

**UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC**

**CURSO DE DIREITO**

**SAMUEL MARQUES VALERIO**

**A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DIREITO A LIVRE MANIFESTAÇÃO:  
ESTUDO SOBRE O CRIME DE APOLOGIA A FATO CRIMINOSO, SOB O  
ENFOQUE CONSTITUCIONAL DA ADPF 187**

**CRICIÚMA  
2016**

**SAMUEL MARQUES VALERIO**

**A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DIREITO A LIVRE MANIFESTAÇÃO:  
ESTUDO SOBRE O CRIME DE APOLOGIA A FATO CRIMINOSO, SOB O  
ENFOQUE CONSTITUCIONAL DA ADPF 187**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado para a obtenção do grau de Bacharel no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Orientador: Lucas Machado Fagundes.

**CRICIÚMA  
2016**

**SAMUEL MARQUES VALERIO**

**A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DIREITO A LIVRE MANIFESTAÇÃO:  
ESTUDO SOBRE O CRIME DE APOLOGIA A FATO CRIMINOSO, SOB O  
ENFOQUE CONSTITUCIONAL DA ADPF 187**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado para a obtenção do grau de Bacharel no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Criciúma (SC), 28 de novembro de 2016.

**BANCA EXAMINADORA**

Prof. Lucas Machado Fagundes – Doutor – UNESC – Orientador

Prof. Jackson da Silva Leal – Doutor – UNESC

Prof. Luiz Eduardo Lapolli Conti – Mestre – UNESC

**Dedico este trabalho a todos que  
contribuíram direta e indiretamente em  
minha vida acadêmica.**

## **AGRADECIMENTOS**

Gostaria de agradecer, primeiramente, à minha família, que sempre esteve ao meu lado. Agradeço também aos professores da Universidade do Extremo Sul Catarinense, que ao longo destes cinco anos me prepararam para a vida profissional e para a vida social.

Por fim, agradeço as contribuições do meu orientador Lucas Machado Fagundes, pela atenção, tempo, e conhecimento disponibilizados a mim.

A todos, meu muito obrigado.

**“Só se pode alcançar um grande êxito  
quando nos mantemos fiéis a nós mesmos.”**

**Friedrich Nietzsche**

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo estudar a questão da liberdade de expressão e o direito de livre manifestação com o estudo sobre o crime de apologia ao crime e fato criminoso, sob o enfoque constitucional da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 187, procurando diferentes interpretações para a explicação do movimento social Marcha da Maconha ser considerado como liberdade de expressão e não uma apologia crime ou de fato criminoso, através de uma análise da jurisprudência atual, demonstrando a importância dos movimentos contemporâneos no cenário brasileiro. A metodologia empregada no presente estudo se embasou no método dedutivo, através de pesquisa teórica e qualitativa, com emprego de material bibliográfico e documental legal, com etapa de análise jurisprudencial. Como fruto do estudo, se elucida que no movimento social Marcha da Maconha se discute o mérito do proibicionismo da maconha, não se confundindo de modo algum com a defesa de praticar o ato incriminado.

**Palavras-chave:** Liberdade de expressão. Apologia de crime ou fato criminoso. Arguição de Descumprimento Preceito Fundamental 187. Jurisprudência. Movimento Social.

## ABSTRACT

The present paper aims to study the matter of freedom of expression and the right for free manifestation with study of the crimeapologia for crime and criminal fact, under constitutional approach of Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 187, looking for different interpretations to the explanation for the social movement Marijuana March be considered freedom of expression over apologia for crime and criminal fact, trough the analysis of the current jurisprudence, demonstrating the importance of the contemporary movements in the Brazilian scene. The methodology used in the present study was based on the deductive method, through theoretical and qualitative research, using bibliographical materials and legal documents, with a stage of jurisprudential analysis. As fruit of the study, it elucidates that the social movement Marijuana March discusses the merits of marijuana prohibition, not confused in any way with the defense of practicing the criminal act.

**Keywords:** Freedom of expression. Apologia for crime or criminal fact. Arguição de Descumprimento Preceito Fundamental187. Jurisprudence. Social Movement.

**LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AGU	Advocacia Geral da União
ART.	Artigo
CF	Constituição Federal
CP	Código Penal
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
STF	Supremo Tribunal Federal
TJ	Tribunal de Justiça
TJDFT	Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>10</b>
<b>2 LIBERDADE DE EXPRESSÃO</b> .....	<b>12</b>
2.1 O TERMO LIBERDADE E O DIREITO À “MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO” .....	12
2.2 PREVISÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO / MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO.....	16
2.3 O PODER DO ESTADO DE LIMITAR A MANIFESTAÇÃO DE PENSAMENTO .....	22
<b>3 MACONHA: PROIBICIONISMO, MOVIMENTOS SOCIAIS E APOLOGIA</b> .....	<b>26</b>
3.1 BREVE HISTÓRICO DA MACONHA NO BRASIL.....	26
3.2 MARCHA DA MACONHA.....	28
3.3 DELITO DE APOLOGIA DE CRIME OU CRIMINOSO.....	31
<b>4 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL</b> .....	<b>37</b>
4.1 ASPECTOS ELEMENTARES DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF) .....	37
4.2 A POLÊMICA DA ADPF 187 .....	52
<b>5 CONCLUSÃO</b> .....	<b>57</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>59</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A liberdade de expressão é um dos direitos mais buscados ao longo da história da humanidade, pelo fato de ser um direito que abrange a todos de uma sociedade, e não somente de uma determinada parcela, sendo o direito de todo indivíduo manifestar seu pensamento, sua expressão, sem sofrer interferência alguma. A mesma liberdade de expressão acaba sofrendo determinadas censuras em países que não pactuam com a livre democracia.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu texto legal, estabelece a proteção desse direito em seu artigo XIX, evidenciando que a liberdade de expressão é um direito humano.

Mesmo sendo um direito de todos, a liberdade de expressão não é consolidada como um direito absoluto, devendo sofrer restrições para não ser abusiva a ponto de lesar a sociedade.

O presente trabalho tem o objetivo que consiste em apresentar a discussão acerca da liberdade de expressão e do direito a livre manifestação, com estudo sobre o crime de apologia a fato criminoso, sob o enfoque constitucional da arguição de descumprimento de preceito fundamental 187. Além disso, busca-se analisar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal da República Federativa do Brasil quanto às diferentes interpretações da legislação e da manifestação de pensamento que tem fulcro no movimento social denominado Marcha da Maconha.

No primeiro capítulo será abordado o direito de liberdade de expressão e da manifestação de pensamento; como a constituição e a legislação asseguram a liberdade de expressão e a manifestação de pensamento; e ainda sobre o poder que o Estado tem de limitar tais direitos.

O segundo capítulo elucida sobre a chegada da maconha ao Brasil, bem como seu proibicionismo e o surgimento do movimento social Marcha da Maconha. Em seguida, faz-se uma relação entre tal movimento e o delito de apologia de crime ou fato criminoso, fazendo uma breve explicação sobre o mesmo.

Finalizando, no terceiro capítulo, será apresentada a ADPF, elucidando determinada ação. Em seguida, entra-se na discussão do movimento social Marcha da Maconha, objeto do presente trabalho e tema da ADPF 187, a qual tramitou no Supremo Tribunal Federal. Nesta parte do trabalho, busca-se analisar a decisão do

Supremo Tribunal Federal, a fim de conhecer a interpretação que colocou a liberdade de expressão em destaque.

O método de pesquisa utilizado será o dedutivo, através de pesquisa teórica e qualitativa, com emprego de material bibliográfico e documental legal. O material utilizado serão artigos científicos, doutrinas, legislação, e jurisprudências, tendo por fim uma análise concreta sobre o entendimento do STF sobre a ADPF 187.

## 2 LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Neste primeiro momento do trabalho será abordado o conceito de liberdade de expressão e manifestação do pensamento, nos documentos internacionais, e apresentando onde está previsto no ordenamento jurídico brasileiro bem como os limites desse direito fundamental.

