da Corte no seu exame.

A questão é particularmente complexa por envolver juízo a respeito de tema sobre o qual existe **razoável desacordo moral**. Devem reputar-se igualmente relevantes não apenas as opiniões de quem é favorável à descriminalização das drogas e, portanto, das manifestações públicas em que a ideia seja defendida, como também o pensamento contrário, que pugnará pela repressão ao consumo de entorpecentes e, conseqüentemente, rejeitará, pelo conteúdo, quaisquer pronunciamentos públicos favoráveis à legalização do seu uso. A circunstância recomenda, pois, uma **perspectiva minimalista**, em que se limite o Tribunal a decidir a questão nos termos em que lhe foi apresentada – como, aliás, requereu a própria Procuradoria Geral da República quando do ajuizamento da arguição.

Com efeito, a descriminalização do uso de substâncias entorpecentes, quaisquer que sejam, envolve o exame de aspectos

ADPF 187 / DF

científicos (sobretudo médicos e farmacológicos) e morais sobre os quais persiste grave controvérsia na sociedade. A **deliberação democrática**, no caso, é indispensável para que, com a devida maturação, a sociedade atinja a conclusão que lhe seja mais adequada acerca das políticas apropriadas (de saúde pública, de segurança pública ou de ambas) para o tratamento do tema. Assim se deu, por exemplo, quando da revogação da Lei nº 6.368/76 pela Lei nº 11.343/2006, com o substancial abrandamento das penas aplicáveis ao usuário de entorpecentes. Esse é o caminho.

A missão de estabelecer os parâmetros jurídicos de enfrentamento da delicadíssima questão do consumo de drogas, portanto, é precipuamente do legislador, cumprindo a esta Corte proceder sob a lógica do *minimalismo judicial*, que, na precisa descrição de CASS SUNSTEIN, (*One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, p. 4-5) amplia o espaço de posterior reflexão e debate. Pede-se vênua para a reprodução de trecho elucidativo de sua obra, *verbis*:

“[...] a trilha minimalista normalmente – nem sempre, mas normalmente – faz muito sentido *quando o Tribunal está lidando com uma questão constitucional de alta complexidade, sobre a qual muitas pessoas possuem sentimentos profundos e sobre a qual a nação está dividida (em termos morais ou outros quaisquer)*. A complexidade pode resultar da falta de informação, de mudança das circunstâncias, ou de incerteza moral (juridicamente relevante). O minimalismo faz sentido, em primeiro lugar, porque os tribunais podem resolver tais temas incorretamente e, em segundo lugar, porque podem criar sérios problemas mesmo que suas respostas sejam corretas. Os tribunais, portanto, tentam economizar no desacordo moral mediante a recusa em adotar os compromissos morais profundamente assumidos por outras pessoas quando desnecessários para decidir o caso. [...]” (Tradução livre do inglês. Os grifos são do original.)

A virtude, como sói acontecer, está no meio. É possível, mesmo sem adentrar no exame da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da

ADPF 187 / DF

legalização do consumo de drogas, afirmar-se a legitimidade da livre manifestação do pensamento em favor da descriminalização do uso de entorpecentes, observados os parâmetros constitucionais cabíveis.

Proceda-se, para tanto, ao exame da norma legal em comento, a saber, o art. 287 do Código Penal. Cuida-se de tipo penal inserido em Título dedicado aos **crimes contra a paz pública**, criminalizando conduta que, no magistério de GUILHERME DE SOUZA NUCCI (*Código Penal Comentado*. 10. edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 1038), consiste no ato de *produzir, executar ou dar origem a louvor, elogio ou discurso de defesa de prática criminosa ou de autor de crime*. CEZAR ROBERTO BITENCOURT, citando HELENO FRAGOSO, ensina que a conduta típica prevista no art. 287 do Código Penal é a de *elogiar, exaltar ou enaltecer fato criminoso ou seu autor, de modo a incentivar indireta ou implicitamente a repetição da ação delituosa* (*Código Penal Comentado*. 5. edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 287-288).

Não parece, é importante dizer, que tenha sido a referida norma derogada por legislação posterior. Afaste-se o argumento de que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – o Pacto de São José da Costa Rica, internalizado pelo Decreto Presidencial nº 678/92 e recebido pela ordem jurídica brasileira com *status* de lei ordinária – teria revogado parcialmente o dispositivo: o respectivo artigo 13, que dispõe sobre a liberdade de pensamento e expressão, enuncia expressamente, em seu item nº 5, que a lei deve coibir qualquer apologia ao **crime**. Em tese, portanto, a criminalização da apologia ao delito penal tem hígida a sua previsão legal.

No mesmo diapasão, não parece configurada a inconstitucionalidade em tese do art. 287 do Código Penal. Não se vislumbra, em princípio, violação dos direitos e garantias fundamentais na reprovação que o legislador estabeleceu à conduta de exaltação ou elogio de práticas criminosas, que decerto oferece risco de lesão à paz pública, ao induzir a repetição do delito e a sua disseminação no seio da sociedade, com a consequente agressão a outros bens jurídicos tutelados pela lei penal e, ao final, pela própria Constituição da República.

O *punctum dolens*, destarte, refere-se ao juízo de constitucionalidade

ADPF 187 / DF

da capitulação legal das manifestações e eventos públicos em favor da descriminalização do uso de maconha ou outros entorpecentes no tipo penal da apologia ao crime. A premissa, portanto, é a da tipificação penal do consumo de entorpecentes, que, como acima exposto, não deve ser objeto de discussão neste feito. Em suma: o consumo de maconha, como de diversos outros entorpecentes, é crime e, para o feito em apreço, é irrelevante se deve ou não a lei criminalizar a conduta. Importa exclusivamente verificar se constitui crime a manifestação pública contrária à própria tipificação penal.

Pois bem. **A realização de manifestações ou eventos públicos nos quais seja emitida opinião favorável à descriminalização do uso de entorpecentes – ou mesmo de qualquer outra conduta – não pode ser considerada, de per se, como apologia ao crime, por duas razões.** A primeira delas é lógica e de rara simplicidade: se ocorre uma manifestação em que se defende o fim da proibição legal de uma determinada prática, quer-se que a mesma passe a ser considerada legalmente admissível, deixando de ser crime. Em outras palavras, não se exalta a prática de um crime – louva-se o entendimento de que a prática não deveria ser considerada um crime.

A segunda razão é de cunho substancial: **a proteção constitucional da liberdade de expressão garante a livre emissão de opinião, inclusive quanto à descriminalização de condutas.** Há que se compreender o alcance da liberdade de expressão constitucionalmente assegurada.

Para a conceituação da *liberdade de expressão*, tome-se de empréstimo a escorreita dicção de PAULO GUSTAVO GONET BRANCO (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 297-298), que, repercutindo o magistério de ULRICH KARPEN, afirma, *verbis*:

“A garantia da liberdade de expressão tutela, ao menos enquanto não houver colisão com outros direitos fundamentais e com outros valores constitucionalmente estabelecidos, toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público, ou não, de importância e de valor, ou não

ADPF 187 / DF

– até porque ‘diferenciar entre opiniões valiosas ou sem valor é uma contradição num Estado baseado na concepção de uma democracia livre e pluralista’. [...]

A liberdade de expressão, enquanto direito fundamental, tem, sobretudo, um caráter de pretensão a que o Estado não exerça censura.”

Com efeito, a Constituição Federal, por intermédio dos arts. 5º, Iv e IX, e 220, assegura a livre manifestação do pensamento, insuscetível de censura ou licença, isto é, de limitações prévias de conteúdo pelo Estado. São igualmente livres os modos de expressão do pensamento, que não se esgotam nos pronunciamentos verbais, também comportando a manifestação escrita, visual, artística ou qualquer outra.

As justificativas político-filosóficas para a proteção constitucional da liberdade de expressão são múltiplas. A rica experiência norteamericana, em que se desenvolveu ao grau da excelência o tema das liberdades constitucionais, é fonte adequada de conhecimento a esse respeito. Noticiam JOHN E. NOWAK e RONALD R. ROTUNDA (*Constitutional Law*. Fourth Edition. Saint Paul: West Publishing Co., 1991, p. 940 e seguintes), que o pensamento jurídico dos EUA partiu dos escritos de JOHN MILTON e da teoria utilitarista de JOHN STUART MILL – segundo a qual a colisão de opiniões conflitantes ampliaria as chances de atingimento da verdade e do esclarecimento público – para formular as justificativas da consagração, na Primeira Emenda à Constituição norteamericana, da liberdade de expressão (*free speech*).

Coube ao Juiz OLIVER WENDELL HOLMES, da Suprema Corte dos EUA, no voto dissidente proferido no célebre caso *Abrams v. United States* (250 US 616), afirmar que “o melhor teste de veracidade é o poder de uma ideia de obter aceitação na competição do mercado” (tradução livre do inglês); não caberia ao Estado, mas à livre circulação (*free trade*) ou ao **livre mercado de ideias** (*marketplace of ideas*) estabelecer qual ideia deveria prevalecer.

Afirmou-se também, segundo NOWAK e ROTUNDA (ob. e loc. cit.) o importante papel da liberdade de expressão no fortalecimento do potencial de contribuição individual ao bem-estar da sociedade e, em

ADPF 187 / DF

especial, na **realização pessoal do indivíduo**. Em outras palavras, o exercício da liberdade de expressão se põe como relevante aspecto da *autonomia* do indivíduo, concebida, numa perspectiva kantiana, como o centro da dignidade da pessoa humana. Cuida-se, impende frisar, não apenas da *autonomia privada* do indivíduo, isto é, da autocondução independente da pessoa segundo seus próprios desígnios (o que decerto envolve seu livre juízo pessoal a respeito da legitimidade das prescrições da legislação penal a respeito de questões como o consumo de entorpecentes), mas também – e **sobretudo** – da *autonomia pública*, assim considerada a sua **livre inserção no debate público**. Especificamente sobre este aspecto, não pode haver dúvida de que a **liberdade de expressão é crucial para a participação do cidadão no processo democrático**.

Outros dois fundamentos para a liberdade de expressão, intrinsecamente relacionados com o anterior, são indicados pelos constitucionalistas norteamericanos. A liberdade de expressão também funciona como **mecanismo de controle dos abusos do Estado**, uma vez que é tênue a linha divisória entre a manifestação de pensamento legítima e aquela inadmissível, de modo que, para proteção do discurso legítimo, é recomendável que quaisquer expressões de pensamento sejam livres da repressão estatal.

Por fim, a liberdade de expressão funcionaria como uma espécie de **“válvula de escape social”**. Na formulação do *Justice* BRANDEIS, da Suprema Corte dos EUA, na *concurring opinion* proferida no caso *Whitney v. California*, a repressão ao discurso não traz estabilidade pública, antes semeando o ódio e a reação. O discurso proibido não é desencorajado, mas escondido, incentivando a conspiração.

Todas essas justificativas são claramente aplicáveis ao caso em apreço. Independentemente da posição pessoal de cada um a respeito dos benefícios e dos malefícios do consumo de entorpecentes, **o tema não pode ser varrido para baixo do tapete**. É na esfera pública de debates que se alcançará, dialeticamente, o encaminhamento socialmente aceito quanto ao uso de drogas, seja ele qual for. E é desse resultado que se

ADPF 187 / DF

deverão valer as autoridades responsáveis pela elaboração e pela condução das políticas públicas.

Não se pode formar plena convicção acerca de qualquer questão sem conhecimento mais amplo possível dos diversos aspectos que a compõem e sem alguma percepção das eventuais consequências da adoção de um ou outro ponto de vista. E não se pode alcançar o conhecimento amplo sem que sejam trazidas ao debate as diversas perspectivas do tema, nascidas no seio de uma sociedade plural. Há que se vislumbrar com clareza as posições antagônicas e, sopesando-as, chegar-se a uma conclusão.

Nessa linha de raciocínio, é de clara constatação que ao indivíduo deve ser assegurada a oportunidade de manifestar seu pensamento contrário ou favorável à descriminalização do uso de entorpecentes. Ainda que seja somente para sua satisfação pessoal, o indivíduo é livre para compartilhar com a sociedade seu entendimento sobre a matéria e, assim, incorporá-la ao debate democrático. Na correta enunciação do professor britânico ERIC BARENDT (*Freedom of Speech*. New York: Oxford University Press, 2005, p. 19), “Todos, incluídos, é claro, membros de grupos e partidos minoritários, são legitimados a participar do discurso e do debate públicos, dos quais resultará a formação de maiorias políticas temporárias” (tradução livre do inglês).

