

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**

presente argüição 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. (...).

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

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,

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

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

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**

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").