### 2.1 O TERMO LIBERDADE E O DIREITO À “MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO”

A liberdade de expressão é o direito mais aclamado e procurado no mundo, estando em diversos documentos internacionais. Todos os indivíduos buscam a liberdade de expressão no seu dia a dia seja por forma de discussões de pensamento, seja por não se aceitar inerte na sociedade.

Este reconhecimento da liberdade de expressão está em diversos documentos internacionais, inclusive no berço do iluminismo onde se enfatizava a liberdade de expressão do livre pensamento e de cortar a corrente absolutista. Em 1789, na França, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seu artigo XI estabelecia que:

[...] a livre manifestação do pensamento e das opiniões é um dos direitos mais preciosos do homem todo cidadão pode, portanto, falar, escrever e imprimir livremente, à exceção do abuso dessa liberdade pelo qual deverá responder nos casos determinados por lei(FARIAS,2000, p. 161).

Traçando uma linha do tempo com os principais pontos da liberdade de expressão, em 1948 foi ratificada a Declaração Universal de Direito Humanos - DUDH, por maioria de votos (48 países) na Assembleia Geral da ONU, aprovando o documento que em seu artigo XIX (dezenove) apresenta garantia à liberdade de expressão:

Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras(FARIAS, 2000, p. 161).

Jeronimo Calorio Pinto (2013, p.25) afirma que é “[...] interessantenotarqueaDUDH não só garante a liberdade de expressão, como também

se preocupa em garantir o direito das pessoas a receber essas manifestações sem interferências”.

A Declaração Universal de Direitos Humanos estipula ainda em seu artigo XX (vinte) que:

1. Todo ser humano tem direito à liberdade de reunião e associação pacífica.
2. Ninguém pode ser obrigado a fazer parte de uma associação.

Explanando esta ideia a liberdade de pensamento e reunião é “*erga omnes*”, ninguém da sociedade tem esse direito como privilégio ou deixa de gozar por restrição, entretanto, tem-se o direito de recusa da participação da associação pacífica, caso esta associação não esteja de acordo com sua posição sobre a questão em pauta.

Congruente aos artigos supramencionados da DUDH (XIX, XX), está exposto mais recentemente, em 1950, o Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, que em seu artigo X explana a liberdade de expressão:

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de comunicar informações ou ideias sem que possa haver ingerência de autoridades públicas e sem consideração de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas radiodifusão, cinematográfica ou de televisão a um regime de autorização prévia.
2. O exercício destas liberdades, que contêm deveres e responsabilidades, poderá ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções previstas pela lei, que constituem medidas necessárias em uma sociedade democrática para a segurança nacional, a integridade territorial, ou a segurança pública, a defesa de ordem e prevenção do delito, a proteção da saúde ou da moral, a proteção da reputação ou dos direitos alheios, para impedir a divulgação de informações confidenciais ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial (FARIAS, 2000, p. 161).

Destarte que o presente artigo faz restrições à liberdade de expressão, se constituindo assim limites a ela e não sendo um direito meramente absoluto, e sim que deve ser utilizado observado as suas restrições legais.

Destaca-se mais recentemente o Pacto de San José da Costa Rica, mencionado por Edilson Farias em sua obra:

Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Este direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda índole, sem considerações de fronteiras(FARIAS, 2000, p. 162).

O termo liberdade de expressão e o direito de livre manifestação do pensamento é algo globalizado, estando em toda a parte e se restringindo apenas a países onde o regime é ditatorial. Sampaio Dória *apud* José Afonso da Silva (2011) define a liberdade de pensamento:

A liberdade de pensamento – segundo Sampaio Dória –“é o direito de exprimir, por qualquer forma, o que se pense em ciência, religião, arte, ou o que for”. Trata-se de liberdade de conteúdo intelectual e supõe o contacto do indivíduo com seus semelhantes, pela qual “o homem tenda, por exemplo, a participar a outros suas crenças, seus conhecimentos, sua concepção do mundo, suas opiniões políticas ou religiosas, seus trabalhos científicos” (SILVA, 2011, p. 241)

O termo liberdade de expressão não se confunde com liberdade de comunicação, conforme destaca Edilsom Farias:

A liberdade de expressão tem como objeto a manifestação de pensamentos, ideias, opiniões, crenças e juízos de valor. A liberdade de comunicação tem como objeto a difusão de fatos ou notícias. Tal divisão corresponde ao que comumente é designado por liberdade de opinar e liberdade de informar (FARIAS, 2004, p. 54).