O que não se pode admitir é a repressão estatal ao livre exercício da manifestação do pensamento, máxime em questões tão candentes como a que ora se examina. Restringir manifestações públicas relacionadas com a reformulação da legislação penal significa subtrair da sociedade civil a possibilidade de, espontaneamente, eleger os temas que devem ser democraticamente submetidos à discussão, conferindo-se ao Estado o despótico papel de organizar a agenda social, definindo o momento e as condições em que as ideias serão levadas ao debate. Irresponsável, nesse aspecto, a crítica de OWEN FISS (*A Ironia da Liberdade de Expressão: Estado, Regulação e diversidade na Esfera Pública*. Trad. Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 55-57), que, forte nas lições de ROBERT POST, assinala com precisão:

“Ao falar do Estado com mediador, Meiklejohn e Kalven

ADPF 187 / DF

trataram a sociedade como se fosse ela um gigantesco encontro em praça pública. Recentemente o Professor Robert Post insistiu que tal visão repousa em última análise em premissas antidemocráticas e criticou esse modo de entender a sociedade. De acordo com Post, enquanto verdadeiros encontros em praça pública ocorrem a partir de um acordo prévio dos participantes sobre a agenda – às vezes de forma implícita ou informal –, tal premissa não pode ser adotada em relação à sociedade civil. Na constante conversação que é a sociedade civil, ninguém nem nada está completamente descartado ou fora de cogitação. A sociedade civil, argumentou ele, só pode ser pensada como um encontro em praça pública se ela também tiver uma agenda, mas o estabelecimento dessa agenda exigiria uma certa medida de ação ditatorial da parte do Estado, restringindo assim as possibilidades radicalmente democráticas – quase anárquicas – que possam ser cogitadas. Princípios democráticos genuínos, segundo Post, exigem que os cidadãos definam a agenda pública e sejam sempre livres para redefini-la.

A noção de um encontro em praça pública pressupõe de fato uma agenda – deve haver algum parâmetro de relevância –, mas agendas, tanto de encontros em praça pública ou de tipos mais metafóricos, não precisam ser estabelecidas pela ação deliberada dos participantes nem impostas por uma força externa, tal como o Estado. Elas podem evoluir organicamente. Em sociedades democráticas sempre há uma agenda estruturando a discussão pública – uma semana, proliferação nuclear, na semana seguinte, assistência médica –, embora tal agenda não seja definida por um agente ou autoridade particular.

A sociedade é mais que um encontro em praça pública, e o Estado significativamente mais que um mediador. O Estado é também a corporificação de políticas substantivas individualizadas, e aqueles no controle do poder têm um interesse natural em como os debates são resolvidos. Políticos astuciosos podem dizer que estão regulando conteúdo com vistas a enriquecer o debate público e a assegurar que o público

ADPF 187 / DF

ouça todos os lados, mas seu propósito pode ser, de fato, determinar o resultado ou promover certas políticas. [...]”

Nessa perspectiva, a repressão à “Marcha da Maconha” ou a outras manifestações públicas em que se defenda a descriminalização do uso de entorpecentes específicos dá ao Estado, sob o argumento da aplicação da lei penal, o monopólio da seleção das ideias que serão submetidas à esfera do debate público. À autoridade pública – policial ou judiciária – será dada a prerrogativa antidemocrática de, caso assim entenda, simplesmente decidir que a sociedade civil não se poderá organizar para discutir, séria e amplamente, o tema da descriminalização das drogas. Não se ouvirão as vozes favoráveis, com o que restará incompleto o desenho do panorama da discussão na sociedade, com prejuízo da ausculta popular que os formuladores de políticas públicas devem realizar no desempenho de seus misteres.

Quais as consequências dessa repressão? A clandestinidade da discussão é uma delas. **O tema da descriminalização da maconha e de outras drogas, se reprimido o debate, fica subterrâneo**, estimulando-se a formulação de juízos parciais e míopes, com elevado risco do surgimento de visões maniqueístas de ambos os lados. Para o *establishment*, o consumo de entorpecentes se associa ao desvio, à marginalidade; para os excluídos do debate, o consumo da droga se transforma em ilusório instrumento de libertação. Entre um e outro, a hipocrisia de uma sociedade que finge não enxergar que o consumo de entorpecentes se dá nas cracolândias, mas também nas mansões à beira-mar. **A questão precisa ser profunda e permanentemente debatida.**

É por essas razões que o Supremo Tribunal Federal, como **guardião da Constituição e, destarte, do regime democrático**, deve reconhecer a legitimidade e a necessidade do debate. A realização de manifestações públicas, a favor ou contra a descriminalização do consumo de entorpecentes, é um elemento caracterizador do amadurecimento da sociedade civil, que precisa ser valorizado. São exigências do Estado Democrático de Direito e do pluralismo, presentes no Preâmbulo e no art. 1.º, *caput* e inciso V, da Constituição de 1988.

Conjugue-se a *liberdade de expressão*, no caso, com o *direito de reunião*,

ADPF 187 / DF

assegurado pelo art. 5º, XVI, da Constituição Federal. A **“Marcha da Maconha”** ou outras manifestações e eventos públicos similares são, **em princípio, agrupamentos de propósito pacífico, que bem se enquadram no espectro da proteção constitucional**. Recorde-se que, especialmente quanto à expressão coletiva da liberdade de expressão, já se vê precedente na jurisprudência desta Corte, em que se reconheceu a inconstitucionalidade de decreto distrital que proibia a utilização de carros, aparelhos e objetos sonoros nas manifestações públicas realizadas na Praça dos Três Poderes, na Esplanada dos Ministérios e na Praça do Buriti, em Brasília (DF). Na oportunidade, o Supremo Tribunal Federal afirmou que os atos normativos que frustrem a livre circulação de ideias, ainda que de forma dissimulada, serão inconstitucionais (ADI-MC 1.969/DF, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, j. 24.03.1999; ADI 1.969, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, j. 28.06.2007)

Demais disso, as reuniões em locais públicos para a manifestação pacífica de ideias funcionam como **expressão coletiva das liberdades de expressão individuais** e potencializam o seu exercício, amplificando a manifestação do pensamento sufragado por seus integrantes, com inegáveis reflexos positivos para a democracia. Afinal, é relevante que se mensure, pelo **grau de mobilização social que atingem**, qual o **nível de adesão que tais movimentos obtêm na sociedade** quanto às ideias que propagam – é uma grandeza a ser considerada, na arquitetura das políticas públicas de saúde e de segurança.

Feitas essas considerações, impõe-se destacar que, como outros direitos fundamentais, a liberdade de expressão e a liberdade de reunião, conjugados na hipótese apreciada neste processo, não serão absolutos, encontrando limites diretamente na colisão com outras normas constitucionais ou na lei, hipótese em que se avaliará o conflito entre as liberdades fundamentais e as normas constitucionais que servem de fundamento à restrição legal. Eventualmente, tratando-se de colisão de princípios constitucionais, proceder-se-á ao manejo da técnica da ponderação, já de uso corrente na experiência jurídica pátria e consagrada pela pena de inúmeros autores brasileiros (v., por todos, BARCELLOS,

ADPF 187 / DF

Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005).

É certo que a liberdade de expressão, como direito fundamental, merece proteção qualificada, de modo que, quando da ponderação com outros princípios constitucionais, possua uma dimensão de peso, *prima facie*, maior. Não se quer afirmar que haja qualquer espécie de hierarquia entre as normas constitucionais – o *princípio da unidade da Constituição*, amplamente reconhecido pela doutrina brasileira e pela jurisprudência desta Corte (cf. ADI 815/DF, Rel. Min. MOREIRA ALVES, j. 28.03.1996), não concebe essa distinção hierárquica –, mas é inegável que existe uma certa preeminência axiológica da liberdade de expressão, já reconhecida por autores como LUÍS ROBERTO BARROSO (Liberdade de expressão *versus* direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In. SARLET, Ingo (Org.). *Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 82-83), *verbis*:

“[...] Na verdade, tanto em sua manifestação individual, como especialmente na coletiva, entende-se que as liberdades de informação e de expressão servem de fundamento para o exercício de outras liberdades, o que justifica uma posição de preferência – *preferred position* – em relação aos direitos fundamentais individualmente considerados. Tal posição, consagrada originariamente pela Suprema Corte americana, tem sido reconhecida pela jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol e pela do Tribunal Constitucional Federal alemão. [...]”

Nesse mesmo sentido, confira-se o magistério de EDILSON PEREIRA DE FARIAS (*Colisão de Direitos. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 175), em textual:

“[...] A liberdade de expressão e comunicação, uma vez que contribui para a orientação da opinião pública na sociedade democrática, é estimada como um elemento condicionador da democracia pluralista e como premissa para o exercício de outros direitos fundamentais. Em conseqüência, no caso de pugna com outros direitos fundamentais ou bens de estatura

ADPF 187 / DF

constitucional, os tribunais constitucionais têm decidido que, *prima facie*, a liberdade de expressão e comunicação goza de *preferred position* [...]"

O pensamento jurídico brasileiro, como se observa, acolheu o entendimento hoje dominante na Suprema Corte dos EUA, consagrado em julgados como *United States v. Carolene Products* (323 US 18), *Jones v. Opelika* (319 US 103) e *Thomas v. Collins* (323 US 516), segundo o qual os direitos fundamentais gozam de posição preferencial ou privilegiada no balanceamento de normas constitucionais em conflito, de modo que as restrições legais devem ser submetidas a avaliação mais severa (*strict scrutiny*), que, se não inverte, ao menos mitiga a presunção de constitucionalidade das leis.

Entretanto, há que se ter por igualmente recebida a influência da Suprema Corte norteamericana no que diz com a possibilidade de, diante de outros interesses constitucionais que se traduzam em finalidades públicas de alta carga valorativa (*compelling interests*), seja reequilibrada a ponderação, afastando-se a preferência do direito fundamental.

É o que se dá no caso em lume. Especialmente quanto à reunião de pessoas para a realização da manifestação ou eventos públicos, a própria norma constitucional – o art. 5º, XVI – delineou os contornos da limitação, que não suscitam, em princípio, maior controvérsia: a reunião deve ser pacífica, sem armas, não deve frustrar outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local e deve ser previamente *comunicada* à autoridade competente. A comunicação – que jamais será confundida com pedido de autorização ou licença – deve, por óbvio, declinar dia, horário, local e finalidade do evento, para permitir às autoridades públicas a adoção de medidas que, sem impedir o exercício do direito, possam racionalizar o uso do espaço público.

No que concerne à liberdade de expressão, por seu turno, a limitação é legal, mas igualmente legítima. O art. 287 do Código Penal estabelece limite ao exercício da liberdade de expressão, baseado na proteção da paz pública, particularmente naquilo que se refere ao impedimento da sua disseminação de prática criminosa, assim definida em juízo de ponderação previamente efetuado pelo legislador.

ADPF 187 / DF

Admissível, portanto, a restrição à liberdade de expressão operada pelo art. 287 do Código Penal, sobretudo porque a lei penal não fere o que, em sede doutrinária, o Min. GILMAR MENDES (MENDES; BRANCO. Ob cit., p. 239 e seguintes), denomina de *limites dos limites* (*Schranken-Schranken*). Com efeito, resta preservado o núcleo essencial da liberdade de expressão, que se traduz, *in casu*, na livre manifestação do pensamento favorável à descriminalização do uso de substância entorpecente, vedando-se apenas o estímulo, a incitação, o incentivo a esse uso. O indivíduo é livre para posicionar-se publicamente a favor da exclusão da incidência da norma penal sobre o consumo de drogas e lhe é dado, inclusive, o direito de convencer o outro a compartilhar de seu entendimento, mas não ao consumo do entorpecente propriamente dito.

Importa, nesta quadra, analisar o argumento contido nas informações prestadas pelo então Exmo. Sr. Advogado-Geral da União (fls. 92 e seguintes), abaixo reproduzido:

“Portanto, a simples participação em um evento – *v.g.* passeata – pela mudança legislativa sobre o uso de uma determinada substância hoje considerada ilegal – droga – não pode ser considerado uma apologia ao crime.

Todavia, pode sim alguém que esteja em um evento como o citado no parágrafo anterior fazer apologia ao uso de uma dada substância ilegal, gritando palavras de ordem de uso da substância, portanto cartazes neste sentido ou de alguma forma enaltecendo o uso de algo que hoje é proibido.

