

## VOTO

### **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 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* 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 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 vênica 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 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 conseqüente 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 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 – 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 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 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. Irrespondível, 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 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 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.

Conjuguem-se a *liberdade de expressão*, no caso, com o *direito de reunião*, 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, 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 consequência, no caso de pugna com outros direitos fundamentais ou bens de estatura 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.

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 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 sociedade, 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 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, 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.