Absorvendo a ideia transcrita por Edilsom Farias, a liberdade de expressão é o conjunto de racionalidade de ideias da sociedade de um indivíduo. Alexandre de Moraes(2007 *apud* SUDATI, 2012) amplia o leque de conceitos simplificados no que consente a liberdade de expressão:

A liberdade de expressão constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática e compreende não somente as informações consideradas como inofensivas, indiferentes ou favoráveis, mas também aquelas que possam causar transtornos, resistência, inquietar pessoas, pois a Democracia somente existe a partir da consagração do pluralismo de idéias e pensamentos, da tolerância de opiniões e do espírito aberto a diálogo. (MORAES, 2007, p. 111 *apud* SUDATI, 2012, p. 36).

A liberdade de expressão é um direito fundamental, que para Brega Filho (2002, p.66) consiste em: “[...] interesses jurídicos previstos na Constituição que o Estado deve respeitar e proporcionar a todas as pessoas. É o mínimo necessário para a existência da vida humana”. Porém, não absoluto em que se restringe a

limites estipulados na constituição, sendo um deles a apologia. Neste conceito, Bastos (1998) relata a liberdade de expressão e sua regulamentação:

A liberdade de pensamento nesta seara já necessita da proteção jurídica. Não se trata mais de possuir convicções íntimas, o que pode ser atingido independentemente do direito. Agora não. Para que possa exercer a liberdade de expressão do seu pensamento, o homem, como visto, depende do direito. É preciso, pois, que a ordem jurídica lhe assegure esta prerrogativa e, mais ainda, que regule os meios para que se viabilize esta transmissão (BASTOS, 1997. p.187).

Para um direito ser fundamental, segundo Oliveira (2008 *apud* PINTO, 2013) em seu trabalho de conclusão de curso, ele deve ser absoluto, inviolável, intransferível e imprescindível.

Os Direitos Fundamentais são os direitos considerados inatos, absolutos, invioláveis, intransferíveis e imprescindíveis ao homem. Inatos, pois todos os homens já nascem o tendo e acredita-se que seja o reconhecimento de um Direito que o homem em seu estado primal possuía e o perdeu devido aos desdobramentos históricos. Absolutos, pois por si só já alcançam o objetivo de garantir a dignidade do ser humano. Invioláveis, pois como garantidores do bem estar necessário ao homem para um desenvolvimento moral e social e da sua dignidade, eles são peças-chave do sistema democrático. Intransferíveis, porque a todo homem pertence, não sendo possível sua alienação ou abdicação, por ser um direito necessário ao homem. Imprescindíveis, pois como citado acima sem eles, acreditasse que não seria possível a democracia e o desenvolvimento pleno do homem no meio social (OLIVEIRA, 2008 *apud* PINTO, 2013, p. 24).

Os limites impostos na liberdade de expressão têm como objetivo proteger a dignidade humana e a integridade da pessoa. Nesta corrente, a liberdade de expressão se caracteriza como exteriorização do pensamento no seu sentido mais abrangente, de acordo com José Afonso Da Silva (2011):

Nesses termos, ela se caracteriza como exteriorização do pensamento no seu sentido mais abrangente. É que, no seu sentido interno, como pura consciência, como pura crença, mera opinião, a liberdade de pensamento é plenamente reconhecida, mas não cria problema maior. Pimenta Bueno já dizia que “a liberdade de pensamento em si mesmo, enquanto o homem não manifesta exteriormente, enquanto o não comunica, está fora de todo poder social, até então é o domínio somente do próprio homem, de sua inteligência e de Deus” (SILVA, 2011, p. 241).

Destaca-se a ideia que o homem não é um ente que vive isolado, ele tende a se comunicar e trocar experiências para a própria evolução. Nesse contexto, Pimenta Bueno discorre:

O homem, porém, não vive concentrado só em seu espírito, não vive isolado, por isso mesmo que por sua natureza é um ente social. Ele tem a viva tendência e necessidade de se expressar e trocar suas ideias e opiniões com os outros homens, de cultivar mútuas relações, seria mesmo impossível vedar, porque for para isso necessário dissolver e proibir a sociedade (BUENO *apud* SILVA, 2011, p. 241).