É uma linha tênue entre o tipo penal e a liberdade de expressão pela mudança legislativa que só é verificável caso a caso, de acordo com o fato eventualmente levado ao Poder Judiciário.”

Há parcela de acerto no argumento. Com efeito, o fato de a tão-só realização da manifestação pública pela descriminalização de uso de entorpecentes não constituir crime não impede que, no caso concreto, algum ou mesmo vários de seus participantes exorbitem os limites da liberdade de expressão e efetivamente pratiquem a apologia da conduta criminosa de consumo de drogas, exaltando-a ou mesmo passando à sua prática. Nestes casos, o abuso poderá importar a ocorrência do delito

ADPF 187 / DF

penal, o que somente se poderá verificar *in concreto*.

Vale dizer, é admissível que a autoridade policial, na avaliação do caso concreto, verifique a ocorrência do crime e, com isso, proceda à prisão em flagrante com base no art. 287 do Código Penal. Isso não significa, porém, que deva ser sufragada a conclusão de descabimento desta ADPF ou de improcedência do pedido nela formulado. Explica-se.

A jurisdição – no caso, a jurisdição constitucional – é a sede da pacificação das relações sociais. É missão do Poder Judiciário conferir segurança às relações jurídicas, naquilo que diz respeito à previsibilidade das consequências dos atos praticados pelos indivíduos. A existência de decisões judiciais que, aprioristicamente, proíbem eventos como a “Marcha da Maconha”, relatadas na peça vestibular, denotam à saciedade, a necessidade do provimento jurisdicional reclamado nesta ação.

Nessa ordem de ideias, a decisão de mérito nesta ADPF, a prevalecer o entendimento esposado neste voto, permitirá ao cidadão a livre manifestação de seu pensamento na esfera pública, quando favorável à descriminalização do consumo de entorpecentes, sem a ameaça de uma repressão estatal; ser-lhe-á franqueada a oportunidade de apresentar ao *mercado livre de ideias* a sua posição sobre o tema e, assim, enriquecer o debate público acerca de matéria tão sensível.

Por outro lado, às autoridades públicas será imposto maior esforço argumentativo (como convém a qualquer restrição das liberdades fundamentais) para justificar o enquadramento da conduta do indivíduo na tipificação penal da apologia ao crime. A simples participação em movimentos pró-descriminalização das drogas, como a “Marcha da Maconha” ou outros, não dará supedâneo à prisão ou a processo penal – será necessário que se verifique, caso a caso, a efetiva incursão na prática delitiva prevista no art. 287 do Código Penal, o louvor à prática do uso do entorpecente em si (se e enquanto esta ainda for prevista em lei como crime).

De igual modo, também não se poderá entender como exercício da liberdade de expressão a efetiva prática da atividade delitiva cuja

ADPF 187 / DF

descriminalização se defende; ao revés, o consumo da droga constituirá evidente excesso e, assim, incursão na conduta penalmente tipificada. **O uso do entorpecente proibido, ainda que no contexto da “Marcha da Maconha” ou evento congênere, não configura simples manifestação de pensamento ou forma de protesto, mas – ao menos enquanto vigente a legislação atual – a prática de crime.**

Por fim, há outra restrição que não pode ser ignorada. A manifestação de pensamento favorável à descriminalização do consumo entorpecentes, cabível no exercício da liberdade de expressão, pressupõe, como já assinalado, a autonomia individual. Diante disso, **não é adequado que crianças e adolescentes, cuja autonomia é limitada – ainda que temporariamente –, sejam levados à participação ativa no evento.**

O art. 227 da Constituição, com redação conferida pela Emenda Constitucional nº 65/2010, estabelece *absoluta prioridade* na proteção da criança, do adolescente e do jovem quanto à saúde e à dignidade. O inciso VII do § 3.º do mesmo dispositivo constitucional inclui, na sua proteção especial, a adoção de *“programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins”*.

Extraí-se das disposições constitucionais acima mencionadas – tendo-se em mente a lúcida distinção feita por EROS ROBERTO GRAU (*Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 5. edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 27) entre textos normativos e normas propriamente ditas – a existência de um **princípio constitucional**, um estado ideal de coisas, voltado ao **afastamento da criança e do adolescente do consumo de entorpecentes e drogas afins, seja lícito ou ilícito o seu consumo**. Vale dizer, se a Constituição cuidou de prever a proteção dos menores dependentes químicos, é corolário dessa previsão que se vislumbre um propósito constitucional de evitar, tanto quanto possível, o contato das crianças e adolescentes com a droga, com o risco da eventual criação de uma dependência.

Obviamente, o atingimento da maioridade permitirá ao indivíduo,

ADPF 187 / DF

segundo a sua livre convicção, defender ou não a descriminalização das drogas. Contudo, o engajamento de menores em movimentos dessa natureza, esperando-se deles a defesa ostensiva do consumo legalizado de entorpecentes como a maconha, interfere indevidamente no processo de formação de sua autonomia e aponta em sentido oposto àquele sinalizado pela Constituição no art. 227, *caput* e § 3º, VII.

Também é evidente que não se pretende afirmar que o menor não pode assistir ou acompanhar, de alguma forma, a ocorrência da manifestação pública. Conhecê-la será parte do processo de aquisição de informações necessárias à formação de sua própria convicção, mas o tempo e o modo em que o tema será apresentado à criança e ao adolescente é responsabilidade de seus pais ou responsáveis (art. 229 da Constituição Federal).

Em virtude do acima exposto, voto no sentido da **PROCEDÊNCIA DO PEDIDO**, de modo a que, mediante a *interpretação conforme a Constituição* do art. 287 do Código Penal, seja afastada a incidência do mencionado dispositivo legal sobre as manifestações e eventos públicos realizados em defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, observados os seguintes parâmetros:

- 1) trate-se de reunião pacífica, sem armas, previamente noticiada às autoridades públicas quanto à data, ao horário, ao local e ao objetivo, e sem incitação à violência;
- 2) não haja incitação, incentivo ou estímulo ao consumo de entorpecentes na sua realização;
- 3) não haja consumo de entorpecentes na ocasião;
- 4) não haja a participação ativa de crianças e adolescentes na sua realização.

15/06/2011

TRIBUNAL PLENO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 187
DISTRITO FEDERAL

DEBATE

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Vossa Excelência me permite fazer uma sugestão? Acho que substancialmente Vossa Excelência em nada diverge do voto do eminente Relator. Essas referências a ações proibidas, acho que são dispensáveis, porque já são previstas como proibidas, como ilegais.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Consta até do voto do Ministro Relator.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Eu entendi interessante esse balizamento porque a jurisdição é uma função popular, e, de quando em vez, verificamos notícias completamente diversas daquilo que representa o objeto da nossa atividade. Evidentemente que nós, magistrados da Suprema Corte - e ela, em muitas ocasiões, tem que ser efetivamente contra- majoritária -, temos o direito de verificarmos a fidelidade daquilo que efetivamente nós julgamos. Não é verdade?

Hoje, por exemplo, havia um periódico com a notícia de que o Supremo Tribunal Federal julgaria a legalização da maconha. Então, o meu dever de explicitude decorreu, talvez, da minha preocupação pessoal - e cada um emprega no voto um pouco da sua preocupação pessoal como membro da Suprema Corte - com a coexistência de princípios tão magnânimos como esse, não menos importante, que é a proteção da criança e do adolescente.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - É só para não abriremos eventualmente outra ou uma divergência em relação ao voto do Relator.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Acho que são votos coincidentes com a explicitação.



Supremo Tribunal Federal

ADPF 187 / DF

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - É porque a conclusão de Vossa Excelência é pela procedência parcial.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Por causa dos balizamentos.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator): A participação de menores em reuniões públicas, *notadamente daqueles relativamente incapazes* (que, alistados eleitoralmente, são investidos na condição de cidadãos, por efeito do que prescreve o art. 14, § 1º, n. II, "c", da Constituição), *ainda* mais quando acompanhados de seus pais, a quem incumbe o dever jurídico de ampará-los (CF, art. 229), não compromete, *só por si*, a proteção devida à criança e ao adolescente.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Vossa Excelência não vincula a participação à faixa etária?

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator): A liberdade de reunião tem caráter universal e, *por isso mesmo*, não se me afigura constitucionalmente lícito impedir a participação de pessoas em função de faixas etárias...

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Ele está levando em conta o Código Penal.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator): Entendo que esta Corte não pode interferir na *discrição parental*, em ordem a impedir que os pais se façam acompanhar de seus filhos menores quando no exercício do direito de reunião, *notadamente* em face do que prescreve o art. 229 da Constituição da República.

Não devemos interferir, *por tal razão*, na esfera de autonomia da vontade paterna e materna.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Também não.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Até porque, Ministro, seria o Estado dizendo para o pai e para a mãe aonde se pode ir e com quem.

ADPF 187 / DF

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Na verdade, não me fixei em ensinar padre a rezar missa.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator): Não tem sentido impor aos pais, **em relação** a seus filhos menores, verdadeiro (*e impróprio*) dirigismo estatal que culmine por frustrar-lhes a prática legítima da liberdade de reunião.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não me fixei na responsabilidade dos pais. O que eu digo no parágrafo anterior - até concordo, por exemplo, para não alongar o debate, pois estamos falando a mesma linguagem e me reservo o direito de explicitar isso -, na verdade, é que me fixei no artigo 227, § 3º, inciso VII, da Constituição Federal, quando ele se refere especificamente a esse afastamento da criança e do adolescente das drogas e do risco da dependência. Em **obiter dictum**, eu disse que, quando ele alcançar a maioridade, os pais saberão...

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator): *Observe-se que o menor relativamente incapaz, maior de 16 (dezesesseis) e menor de 18 (dezoito) anos (Código Civil, art. 4º, n. I), pode alistar-se eleitor e exercer, nessa condição, a cidadania ativa (CF, art. 14, § 1º, n. II, "c"), o que lhe confere legitimidade para co-participar da instauração de processo legislativo resultante de iniciativa popular (CF, art. 61, § 2º).*

Nada pode justificar, desse modo, seja ele excluído do exercício da liberdade de reunião, mesmo porque, como já destacado, o menor com mais de 16 (dezesesseis) e menos de 18 (dezoito) anos, uma vez alistado eleitoralmente, pode subscrever projeto de lei, de iniciativa popular, propondo a abolição penal em relação a qualquer tema, inclusive no que concerne ao uso e consumo de drogas...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Então, é concordar com Vossa Excelência e incluir nesse balizamento último, do afastamento de crianças e adolescentes da realização da marcha, "salvo os menores com 16 anos de idade".

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Mas não dá para entrarmos nesse campo, no âmago da questão.

ADPF 187 / DF

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Só para facilitar, Vossa Excelência mantém a sua posição?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Eu concordo. Faço o seguinte, Senhor Presidente, para evitar o alongamento: com a devida vênia, vou manter o meu direito de fazer essas explicitações e concordar integralmente com o voto do Relator.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - É um voto parcialmente divergente.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Como *obiter dicta* Vossa Excelência mantém isso?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Sim. Mantenho a procedência com esse balizamento.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Pois não.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Parcialmente divergente.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Mas a procedência é total...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Eu acompanho o Relator.



15/06/2011

PLENÁRIO

**ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 187
DISTRITO FEDERAL****ADITAMENTO AO VOTO**

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Senhor Presidente, Senhores Ministros, também não vou fazer leitura de voto. Aliás, nem precisaria, diante do belíssimo voto, realmente insuplantável, hoje, do Ministro Celso de Mello, e agora com as explicitações do voto do Ministro Luiz Fux.

Queria, rapidamente, pedindo cinco minutos, não mais que isso, apenas enfatizar alguns pontos que já estão registrados no voto de Sua Excelência. Por isso disse que dispensaria leitura de voto, até porque algumas citações do próprio Rui, que Vossa Excelência fez, estão no meu voto, como a passagem do Celso Delmanto, que é muitíssimo explicativa porque o exemplo é exatamente da inaplicabilidade do artigo 287 para os casos em que se tenham pessoas se manifestando, e não fazendo a exaltação, o elogio ou o louvor ao consumo de drogas.

