

Arguição 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)

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A Procuradora-Geral da República formalizou arguição de descumprimento de preceito fundamental objetivando conferir interpretação conforme à Constituição ao artigo 287 do Decreto-Lei nº 2.848/40 – Código Penal –, a fim de excluir do campo de incidência da norma as manifestações em favor da descriminalização de substâncias psicotrópicas, em particular a denominada “marcha da maconha”.

Aponta como preceitos fundamentais violados os incisos IV, IX e XVI do artigo 5º e cabeça do artigo 220 da Carta Federal, os quais consagram as liberdades de expressão e de reunião. Aduz 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, a referida marcha constituiria apologia às drogas. Notícia a formalização de ação direta também contra o artigo 33, § 2º, da Lei nº 11.343/2006, utilizado igualmente como base de pronunciamentos proibitivos das mencionadas manifestações públicas.

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 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 substâncias entorpecentes e, por conseguinte, ao tráfico ilícito dessas substâncias. Falam do prejuízo à

ADPF 187/DF

saúde pública decorrente do uso de entorpecentes e da proteção à infância e à juventude, valores igualmente constitucionais. Dizem da inobservância a princípios morais e éticos socialmente consagrados.

Os manuais de Direito Penal assentam, de maneira uniforme, que a figura típica – apologia de crime – tem como bem jurídico tutelado a paz pública (assim, Fernando Capez, *Curso de direito penal*, v. 3, 2006, p. 251; Luiz Regis Prado, *Curso de direito penal brasileiro*, v. 3, 2010, p. 225). Cezar Roberto Bittencourt afirma, em tom dissonante, que o bem jurídico tutelado seria “o sentimento coletivo de segurança na ordem e proteção pelo direito” (*Tratado de direito penal*, v. 4, 2011, p. 355). 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 ex-Presidente da República 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” (*West Virginia Board of Education v. Barnette*, 319 US 624, 1943). O Tribunal norte-americano assentou, no precedente referido, não haver circunstância que permita excepcionar o

ADPF 187/DF

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. Explico.

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” (*A liberdade dos antigos comparada à dos modernos*, 2001). 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 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 a 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,

ADPF 187/DF

“[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 da política” (*Teoria constitucional e democracia deliberativa*, 2006, pp. 145).

Trata-se de uma concepção procedimental dos direitos fundamentais capaz de conciliá-lo com o princípio democrático. A proteção dos espaços públicos de comunicação, instrumentalizada 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) 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 a modificações no futuro” (Amy Gutman, Dennis Thompson. *Why deliberative democracy?*, 2004, p. 7). Por tais razões, a primeira medida de todo governo despótico é obstruir os canais de livre 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, da relatoria do Ministro Cezar Peluso, proclamou-se, contra o meu voto, a constitucionalidade, ainda que em cognição superficial, 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

ADPF 187/DF

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, de 30 de setembro de 1997. Nesse último caso, conforme divulgado pela mídia, o Supremo declarou a constitucionalidade do uso do humor nas eleições.

Destaco ainda o voto que proferi 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:

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 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 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” (*Why societies need dissent*, 2003, p. 101). O artigo 287 do Código Penal atua exatamente no 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 pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 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

ADPF 187/DF

fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

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 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 os excessos – artigo 13 (1) e (3). E por que estou recorrendo à Convenção? Porque o artigo 13 (5) 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 13 (1) e 13 (5) 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 de 2009, relativo à liberdade de expressão, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos:

(...) é claro para a Corte Interamericana que a defesa da ordem pública exige o máximo de circulação possível de informações, opiniões, notícias e idéias, 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, idéias 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 livre e sem que a dissidência tenha pleno direito de manifesta-se.

Ora, 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 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 2.848/40, afastando a aplicação do dispositivo às manifestações públicas em favor da descriminalização de substâncias psicotrópicas, em especial a denominada “marcha da maconha”. É como voto.