Mas queria fazer alguns registros, como eu disse, rápidos. Em primeiro lugar, de tudo o que foi dito hoje, aqui, nesses dois brilhantes votos - dou ênfase ao do Relator -, verifico que algumas discussões nossas, de hoje, provavelmente daqui a trinta anos serão absolutamente banais, como hoje falar-se de ir à praça, neste caso específico, buscando discutir se é preciso manter a criminalização ou a descriminalização de drogas como novidade. Para a minha geração que, na década de 70, nem podia ir à praça para dizer que queria outro governo, para pedir diretas já, para ter o direito de votar para prefeitos de capitais e governadores, realmente é uma passagem longa da história do Brasil, apesar de serem trinta anos. Isso serve a mostrar que alguns avanços se fazem dessa forma mesmo, postulando algo que, neste momento parece tão grave e, depois

ADPF 187 / DF

que passa, fica parecendo que é uma coisa tão normal para todo mundo. Quer dizer, tenho um profundo gosto pela praça, porque a praça me foi negada, foi negada a nossa geração durante muito tempo. Digo isso porque, no meu caso, literalmente, a Praça, em especial a Praça Afonso Arinos, onde fica a Faculdade de Direito, era proibida para nós; e só quase ao final de 77, quase final do Curso de Direito, é que isso se tornou possível, com muitos alertas de todos nós estudantes.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Excelência, e olhe que a principal praça de Belo Horizonte se chama Praça da Liberdade!

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Mas as manifestações eram na praça da Faculdade de Direito, que é a Praça Afonso Arinos. E ali é que era proibido, e ali é que nós não podíamos nos encontrar, reunir. Então, três ou quatro estudantes juntos e já havia motivo para haver o risco iminente enorme de apanharmos. Nossos pais viverem de cabelos em pé.

Enfim, tudo mostra que, quando Castro Alves cantou, também querendo ir à praça para ser contra as leis que davam a escravatura, que "*A praça é do povo / Como o céu é do condor*", realmente a tônica é a deste julgamento, a praça é do povo e, na democracia, ou se deixa o povo ir à praça, ou agora, muito mais no ano 2011 - nós já vimos um governo cair no estado estrangeiro exatamente pela força da praça virtual -, nem essa proibição se pode mais ter.

Também acho que há na fala do cientista político Castoriadis que tanto mais democrática é uma sociedade, quanto nela a ideia de justiça esteja em aberto. E a ideia de justiça muda de tempo para tempo, de local para local, e ela só amadurece e se positiva como direito, à medida que as pessoas podem discutir e amadurecer as idéias.

O artigo 1º da Constituição afirma a República Federativa do Brasil,

ADPF 187 / DF

e não apenas o Estado de Direito, mas, como resultado das lutas da década de 70 e da década de 80, um Estado Democrático de Direito. Ou seja, o direito não é um ordenamento fechado, mas, pela nossa Constituição, é uma construção permanente, as pessoas podem e devem discutir o que é justo em determinado momento e buscar transformar esse justo, esse ideal de justiça, em normas jurídicas para que se ponha à observância obrigatória de todos.

Por isso mesmo, não tenho qualquer dúvida em seguir o voto tanto do Ministro Relator, quanto o do Ministro Luiz Fux, no sentido de que: primeiro, essa chamada Marcha da Maconha - e que também não adiantaria tentar muito mudar de nome, como Vossa Excelência afirma, Ministro Celso, no seu voto, que, às vezes, a própria palavra já tem um peso muito grande, mas a palavra é transformadora -, eu diria que as vezes em que foi proibida começaram a fazer a Marcha da Pamonha, por exemplo, que foi uma das alternativas para dizer que estavam falando de outra coisa. E todo mundo sabia do que se estava falando! Porque a liberdade é mais criativa do que qualquer grilhão, do que qualquer algema que se possa tentar impor.

Acho que a liberdade de expressão, que é o fundamento dessa decisão hoje, combina com o que se põe, com o que sinaliza a interpretação apresentada por Vossa Excelência na conclusão do voto e que foi, nos termos pleiteados pela Subprocuradora, o que consta no preâmbulo da Constituição brasileira. E, se o preâmbulo não tem força normativa, como para a maioria dos constitucionalistas não tem, é certo que marca um sinal por onde deve seguir o intérprete e o aplicador. O preâmbulo da Constituição brasileira afirma que a instituição desse Estado democrático em 88 destina-se "*a assegurar o exercício*" da liberdade, "*o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna pluralista*".

Não há plural sem contrários, sem diferenças; o pensamento único é

ADPF 187 / DF

próprio das ditaduras; não é próprio das democracias.

Por isso, enfatizo também que a praça, como espaço democrático, realiza esses valores que estão no preâmbulo da Constituição e que, depois, em suas normas, no corpo normativo constitucional, se tornam direitos fundamentais assegurados e que podem e devem ser plenamente exercidos e assegurados, quer pelo Estado-juiz, quer pelo Estado executivo, porque, neste caso, a polícia tem sido chamada até para executar ordens judiciais no sentido rigorosamente oposto ao que aqui se tem.

Por outro lado, além do pluralismo que funciona exatamente para dar vazão às liberdades e, principalmente, a um conceito que a Constituição brasileira encarece, que é o da libertação, a dinâmica da liberdade para transformar não apenas a sociedade, mas para transformar o direito, a fim de que ele seja coerente com o que a sociedade quer num determinado momento, parece-me comportar algo que me preocupa muito hoje, apesar de a Constituição brasileira tanto enfatizar este princípio da liberdade, que é a tolerância com o diferente e com quem pensa diferente, a capacidade de ouvir, ser questionado e ser contra ou a favor. Vivemos um momento em que, com esta ideia que prevaleceu na década passada do pensamento único, parece que a tolerância ficou pouco tolerada. E marchas como essa comportam exatamente a ideia de que nós temos que tolerar, ir para a praça discutir, e dali se tirar o consenso do que vai ser mantido como direito ou ser um dado transformador do direito.

Exatamente nesse sentido, portanto, é que acho não haver democracia intolerante; a democracia é generosa, exatamente porque há diversidade de pensamentos e liberdade de ideias, tal como este Supremo Tribunal, em julgamentos da primeira década do século passado, já preconizava, o que, aliás, foi mostrado também por Vossa Excelência, Ministro Celso.

ADPF 187 / DF

Penso também que a liberdade de reunião, com todos os cuidados que foram demonstrados nos votos - até porque o abuso do direito não é direito, é excesso, e estamos falando de direito -, o direito de reunião é que dá a cada um a possibilidade de expressar e ser ouvido. A Doutora Deborah chamou a atenção no início exatamente da palavra como também enfatizado no voto do Ministro Celso de Mello, essa capacidade de se comunicar ao outro o pensamento que pode ser igual, mas que também pode ser diferente, a fim de que pelo menos a gente tenha a possibilidade de ter a certeza do que pensa, conhecendo o pensamento do outro, e não ignorando todos os outros e achando que esta é uma postura democrática, e que não é.

Tenho ser certo, e vou apenas fazer uma referência, o que João Barbalho, comentando a primeira Constituição republicana brasileira, dizia que:

“Cumpre advertir que, se tal é o princípio que a Constituição colocou em primeiro lugar - o da liberdade - no capítulo tão prometedor das garantias individuais, se em virtude da Constituição só a lei restringe a liberdade, há que se dizer que da parte do legislador é preciso a maior parcimônia nas injunções e nos limites que à liberdade se possa impor. Ora, o que se procura é assegurar e deixar livremente expandir-se a atividade individual. E uma legislação excessiva nesse terreno chegará a ser uma supressão e não uma garantia.”

Vossa Excelência até enfatizou exatamente no voto.

Dizia ele:

“Há sempre no excesso de legislação sobre restrições à liberdade um despotismo que nem por ser devido ao órgão legislativo da nação deixa de ser nocivo, condenável, e antinômico, com os intuitos da organização política. São ilegisláveis os direitos e garantias que a Constituição assegura relativamente à liberdade, tanto que os declara invioláveis.”

ADPF 187 / DF

Acho ser exatamente neste sentido que estamos julgando, no meu caso, acompanhando integralmente o voto do eminente Relator, no sentido de que a liberdade maior que se tem é a da expressão. Rui Barbosa dizia, numa conferência, que quem não tem a garantia sequer da sua própria boca não tem liberdade alguma. E um juiz também da Suprema Corte americana afirmava que, se, em nome da segurança, abirmos mão da liberdade, amanhã não teremos nem liberdade nem segurança.

Por isso mesmo, acho que a garantia dessa marcha, que absolutamente não respeita ao consumo, até porque hoje ele é crime, nas formas da legislação sobre drogas, propõe apenas que se permita a discussão. Houve tempo também em que outros comportamentos, como foram anotados pelo nobre Relator, foram considerados crimes e deixaram de ser. A ideia de justiça muda de povo para povo, de tempo para tempo. A marcha é só isso na medida em que ela seja rigorosamente levada a efeito nos estritos termos do que posto na legislação brasileira. Também não vislumbro como se dar outra que não a interpretação que foi pedida nesta ação.

Penso que essas reuniões públicas, especialmente as que são chamadas de passeatas, marchas, que sempre me agradam muito - como o carnaval de rua, como tudo que for na rua, acho bom e acho que é bom que o povo se encontre -, acho serem demonstração de democracia e acho que não há de se ter medo de palavras, embora eu tenha segurança com a Cecília Meireles de que "*Ai, palavras, que estranha potência a vossa!*", pois é dessa potência que nós transformamos o que vai ser o justo para os que vierem depois de nós.

Portanto, Senhor Presidente, acompanho às inteiras o voto do Relator no sentido de julgar procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental para dar a interpretação conforme, nos termos do voto do Relator e também do Ministro Luiz Fux.

ADPF 187 / DF

É como voto, Senhor Presidente.

###

15/06/2011

PLENÁRIO

**ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 187
DISTRITO FEDERAL****VOTO**

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhor Presidente, eminentes Pares, quaisquer palavras que eu possa veicular em meu voto ficam, evidentemente, empalidecidas diante do brilhantíssimo voto do Ministro Celso de Mello. Mais do que uma mera decisão judicial - e tenho certeza que o Plenário sufragará inteiramente esse voto -, na verdade, nós temos aí uma tese doutrinária, acadêmica, extremamente substanciosa.

Eu gostaria de chamar a atenção dos meus eminentes Colegas para um ponto, dos vários, riquíssimos tópicos desenvolvidos no voto de Sua Excelência, o Ministro Celso de Mello, que mostra a notável contribuição que este ilustre Membro da Suprema Corte traz para a própria doutrina das liberdades públicas, elaborando um estudo sobre o regime jurídico da liberdade de reunião e de manifestação, quando o Ministro Celso, às fls. 17 de seu voto, identifica a estrutura constitucional dessa liberdade fundamental, mostrando que ela é integrada por pelo menos cinco elementos: o elemento pessoal, o elemento temporal, o elemento intencional, o elemento espacial e o elemento formal.

É uma notabilíssima contribuição à doutrina - insisto - do regime das liberdades públicas no Brasil. Tenho certeza, um pensamento absolutamente original e certamente antológico do Ministro Celso de Mello, que ele nos traz, agora, à consideração.

Eu concordo inteiramente com o Ministro Celso de Mello, e é escusado dizer, que a liberdade de reunião e expressão constitui um dos fundamentos do Estado democrático moderno, aquele que surge das revoluções liberais do século XVIII. Aliás, o próprio direito à própria liberdade de reunião e de manifestação surge nesse contexto, surge nas lutas dos povos contra as monarquias absolutistas. Interessantemente, ela

ADPF 187 / DF

foi positivada, pela primeira vez, na Declaração de Direitos do Estado de Pensilvânia de 1776. Depois, foi incorporada à Constituição americana pela Primeira Emenda, em 1789, a primeira das dez Emendas que constitui a *Bill of Rights* dos Estados Unidos da América; em seguida, na Constituição francesa de 1791. E, a partir daí, ela integra, essa cláusula ou essa garantia fundamental, todas as Constituições dos países chamados "civilizados". E não poderia ser diferente, também integra, esse direito ou essa liberdade fundamental, todas as nossas Constituições republicanas desde a primeira Constituição de 1891.

Não bastasse isso, a partir da Segunda Guerra mundial, todos os documentos internacionais de proteção de direitos humanos trazem, em seu bojo, a garantia do exercício dessa liberdade fundamental. A começar da famosa Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 48; do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, assinado sob a égide das Nações Unidas, também de 1966; o Pacto de São José da Costa Rica - conforme já foi mencionado aqui - de 1969, e inúmeros outros documentos importantes.

O Ministro Celso de Mello, isso me parece também e falarei apenas algumas breves palavras, enfatizou que o direito ou a liberdade de expressão e de reunião constitui um direito instrumental. Aliás, esta também é a posição do notável jusfilósofo Recaséns Siches, que se radicou no México, como todos nós sabemos, que também entende que se trata de uma liberdade instrumental. E esse grande jurista das letras jurídicas ibéricas afirma que se trata de um direito instrumental, exatamente por que garante a espontaneidade às manifestações dos distintos grupos sociais.

O Ministro Celso de Mello, não é de hoje que se debruça sobre este importante tópico do Direito Constitucional. Eu, ao estudar a matéria, instigado pela brilhantíssima petição inicial da nossa Procuradora Deborah Duprat, me debrucei sobre as obras que tratavam do tema e, dentre elas, me deparei com um trabalho escrito pelo eminente Ministro Celso de Mello, datado de 1978, "Direito Constitucional de Reunião", em que Sua Excelência já afirmava, àquela época, evidentemente calcado em

ADPF 187 / DF

substanciosa doutrina, que as autoridades públicas não poderiam, de qualquer modo, cercear, restringir ou dissolver reunião pacífica, constituída sem armas e para fins lícitos, sob pena de responsabilização criminal das ditas autoridades.

Dizia o Ministro Celso de Mello nesse trabalho fantástico que, ao revés, compete ao Estado garantir o exercício desta importante liberdade pública, assegurando, mesmo contra aqueles que são contrários à sua realização, o direito de reunir-se livremente, pacificamente. Aliás, quando se fala em marcha, em passeatas, é importante lembrar que uma marcha ou uma passeata nada mais é do que uma reunião em movimento, e por isso está garantida pela Constituição.

Eu me permitiria, Senhor Presidente, fazer, evidentemente *a latere*, uma pequena observação, e creio que não foi ainda referida pelos eminentes Ministros que me precederam, no sentido de dizer que o conceito de drogas entre nós, e mesmo no mundo, não é absoluto, não é uniforme e nem é permanente. O que é droga para fins médicos ou mesmo para fins legais? A matéria é extremamente controversa. Café é droga? Cigarro é droga? Bebidas alcoólicas constituem droga? Maconha é droga?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Ministro Ricardo Lewandowski, Vossa Excelência me permite? Essa sua indagação tem que perpassar por aquela observação originária que o próprio Ministro Celso de Mello fez, quanto ao acolhimento da ADPF, desse minimalismo jurisprudencial, porque ele se adstringiu exatamente àquilo que foi pleiteado pela Doutora Deborah Duprat, representando a Procuradoria-Geral da República. Ela não lavrou essas indagações passíveis de serem respondidas no voto.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Sem dúvida nenhuma. Eu aqui faço apenas uma indagação retórica, como se diz exatamente na técnica dialética.

Então, o que é droga? Eu lembro que, durante a época da Lei Seca,

ADPF 187 / DF

no início do Século passado, nos Estados Unidos, o álcool era considerado uma droga, proibida e duramente reprimida o uso pelas autoridades americanas. Nesse contexto inclusive surgiu um *gangster* importante, Al Capone, e depois viu-se que era absolutamente impossível coarctar o uso dessa droga, inegavelmente.

Na Holanda, por exemplo, o uso da maconha, como todos nós sabemos, é liberado.

No Brasil, e esse era o aporte que eu gostaria de trazer, o assunto é regulado pela Lei 11.343/2006, que estabelece o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas. E essa Lei, é interessante notar, institui uma verdadeira norma penal em branco no que concerne ao conceito de drogas. Por que isso? E a doutrina trabalha longamente nesta ideia, que é a seguinte. O parágrafo único do artigo 1º deste Diploma Legal estabelece:

"Parágrafo único. Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União".

Ou seja, a própria lei remete para regulamento o conceito de drogas e, periodicamente, esse conceito vem sendo definido e atualizado pelas autoridades sanitárias.

O assunto hoje entre nós está regulado pela Portaria 344, de 1998, mais precisamente de 12 de maio, que foi editada pela ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária, do Ministério da Saúde.

O que me permito dizer, Ministro Celso de Mello, com essa assertiva que acabo de citar. Quero dizer que aquilo que é considerado droga, hoje, poderá não mais vir a sê-lo, no futuro, como, por exemplo, as drogas anorexígenas, que são os moderadores de apetite, que constam de um dos anexos desta Portaria 344, e hoje objeto de intensíssimo debate nos meios médicos. Ainda ontem e hoje os jornais fazem um eco a esta discussão, porque existem setores médicos que entendem que se trata de uma droga, que deve ser proibida, e hoje já os jornais sinalizam que a lista nesta

ADPF 187 / DF

citada portaria deverá ser mantida e até ampliada; outros entendem que integra um arsenal dos medicamentos absolutamente imprescindíveis para combater aquilo que se chama de anorexia mórbida.

Enfim, gostaria de finalizar minha observação, Senhor Presidente, dizendo exatamente que são travadas as mais variadas discussões, os mais intensos debates, aqui e no exterior, sobre o que seja efetivamente uma droga. Portanto, na linha da conclusão afirmada no voto do Ministro Celso de Mello, eu entendo que não é lícito, absolutamente, coibir, coarctar qualquer manifestação a respeito do que seja uma droga, lícita ou ilícita, desde que atendidos os parâmetros constitucionais para o exercício dessa liberdade fundamental.

Uma última observação, Senhor Presidente, para, também, digamos assim, reverberar aquilo que foi muito bem colocado pelo Ministro Luiz Fux, mas, nesse aspecto também, assentando que, a meu ver - o eminente Presidente já afirmou, com eco aqui no Plenário da Corte -, não existe nenhuma contradição entre o pensamento de Vossa Excelência e o voto substancial do Ministro Celso de Mello, porque eu creio que todos estamos de acordo que a nossa decisão não revoga nem derroga nenhuma norma vigente sobre o tema.

Apenas para concluir o meu pensamento, eu queria dizer que o que Vossa Excelência está veiculando já foi objeto de preocupação do grande constitucionalista Canotilho, português e mestre de todos nós, quando ele dizia - também o Ministro Celso de Mello assentou isso - que nenhum direito é absoluto, mas sobretudo o direito de reunião também não é absoluto, e de manifestação das ideias. E o grande jurista Canotilho diz o seguinte: é preciso fazer ou ter-se uma compreensão problemática dos direitos fundamentais, que está a exigir uma sistemática de limites. Ou seja, a interpretação implica, necessariamente, uma visão de limites dos direitos, porque nenhum direito é absoluto. Aí o mestre Canotilho nos dá três parâmetros, dizendo que existem as restrições constitucionais diretas, que são aquelas inclusive postas no artigo 5º, inciso XVI, de nossa Carta Magna; existem restrições estabelecidas por lei mediante autorização expressa da Constituição; e, finalmente, em terceiro lugar, diz Canotilho

ADPF 187 / DF

que existem restrições não expressamente autorizadas pela Constituição, que decorrem da resolução de conflitos entre direitos contrapostos. É o famoso sopesamento de valores ao qual alude o mestre alemão Robert Alexy.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Vossa Excelência, Ministro Ricardo, me permite?

A minha preocupação foi apenas em relação ao fato de que, sendo a jurisdição uma função popular - evidentemente que nós sabemos, nós lemos Canotilho, Alexy, Dworkin, o povo não lê -, então, é preciso, digamos assim, que a inteligência da decisão seja auscultada pelo povo, tal como estamos aqui a decidir. Daí essa manifestação que pode ser até uma redundância, às vezes é uma redundância, mas, de qualquer maneira, digamos assim, fixa os parâmetros daquilo que se pretendeu, porque eu confesso a Vossa Excelência, assim como ser humano, imagine que não estivéssemos aqui debatendo esse tema nesse tom de jurisdição.

Uma notícia, como eu li hoje num periódico - o Supremo Tribunal Federal vai julgar a legalização da maconha, a realização consectária da realização da marcha da maconha -, eventualmente poderia sugerir que as pessoas podem fazer o consumo durante a marcha, podem fazer incitação ao uso, faixas incitando o uso, não é isso que nós estamos permitindo. Estamos permitindo a liberdade de expressão que não confronta, pelo contrário, convive com a figura penal que está tendo agora uma interpretação conforme para se dizer que uma reunião que pretenda a descriminalização da maconha não é apologia ao crime. É só uma explicação didática para o povo.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Ministro Fux, a minha alusão a Canotilho foi em adesão ao ponto de vista de Vossa Excelência.

Eu adiro a essas suas preocupações que, aliás, se encontram implícitas no voto do Ministro Celso de Mello.

ADPF 187 / DF

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator): Acentuei, Senhor Presidente, **logo no início** do meu voto sobre o fundo da presente controvérsia, que **este** processo – *que não tem por objetivo* discutir *eventuais* propriedades terapêuticas **ou** *supostas* virtudes medicinais **resultantes** da utilização de drogas **ou** de qualquer substância entorpecente específica – **busca, na realidade, viabilizar** a proteção a duas liberdades fundamentais: *a liberdade de reunião e a liberdade de manifestação do pensamento*, de cujo **núcleo** se irradiam os direitos essenciais de crítica, de protesto, de petição, de discordância **e** de livre circulação de ideias.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - E estão bem afirmados no seu voto.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator): Precisamente!

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Estão bem afirmados no seu voto.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhor Presidente, então, em resumo, parabenizando mais uma vez Sua Excelência, o Ministro Celso de Mello, eu adiro, integralmente, às conclusões explicitadas em seu voto.

15/06/2011

PLENÁRIO

**ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 187
DISTRITO FEDERAL**

VOTO

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Senhor Presidente, eu também quero dizer que o voto do Ministro Celso de Mello foi tão feérico que nos condenou, a todos, à opacidade da manifestação dos nossos pontos de vista, sem nenhuma dúvida.

Também tenho algumas reflexões sobre o artigo 5º da Constituição, inciso XVI, em boa parte reflexões coincidentes com a do Ministro Celso de Mello e tentarei reproduzi-las, aqui, com o mínimo de tempo que me for possível.

Ministro Celso, também entendo que a Constituição, nesse inciso XVI, conferiu um direito subjetivo a todos, ou seja, esse pronome indefinido "todos", significa, numa linguagem *Kelseniana*, que a norma tem um âmbito pessoal de incidência da máxima abrangência, porque ninguém foi excluído desse direito, todos, sem exceção. Daí porque Vossa Excelência colocou ênfase na desconsideração, para gozo desse direito, dos fatores de idade, de nacionalidade também - claro que a Constituição fala de estrangeiros residentes no País, mas nós temos dado a esse dispositivo uma interpretação mais generosa -, idade, etnia, nacionalidade, profissão, etc. Então, é um direito subjetivo de máxima abrangência pessoal e a intenção da Constituição foi, exatamente, esta: incidir na generosidade.

Esse direito se traduz num direito de encontro ou de junção com outras pessoas naturais, mas isso a céu aberto, na linguagem da Constituição, ou em via pública. Há uma particularidade, é um direito individual, sem dúvida, mas é de exercício plural...

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator):

Trata-se, na frase de Jean Rivero, de liberdade individual,

ADPF 187 / DF

embora de ação coletiva.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - É um direito individual: entra quem quer na reunião, participa quem quer da reunião; disse bem o Ministro Luiz Fux, no uso da sua autonomia de vontade, porque só se adere a uma reunião, só se faz parte dela voluntariamente ou espontaneamente, mas não se pode fazer sozinho, numa reunião de um só; no mínimo há dois participantes. E, a partir desse limite mínimo, não há limite quantitativo de participação.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator) :

Traduz um direito individual, mas de ação coletiva.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Perfeito, sem nenhuma dúvida. É um direito à discussão ou ao debate em si; é um direito de se reunir para debater, para discutir qualquer tema.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO (RELATOR) :

Constitui direito-meio destinado a viabilizar a realização de um direito-fim.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Até o resultado de um jogo de futebol. É um direito de conteúdo - Vossa Excelência gosta de dizer - material, ou temático, ou substancial, absolutamente em aberto. É por isso que se trata de um direito meio ou de um direito instrumental: direito meio, Vossa Excelência bem disse no seu voto; direito instrumental, lembrou o Ministro Lewandowski na linguagem do notável jusfilósofo Recaséns Siches.

ADPF 187 / DF

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - O Ministro Celso de Mello é que também fez alusão a essa instrumentalidade.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Vossa Excelência também fez?

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator):

Sim, a liberdade de reunião reveste-se de caráter instrumental em relação à liberdade de expressão.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Exatamente porque, de conteúdo em aberto, essa liberdade de reunião é insusceptível de censura prévia, porque a censura prévia implicaria matar, no nascedouro, não só esse direito meio, mas todos os direitos finalísticos, porque o direito meio, por ser instrumental, está a serviço, ele viabiliza outros direitos. No caso específico, seria centralmente o direito à manifestação de pensamento. Mas talvez pudéssemos incluir a liberdade, a expressão, as diversas formas de expressão, ou até a busca da própria informação, que também se obtém numa passeata, num comício, num ato público, numa reunião a céu aberto.

Nós vivemos hoje uma sociedade bem denominada de informação, queremos informação na perspectiva da comunicação. O ser humano se informa para melhor se comunicar. É uma sociedade de interação. E o direito de reunião é veículo dessa busca de informação para uma tomada de posição comunicacional. Falar de liberdade de reunião, de fato é, sobretudo, falar de liberdade de manifestação do pensamento, nesse contexto posto magnificamente pela Subprocuradora-Geral da República, no exercício da Procuradoria-Geral da República, Deborah Duprat: deu-nos essa oportunidade do encontro com esse tema, que é controvertido, mas que tem na Constituição um regime jurídico; há um regime jurídico constitucional da liberdade de reunião, que urgia pôr em evidência por

ADPF 187 / DF

esta Suprema Corte. E esta Suprema Corte está revelando agora o regime constitucional da liberdade de reunião.

Interessante que, quando a Constituição, no inciso imediato, fala de liberdade de associação, diz "para fins lícitos". Entretanto, para a liberdade de reunião, nem isso diz. Eu não quero dizer que se pode fazer - ouviu, Ministro Cezar Peluso -, não quero afirmar, não é juízo técnico, que se possa fazer uma reunião para fins ilícitos. Não quero entrar nesse mérito.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator):

Alguns interpretam a expressão "*reunião pacífica*" como sendo reunião, sem armas, para fins lícitos.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Perfeito. Ao falar de uma reunião pacífica, a Constituição, no inciso XVI, nos remete para o próprio preâmbulo dela, Constituição, que prima pela "solução pacífica das controvérsias". Então, o que a Constituição não quer é uma reunião por inspiração ou modo de realização violento fisicamente, armado, beligerante por qualquer modo.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - A questão que se coloca: é lícito pretender-se o afastamento da glosa penal?

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Perfeito, é lícito.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - No tocante a qualquer crime?

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Vossa Excelência tem toda razão.

Eu trouxe aqui alguns acórdãos de Cortes Constitucionais

ADPF 187 / DF

estrangeiras, mas selecionei um da Corte de Ontário, Canadá, que, me parece, resume magnificamente a questão:

“Não se pode confundir a criminalização da conduta com o debate da própria criminalização”.

Não se pode confundir a criminalização da conduta com o debate da própria criminalização; se há mérito, se não há, se é atual, se não é, se é conveniente, se não é, se é eficaz, se não é. Quem quer que seja pode se reunir para o que quer que seja neste plano dos direitos fundamentais – como nós estamos vendo aqui, pacificamente.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Aliás, de outro modo, as normas penais seriam perpétuas!

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Muito bem, Ministro, perfeito. Desse modo, as normas penais seriam insuscetíveis de críticas e perpétuas.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Ninguém as poderia discutir.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Ninguém pode discutir.

Então, o Canadá decidiu isso. O caso era de uma obra literária sobre a legalização do uso de drogas. Não é interessante?

E há uma outra decisão dos Estados Unidos que me parece interessante. Nesse precedente que eu trago, a Corte Americana estabeleceu que a Primeira Emenda existe para proteger o debate robusto de questões públicas e liberdade de expressão, não importa o quanto elas sejam desprezíveis. Então, notável esse apego, esse culto à liberdade de expressão, de informação e de manifestação do pensamento.

Então, Senhor Presidente, cercear o direito-meio é matar no nascedouro, é frustrar todos os direitos conexos - como diria Canotilho - com o direito instrumental. Necessariamente, é sabido que o

ADPF 187 / DF

direito-meio não gravita na sua própria órbita, mas naquela dos direitos finalísticos a que ele serve.

Bem, fica assentado, Ministro Celso de Mello, se me permite o trocadilho, que a liberdade de expressão é a maior expressão da liberdade. E essa liberdade é tonificada quando exercitada gregariamente, conjuntamente, enturmadamente, porque a dignidade da pessoa humana não se exaure no gozo de direitos rigorosamente individuais, mas de direitos que são individuais, porém coletivamente experimentados, coletivamente exercidos. Essa reunião pode ser mesmo a céu aberto, em ambiente fechado, por modo restrito, por modo ampliado, e possibilita uma espécie de – eu acho que diria o Ministro Marco Aurélio – potencialização - Sua Excelência gosta muito disso – do espírito crítico das massas, do senso crítico da coletividade. E, sem pensamento crítico, não há descondicionamento mental, não há afastamento das pré-compreensões, que tanto nos prejudicam, anuviam os nossos pensamentos, não há afastamento das pré-interpretações. Só o pensamento crítico nos liberta, porque ele é analítico e só tem um compromisso com a verdade, com a essência das coisas; e, sem esse compromisso com a verdade, com a essência das coisas, penetrar na carne do real, sem nenhum preconceito, não se tem a emancipação dos espíritos. Seremos sempre escravos de ideias preconcebidas, de conceitos extraídos, não da realidade, mas impostos à realidade a ferro e fogo, muitas vezes, do nosso atraso mental, do nosso sectarismo, do nosso obscurantismo.

Ministro Celso de Mello, nenhuma lei pode se blindar – o que acaba de dizer em outras palavras o Ministro Cezar Peluso -, nem penal, pode se blindar contra a discussão do seu conteúdo, nem a Constituição, que está a salvo da ampla, livre, discussão dos seus defeitos e das suas virtudes. Impedir o questionamento de qualquer lei, não há dúvida de que é negar a licitude da discussão de qualquer tema, sem incorrer em ilicitude. Vale dizer, é o que se extrai do voto do Ministro Celso de Mello. É lícito discutir qualquer tema; não é ilícito discutir nenhum tema. Nem mesmo os temas penalmente ilícitos. Tudo é franqueado ao ser humano

ADPF 187 / DF

no uso da sua liberdade de pensamento. E pensamento é algo elaborado pela mente, é algo articulado, elaborado, requintado pelos dotes intelectuais de que todos nós sentamos praça quando fazemos um estudo científico dessa ou daquela determinada matéria.

"(...) *Esse direito está condicionado* - disse bem o Ministro Celso de Mello - *apenas à comunicação prévia às autoridades de segurança pública*". Vamos dizer de segurança pública, embora a Constituição não fale assim, porque há uma preocupação com a manutenção da ordem pública. E disse o Ministro Celso "*(...) para assegurar o exercício de igual direito, é convocado (...)*".

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator):

...para assegurar a prioridade de outro grupo de pessoas que haja precedido na comunicação à autoridade competente.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - De outro grupo. E, quando a Constituição diz "*reunião convocada por outro grupo*", "*convocada*" pelas pessoas, não pelo Poder Público. A convocação parte espontaneamente do seio social.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator):

Por isso mesmo, o Supremo Tribunal Federal, em sua decisão, em 1919, deixou claro que não compete ao Poder Público indicar o local da reunião.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Excelente essa observação.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator):

ADPF 187 / DF

...sob pena de essa indicação, por agentes estatais, frustrar, até mesmo, o próprio exercício da liberdade de reunião.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Porque o próprio local fica a cargo dos organizadores.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator):

Exatamente, pois, tal seja o local, poderá daí resultar, pela sua distância, p. ex., a inteira frustração da reunião.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Perfeito.

Bem, já era assim - acho que foi o Ministro Lewandowski que falou das outras constituições. Dei-me o trabalho de consultar a Constituição de 1967, apenas, com a Emenda de 69, porque é uma Constituição de viés autoritário. É praticamente a mesma coisa, não há proibição, não há limitação, não há restrição. O direito de reunião já era amplamente concebido nessa ordem constitucional vencida, ultrapassada.

O Ministro Celso de Mello - lembrando a fala de um dos advogados que fizeram uso da tribuna - lembrou que só há duas exceções: Estado de Defesa e Estado de Sítio. A Constituição realmente impõe restrições à liberdade de reunião, mas nessas duas situações excepcionais reveladoras de um estado institucional crítico, de crise, de anormalidade institucional.

Trata-se de cláusula pétrea - é evidente -, artigo 60, § 4º, IV, da Constituição. Porque a dignidade da pessoa humana alcança também a dimensão da junção de esforços, de inteligências, de meios materiais exatamente para ação conjunta em busca da maior eficácia no efetivo gozo dessa dignidade da pessoa humana, que é congênita, é inata, é

ADPF 187 / DF

própria do ser humano nativo, ou que sobrevive ao parto.

Finalmente, Senhor Presidente, quero deixar claro o conteúdo da nossa decisão, para que o Supremo não volte a crucificado socialmente com foi no caso de Cesare Battisti, em que parece que...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Certamente não fugiremos disso.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - A sociedade não entendeu bem que o Supremo Tribunal, no caso Battisti, não proibiu a sua extradição. Pelo contrário, o Supremo disse: "Battisti é extraditável, é passível de extradição". O processo lá na Itália respeitou os seus direitos humanos, o caso era de dupla tipicidade, de dupla punibilidade, não se tratava de brasileiro nato nem naturalizado, não houve crime político, não houve crime de opinião. Disse o Supremo: "Battisti é extraditável". Agora, quem entrega efetivamente Battisti à Itália não é o Supremo Tribunal Federal, é o Presidente da República. Aliás, no Código Processual Penal da Itália, em vigor, quem decide sobre a extradição de um italiano requisitado por qualquer governo é o Ministro da Justiça - é quem dá a última palavra. Não é nem o Presidente da República. E o Código Penal Processual italiano ainda diz que o Ministro da Justiça deverá decidir sobre o mérito da extradição em quarenta e cinco dias do depósito da entrega da decisão da Corte de Apelação, que não vincula, não obriga o Executivo. E acrescentou: o silêncio do Ministro implica, se o extraditando estiver detido, soltura imediata.

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE - Pergunto a Vossa Excelência se nós estamos reabrindo a discussão do caso Battisti.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Não, de jeito nenhum.

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE - Porque, então, eu gostaria de contraditar Vossa Excelência.

ADPF 187 / DF

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Perdão, Excelência. Eu quero apenas que o Supremo não venha a ser socialmente criticado por modo injusto, porque o que nós estamos decidindo aqui? Não estamos legalizando o uso de qualquer droga, estamos apenas...

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator):

Isso resulta muito claro de todos os votos. O Supremo Tribunal Federal está assegurando, e reafirmando, neste julgamento, o exercício, pelas pessoas, de duas liberdades fundamentais: o direito de reunião e o direito à livre manifestação do pensamento. Vale dizer, o Supremo não está autorizando o uso de drogas no curso da denominada "Marcha da Maconha"!

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Perfeito.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator):

É por tal razão que, logo no início do meu voto, tive a cautela de enfatizar o seguinte:

"Antes de analisar o mérito, desejo enfatizar que este processo não tem por objetivo discutir eventuais propriedades terapêuticas, ou supostas virtudes medicinais, ou, ainda, possíveis efeitos benéficos resultantes da utilização de drogas ou de qualquer substância entorpecente específica, mas, ao contrário, busca-se, nesta causa, proteção a duas liberdades

ADPF 187 / DF

individuais de caráter fundamental: de um lado, a liberdade de reunião e, de outro, o direito à livre manifestação do pensamento (...)."

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Perfeito.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator):

Bastante clara, portanto, a posição do Tribunal no sentido de que se está garantindo a incolumidade, a integridade do exercício desses direitos, observados, evidentemente, os limites que a própria Constituição estabelece.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Eu termino dizendo que também deixo de lado o problema da frequência ou da participação em reunião de crianças e adolescentes, porque eu me remeto para o artigo 227 da Constituição, que é cuidadoso, e me parece que, no particular, fica a cargo de cada família.

Senhor Presidente, eu acompanho o voto do Relator integralmente.

15/06/2011

PLENÁRIO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 187 DISTRITO FEDERAL

VOTO

A Senhora Ministra Ellen Gracie - Senhor Presidente, depois de ouvir o voto brilhante do Ministro Celso de Mello, por todos os motivos, já não haveria mais nada a acrescentar. No entanto, os Colegas ainda nos surpreenderam com achegas, as mais oportunas, que enriquecem o debate.

Eu estou inteiramente de acordo com o eminente Relator, até porque faço parte do capítulo brasileiro dessa comissão internacional que estuda a descriminalização do uso de algumas drogas. De modo que me sinto inclusive aliviada de que a minha liberdade de pensamento e de expressão de pensamento esteja garantida.

Eu acompanho integralmente o Ministro Relator.

15/06/2011**PLENÁRIO****ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 187 DISTRITO FEDERAL**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, compreendi a preocupação veiculada pelo Ministro Luiz Fux, mas estamos diante de um processo objetivo. Fomos convocados pela Procuradoria Geral da República a nos pronunciar quanto ao afastamento da glosa penal, presente a denominada "marcha da maconha".

O voto proferido pelo Ministro Celso de Mello, mente aberta, a quem acompanho há vinte e um anos – completei esse tempo há dois dias –, não me surpreendeu. Sua Excelência é um arauto das liberdades públicas. E, por isso mesmo, é merecedor do reconhecimento dos concidadãos.

A importância da matéria não me permite deixar de estampar algumas ideias sobre o tema. E digo que a inicial aponta como preceitos fundamentais violados no entendimento pró-glosa penal os incisos IV, IX e XVI do rol das garantias constitucionais, o principal rol destas, que é o artigo 5º, e também o que versa o artigo 220 da Carta da República, que consagram esses dispositivos, as liberdades de expressão e de reunião.

Evidentemente não se imagina reunião silenciosa, a não ser reunião fúnebre. E quando se parte para uma reunião, como disse o Ministro Ricardo Lewandowski, em movimento, uma marcha, evidentemente, ocorrem proclamações em torno da matéria que deu origem à própria marcha.

Aduz a peça inicial a existência de decisões do Poder Judiciário coibindo a realização de atos públicos favoráveis à legalização das drogas, as quais se fundamentaram na premissa de que o uso da maconha é ilegal e que, portanto – muito embora, quanto ao uso, tivemos, e considerado o gênero droga, um avanço muito grande com a Lei nº 11.343/2006, ao afastar o cerceio, quanto ao usuário, da liberdade de ir e vir – a referida marcha constituiria apologia às drogas. Notícia a formalização de ação direta de inconstitucionalidade também contra o

ADPF 187 / DF

artigo 33, § 2º, da Lei nº 11.343/2006, utilizado igualmente como base de pronunciamentos proibitivos das mencionadas manifestações públicas.

Presidente, consoante Frederick Schauer, o cerne da honestidade intelectual consiste em apresentar o melhor argumento contra a tese defendida e, em seguida, explicar por que ele não lhe persuade. Colho da representação anexada ao processo pela ilustre Vice-Procuradora-Geral da República, Doutora Deborah Duprat, que nos assiste nesta sessão, trechos de atos judiciais os quais revelam prestarem-se somente a fins lícitos as liberdades constitucionais de associação e de expressão. Argumentam os magistrados que o efeito secundário de tais protestos públicos é o estímulo ao consumo de entorpecentes e, por conseguinte, ao tráfico ilícito dessas substâncias. Falam do prejuízo à saúde pública decorrente do uso de drogas e da proteção à infância e à juventude, valores igualmente, reconhecemos todos, constitucionais. Dizem da inobservância a princípios morais e éticos socialmente consagrados.

Os manuais, Presidente, de Direito Penal assentam, de maneira uniforme, que a figura típica – apologia de crime – tem como bem jurídico tutelado a paz pública. Nessa corrente temos Fernando Capez, Regis Prado, sendo que Cezar Roberto Bittencourt aponta como tutelado o sentimento coletivo de segurança na ordem e proteção pelo direito. Essas razões, conquanto relevantes, não me convencem da adequação típica da marcha da maconha.

Consigno que essa interpretação é incompatível com a garantia constitucional da liberdade de expressão. E para isso recorro a exemplo singelo. Quantos heróis nacionais não eram criminosos segundo a lei do tempo em que praticaram seus atos? Lembro-me de Tiradentes, julgado e condenado à morte como um traidor, praticou o crime de lesa-majestade. Foi o primeiro herói nacional, hoje patrono cívico do país e de diversas corporações policiais estaduais. Estariam, então, os autores de livros de história cometendo um crime ao incluí-lo no relato? Pergunto mais: seria inconstitucional a realização de um seminário em que se discutisse a liberação das drogas ou em que a proclamasse resultado das reflexões empreendidas? Mostra-se criminoso o documentário protagonizado pelo

ADPF 187 / DF

ex-Presidente da República – citado pela nossa Procuradora e também por Colegas e pelo relator – Fernando Henrique Cardoso, em que defende a descriminalização da maconha? A resposta é desenganadamente negativa.

No sistema de liberdades públicas constitucional, a liberdade de expressão possui espaço singular. Tem como único paralelo em escala de importância o princípio da dignidade da pessoa humana. Na linguagem da Suprema Corte dos Estados Unidos, se “existe uma estrela fixa em nossa constelação constitucional, é que nenhuma autoridade, do patamar que seja, pode determinar o que é ortodoxo em política, religião ou em outras matérias opináveis, nem pode forçar os cidadãos a confessar, de palavra ou de fato, a sua fé nelas” – este trecho foi formalizado no caso *West Virginia Board of Education v. Barnette*. O Tribunal norte-americano assentou, no precedente referido, não haver circunstância que permita excepcionar o direito à liberdade de expressão. Isso porque, acrescento, tal direito é alicerce, a um só tempo, do sistema de direitos fundamentais e do princípio democrático – genuíno pilar do Estado Democrático de Direito.

A valorização do espaço e do debate públicos assim como a afirmação de que a realização do homem ocorre com a participação na vida pública da cidade constituem o que veio a ser rotulado por Benjamim Constant como “liberdade dos antigos”. Nesse sentido, a democracia compreende simplesmente a possibilidade de ir a público e emitir opiniões sobre os mais diversos assuntos concernentes à vida em sociedade. Embora a versão de democracia de hoje não seja idêntica à adotada pelos gregos, citada por Constant, o cerne do que se entende por governo democrático encontra-se, ao menos parcialmente, contido nessa ideia de possibilidade de participação pública. E o veículo básico para o exercício desse direito é a prerrogativa de emitir opiniões livremente.

Entre os autores modernos que debatem a teoria da justiça, Jürgen Habermas edificou uma teoria dos direitos fundamentais com base no elemento comunicativo. O autor alemão parte de uma constatação fática para alicerçar a teoria que defende: o fato do pluralismo. O consenso ético

ADPF 187 / DF

resultante da homogeneidade que existia nas sociedades pré-industriais não existe mais, de modo que as decisões públicas não podem ser justificadas com fundamento nesse acordo global de natureza ética entre os cidadãos. Ao contrário: nas sociedades contemporâneas, os indivíduos discordam veementemente sobre um leque variado de assuntos. Nesse “mosaico cultural” que são as sociedades de hoje, a legitimidade das normas jurídicas só pode ser extraída do processo de autolegislação levado a efeito pelos próprios cidadãos. Esta é a concepção política de Habermas: primazia do processo democrático na construção de um direito legítimo, porque não há mais como recorrer a verdades apriorísticas.

Nessa óptica, os direitos fundamentais revelam-se essenciais para que se dê lugar à verdadeira seara pública democrática. Existem para garantir a abertura dos espaços comunicativos e a possibilidade de participação geral. São imposições decorrentes do reconhecimento mútuo entre os indivíduos da condição de seres autônomos, livres e iguais, autolegisladores e membros de uma comunidade jurídica comum. Na síntese de Cláudio Pereira de Souza Neto, “é o próprio diálogo, é a exposição dos argumentos à crítica pública que garante a correção dos resultados, e não os compromissos éticos dos sujeitos. A democracia deliberativa representa, desse modo, uma aplicação da ética do discurso no campo político”.

Trata-se de uma concepção procedimental dos direitos fundamentais capaz de conciliá-los com o princípio democrático. A proteção dos espaços públicos de comunicação, instrumentalizada – é realmente um instrumento – pelo princípio da liberdade de expressão, assume papel preponderante, pois somente com tal garantia o Direito será produzido de forma legítima. Esse é o pressuposto da democracia deliberativa, assim definida “como uma forma de governo no qual cidadãos livres e iguais e seus representantes, logicamente, justificam decisões em um processo no qual eles dão uns aos outros razões que são mutuamente aceitáveis e acessíveis pela generalidade dos partícipes, com o objetivo de alcançar conclusões que são vinculantes para os cidadãos presentes, mas abertas –

ADPF 187 / DF

sempre abertas – a modificações no futuro”. Por tais razões, a primeira medida de todo governo despótico é obstruir os canais livres de circulação de ideias. É o primeiro sintoma da falência da democracia.

A defesa da liberdade de expressão também pode ser fundamentada na autonomia individual do ser humano. Ao expressar publicamente opiniões e pensamentos próprios, o indivíduo vale-se da liberdade como instrumento para o desenvolvimento da personalidade. Mesmo quando a adesão coletiva se revela improvável, a simples possibilidade de proclamar publicamente certas ideias corresponde a um ideal de realização pessoal e de demarcação do campo da individualidade. Caso contrário, o direito à autodeterminação estaria violado com a ingerência estatal, solapando-se um dos atributos da dignidade da pessoa humana.

A jurisprudência do Supremo registra avanços e retrocessos na matéria. Na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.566, proclamou-se, contra o meu voto, a constitucionalidade, ainda que em cognição superficial – foi numa decisão interlocutória, provisória e efêmera –, de dispositivo legal a vedar a divulgação de proselitismo em rádios comunitárias. Contudo houve avanços no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.451, da relatoria do Ministro Ayres Britto. O Tribunal, por maioria, suspendeu as normas do inciso II e da segunda parte do inciso III, ambos do artigo 45, bem como, por arrastamento, do § 4º e do § 5º do mesmo artigo da Lei Federal nº 9.504 – Lei das Eleições –, de 30 de setembro de 1997. Nesse último caso, conforme divulgado pela mídia, o Supremo declarou a constitucionalidade do uso do humor – e o que seria a vida sem humor? – nas eleições.

Destaco ainda o voto que proferi, em março de 1999, no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.969, em que se afastou certo decreto distrital cerceador das liberdades de reunião e expressão. Na oportunidade, fiz ver:

ADPF 187 / DF

"Logo, o gravame é daqueles que envergonham os cidadãos que se pretendem vivendo numa prática democrática e desonram os heróis, muitos anônimos, que lutaram, alguns até a morte, por um país livre do vexame do autoritarismo, das amarras covardes do despotismo ditatorial. Os brasileiros não suportam mais falsos protecionismos cujo único resultado é o atraso, a ignomínia de um povo. É lugar comum dizer que a democracia se aprende cotidiana e ininterruptamente, e não é restringindo uma das mais importantes garantias constitucionais – a liberdade de expressão do pensamento, intimamente ligada ao direito de reunião – que se dará vigor e sustentação ao organismo que se quer democrático, como o Estado, principalmente o brasileiro, que aspira pelo respeito das outras nações ante a circunstância auspiciosa de integrar definitivamente o rol dos países consolidados politicamente, para o que um dos pressupostos básicos é a certeza, em nenhuma instância refutável, de que ao povo é assegurado ampla e irrestritamente o direito de manifestação."

Da mesma forma, no *Habeas Corpus* nº 82.424, assentei a prevalência da liberdade de expressão, vendo como falsa a imputação de racismo contra os judeus e ressaltando que a censura, nas diversas formas – direta ou indireta, prévia ou posterior, administrativa ou judicial –, alcançada a relativa à passeata mansa e pacífica, embora barulhenta, pela descriminalização do uso da maconha, tem merecido, no correr dos anos, a preocupação e o repúdio dos povos. Mais adiante, consignei:

"Pode-se concluir que os direitos fundamentais localizam-se na estrutura de sustento e de eficácia do princípio democrático. Nesse contexto, o específico direito fundamental da liberdade de expressão exerce um papel de extrema relevância, insuplantável, em suas mais variadas facetas: direito de discurso, direito de opinião, direito de imprensa, direito à informação e a proibição da censura. É por meio desse direito que ocorre a participação democrática, a possibilidade de as

ADPF 187 / DF

mais diferentes e inusitadas opiniões serem externadas de forma aberta, sem o receio de, com isso, contrariar-se a opinião do próprio Estado ou mesmo a opinião majoritária. E é assim que se constrói uma sociedade livre e plural, com diversas correntes de idéias, ideologias, pensamentos e opiniões políticas".

O princípio da liberdade de expressão repudia a instauração de órgãos censórios pelo poder público e a adoção de políticas discriminatórias contra determinados pontos de vista. Os delitos de opinião têm um viés profundamente suspeito, se analisados sob essa perspectiva, já que impedem, ou pelo menos inibem, a emissão livre de ideias. A possibilidade de questionar políticas públicas ou leis consideradas injustas é essencial à sobrevivência e ao aperfeiçoamento da democracia. Pontua Cass Sunstein que "o direito à liberdade de expressão está especialmente preocupado em proibir o Estado de tratar pontos de vista favorável ou desfavoravelmente". O artigo 287 do Código Penal atua exatamente nesse espaço constitucionalmente protegido, mas não é preciso declarar a não recepção do preceito pela Carta Federal de 1988. Há uma baliza segura para a aplicação da norma.

A convenção interamericana de direitos humanos – Pacto de São José da Costa Rica, internalizado no direito brasileiro em 1992 – proclama a intangibilidade da liberdade de expressão. Referida liberdade, nos termos do Pacto, não pode sofrer peias. Apenas se admite a responsabilidade civil pós-fato. É o binômio: liberdade-responsabilidade, característica das sociedades livres, em oposição às sociedades paternalistas e tuteladas. O artigo 13 da Convenção estabelece:

"1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

ADPF 187 / DF

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar:

a) o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou

b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões."

O que extraio, Presidente, da Convenção? De início, o direito à liberdade de expressão é irrestringível na via legislativa. Cabe ao Estado somente tomar as providências para responsabilizar ulteriormente, posteriormente, os excessos. E por que estou recorrendo à Convenção? Porque o artigo 13 prevê claramente as hipóteses em que é admissível a restrição à liberdade de expressão. Observem:

"5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência."

Parece-me, portanto, ser legítimo afirmar ter havido derrogação do artigo 287 do Código Penal com o advento do Pacto de São José da Costa Rica. A conjugação dos preceitos conduz à conclusão de que somente são legítimos os crimes de opinião quando relacionados ao ódio nacional, racial ou religioso bem como a toda propaganda em favor da guerra. Fora disso, o reconhecimento de que a emissão de opinião pode configurar crime deve ser considerado proscrito pelo referido Tratado.

No mais, transcrevo, a respeito do assunto, trecho do relatório anual

ADPF 187 / DF

de 2009, relativo à liberdade de expressão, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos:

"(...) é claro" – estou transcrevendo – "para a Corte interamericana, que a defesa da ordem pública exige o máximo de circulação possível de informações, opiniões, notícias e ideias, é dizer, o máximo nível de exercício da liberdade de expressão. Nos termos do Tribunal, o mesmo conceito de ordem pública reclama que dentro de uma sociedade democrática, sejam garantidas as maiores possibilidades de circulação de notícias, ideias e opiniões, assim como o mais amplo acesso à informação por parte da sociedade em seu conjunto. A liberdade de expressão se insere na ordem pública primária e radical da democracia, que não é concebível sem o debate" – e a marcha visa justamente o debate, a denominada "marcha da maconha" – "livre e sem que a dissidência tenha pleno direito de manifestar-se".

Concluo que a liberdade de expressão não pode ser tida apenas como um direito a falar aquilo que as pessoas querem ouvir, ou ao menos aquilo que lhes é indiferente. Definitivamente, não. Liberdade de expressão existe precisamente para proteger as manifestações que incomodam os agentes públicos e privados, que são capazes de gerar reflexões e modificar opiniões. Impedir o livre trânsito de ideias é, portanto, ir de encontro ao conteúdo básico da liberdade de expressão.

Ante o quadro, julgo inteiramente procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental, para conferir interpretação conforme à Carta da República ao artigo 287 do Decreto-Lei nº 2.848, de 1940 – nos vem o Decreto do Estado Novo –, afastando a aplicação do dispositivo às manifestações públicas em favor da descriminalização de substâncias psicotrópicas, em especial – e aqui cuido do gênero, conforme cuidou também o relator, Celso de Mello – a denominada "marcha da maconha". É como voto, pedindo desculpa por haver lido o que resolvi que deveria veicular, e alvo, objeto, de uma reflexão, pensando no Brasil de amanhã, que aguardo que pelo menos seja melhor para os nossos

ADPF 187 / DF

descendentes.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - No voto de Vossa Excelência não há divergência em relação à conclusão do voto do Relator?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Acompanho-o e bastaria subscrever o voto do relator e estaria – e não há colocação jocosa alguma – muito bem baseado para fazê-lo.

15/06/2011

PLENÁRIO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 187 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Não fosse a relevância da questão, a esta altura eu me escusaria de qualquer manifestação e acompanharia, como vou fazê-lo, sem restrição alguma, em primeiro lugar, o eruditíssimo e exaustivo voto do eminente Ministro Relator, assim como os demais, proferidos de maneira unânime, como, aliás, suspeitava que aconteceria.

Mas não posso deixar, menos para complementar do que para pontuar, de relevar alguns aspectos que já foram versados por todos esses votos, em particular pelo voto do Ministro Relator, do Ministro Ayres Britto, que fez referência a pontos que gostaria de tocar, e, também, do Ministro Marco Aurélio.

A locução *liberdade de expressão*, que sintetiza o enunciado dos direitos conexos previstos no artigo 5º, incisos IV, IX e XVI, e no artigo 220, todos da Constituição da República, a meu ver tem, como de certo modo já foi aventado, duas precisas dimensões.

A primeira é que se trata de emanação direta do valor supremo da *dignidade da pessoa humana*, a qual não é apenas fundamento da República, mas é fonte e fundamento de todo o ordenamento jurídico. Na medida em que essa liberdade seja restringida ou negada sem razão jurídica, tal dignidade está gravemente mutilada, pois a pessoa humana não pode, aí, afirmar-se como tal, isto é, como pessoa humana, à qual pertence, como qualidade imanente por definição, o poder de manifestar seu pensamento, sobretudo acerca do contexto em que é obrigada a conviver com os outros de maneira absolutamente inevitável. Noutras palavras, nesses termos, essa dimensão constitui fator primeiro da própria construção do mundo, concebido não apenas na sua materialidade, mas também no conjunto das referências objetivas que dão sentido e significado à vida humana e explicação mais ou menos razoável para esta

ADPF 187 / DF

curtíssima experiência de cada homem sobre a terra.

A segunda, e por consequência, é que tal liberdade representa também fator de formação - porque não há outro meio de fazê-lo - e de aprimoramento da democracia, considerada como espaço político individualizável dentro de cada território nacional e onde possam coexistir as opções ideológicas pessoais. Ou seja, a *liberdade de expressão* é, aqui, condição necessária da criação e do funcionamento daquilo que a jurisprudência norte-americana, tantas vezes hoje invocada, chama, com muita propriedade, de *market of ideas*, isto é, mercado de idéias ou *locus* de circulação de opiniões, entendido como o ambiente do dissenso e da troca de idéias tendentes a orientar os políticos e os governantes na condução do Estado e na preparação do seu futuro. E, deste ponto de vista, configura elemento relevante e indispensável à construção e ao resguardo permanentes da democracia, cujo pressuposto é o pluralismo ideológico.

Essa *liberdade* não é, evidentemente, como também já se acentuou, *absoluta*. E, nesse sentido, para condensar-lhe os limites em poucas palavras, não seria impróprio dizer que ela não pode ser reconhecida como tal, como direito, se seu exercício implique indício ou prova direta da prática de atividade disruptiva da ordem pública, enquanto comportamento capaz de provocar desordem social ou violação de direitos alheios.

Só pode ser proibida ou limitada, quando seja dirigida a incitar ou desencadear ações ilegais iminentes, tal como a Suprema Corte norte-americana o afirmou, de modo muito incisivo, no precedente *Brandenburg v. Ohio* (1969), ou seja, quando haja prova da sua capacidade ou da sua potencialidade de quebra da paz social, único caso em que, conforme as hipóteses que bem discriminou o voto do Ministro Marco Aurélio, se justificam a intervenção e a repressão estatais.

Em outro precedente, muito famoso, que dizia respeito ao conhecido caso em que o cidadão que, no acórdão, aparece sob o nome talvez falso de Johnson, e que é *Texas v. Johnson*, de vinte anos depois (21 junho de 1989), e cuja decisão foi relatada pelo notável *Justice* Brennan, queimou a bandeira norte-americana numa marcha de protesto, a Suprema Corte

ADPF 187 / DF

gravou duas afirmações que me parecem fundamentais e que, de certo modo, resumem o que os votos de Vossas Excelências já o proclamaram com desenvoltura: o governo não pode proibir expressões, verbais ou não verbais, apenas porque a sociedade as repute desagradáveis, ofensivas e, acrescento eu, incompatíveis com o pensamento coletivo dominante. E, que é preciso manter permanentemente aberto o campo social de debate, até porque o que denomino *silêncio imposto* não é o modo nem o meio mais curial de resposta ou de combate a idéias ou propostas discutíveis, senão a discussão livre, de onde nascem a consciência e o convencimento.

Assim como sucede do ponto de vista individual, onde, segundo a visão psicanalítica, a repressão a pulsões e desejos profundos é tremendamente destruidora, porque leva a neuroses e, quem sabe, a psicoses, assim também a repressão à *liberdade de expressão* é, do ponto de vista público e social, não menos contraproducente e perturbadora.

A manifestação pública de apoio à idéia de descriminalização ou descriminalização do uso da droga não é, em si mesma, conclusão, forma de instigação à prática de nenhum crime, senão que apenas é forma de revelar a opinião pessoal da necessidade de mudança legislativa, tal como se fez e faz ainda hoje, em outros meios, pois a proposta que vem sendo ventilada ultimamente, agora até sob a liderança de ilustríssimo ex-presidente da República, não é novidade alguma. Há trinta anos atrás já ouvia a psicólogos, sociólogos, cientistas sociais, enfim a acadêmicos, a defesa da descriminalização do uso de todas as drogas como o melhor modo de o Estado responder a essa praga universal. E alguns países até já chegaram a adotar, em política pública, esse exato ponto de vista, como sucedeu e ainda sucede na Holanda. Não digo - nem este é o lugar de por em relevo a idéia - seja esta procedente ou improcedente; mostro apenas como a mesma *liberdade*, quando exercida no plano acadêmico, é considerável, e, quando expressa pelo povo, é vítima da repressão estatal.

Tampouco, a meu ver, envolve tal *liberdade* - respeitados seus iminentes limites constitucionais e legais -, predisposição de desordem ou de insulto a direitos alheios. É, antes, típica e lícita expressão de pensamento.

ADPF 187 / DF

Evidentemente, e nisto escusaria insistir, o Estado tem o dever de, em respeito à Constituição e ao direito infraconstitucional, tomar, como o faz em relação a todas as reuniões públicas, as cautelas necessárias para prevenir eventuais abusos e, *a fortiori*, a prática mesma de crimes. Mas isto não pode, está claro, significar que a *liberdade* em si não mereça, como merece, e todos o reconhecemos, a mais decidida proteção constitucional e seu reconhecimento por esta Corte como guardiã da Constituição.

Acompanho, pois, integralmente, todos os votos, em particular o brilhantíssimo voto do eminente Relator.



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 187

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO

REQTE.(S) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ESTUDOS SOCIAIS DO USO DE PSICOATIVOS - ABESUP

ADV.(A/S) : MAURO MACHADO CHAIBEN E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM

ADV.(A/S) : MARTA CRISTINA CURY SAAD GIMENES E OUTRO(A/S)

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, rejeitou as preliminares de não-conhecimento da argüição e a de ampliação do objeto da demanda. No mérito, também por unanimidade, o Tribunal julgou procedente a argüição 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 Britto 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.

Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli e Luiz Fux.

Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira.

P/ Luiz Tomimatsu
Secretário