De acordo com Sudati (2012, p. 37-38) o direito à liberdade de expressão não deve ser limitado, “[...] sendo inadmissível a ideia de impor determinada forma de pensar ao ser humano, sob qualquer aspecto, respeitando-se, sobretudo a dignidade da pessoa humana, conforme prevê a própria Constituição Federal de 1988”.

## 2.2 PREVISÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO / MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO

Para entender a previsão constitucional do direito fundamental à liberdade de expressão é necessária uma introdução do que se tratam os princípios, aonde Edilson Pereira de Farias faz colocações precisas quanto a sua função: “[...] dilucidada a força normativa dos princípios no sentido de que são tomados a sério como normas obrigatórias, cumpre averiguar quais as funções normativas que geralmente desempenham” (FARIAS, 2000, p. 49).

Destarte qual a força normativa do princípio da liberdade de expressão está relacionada a sua tipologia constitucional (FARIAS, 2000).

Dentre as múltiplas subdivisões que se atribuem aos princípios constitucionais destacaremos a que as separam em princípios estruturantes ou fundamentais, princípios constitucionais impositivos ou diretivos e princípios-garantia. Nomeiam-se por princípios estruturantes ou fundamentais aqueles que expressam as decisões políticas fundamentais do constituinte no que pertine a estrutura básica do Estado e as ideias e valores fundamentais triunfantes na Assembleia Constituinte (FARIAS, 2000, p. 40).

Neste norte entendemos que a constituição vigente de 1988 da República Federativa do Brasil enumera este princípio como cláusula pétrea:

Nessa linha, a Constituição brasileira em vigor no seu art. 60, §4, v.g., enumera entre as que a doutrina nacional convencionou designar por

“cláusulas pétreas”, os princípios fundamentais da forma federativa de Estado e o da separação dos poderes (FARIAS, 2000, p. 42).

O artigo 60, §4, na íntegra corresponde às hipóteses que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

[...] (BRASIL, 1988).

Portanto, a liberdade de expressão não pode ter seu dispositivo alterado por se tratar de um direito fundamental entrando no rol do art. 60, §4, sendo limitações ao poder de reforma da constituição de um Estado (MEYER-PFLUG, 2009).

A chamada constituição cidadã, constituição de 1988 (mil novecentos e oitenta e oito) da República Federativa do Brasil, representou a volta do regime democrático (MEYER-PFLUG, 2009).

O texto constitucional de 1988 traz um extenso rol de direitos relacionados à proteção da liberdade, [...] em suas mais variadas acepções. A liberdade de pensamento, de expressão, ideológica e de reunião passam a ter destaque, igualmente, com a vedação a toda e qualquer espécie de censura ou licença. A liberdade de imprensa é valorizada como um elemento necessário à democracia e a promoção do debate público, pode-se dizer que ela é “parte integrante de um regime democrático” (MEYER-PFLUG, 2009, p. 65).

Dando maior liberdade de pensamento para o cidadão, a constituição de 1988 abrange melhor o conteúdo liberdade de expressão, deixando os regimes militares de lado (MEYER-PFLUG, 2009).

A constituição conferiu ampla proteção à liberdade de pensamento ao reconhecê-la como direito fundamental e cláusula pétrea, o que impede que qualquer meio estatal suprima essa garantia, ou venha a pretexto de uma possível regulamentação, violar o seu núcleo essencial. Para que a regulamentação à liberdade de expressão seja legítima ela deve se fundamentar o texto Constitucional (MEYER-PFLUG, 2009, p. 66-67).

Dando corpo ao art. art. 60, §4 supramencionado, a constituição de 1988 abre espaço para os questionamentos, para a época das perguntas e dos movimentos sociais em grande escala, para o olhar aos direito minoritários.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

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 (BRASIL, 1988).

A equiparação de todos os seres na mesma posição hierárquica estabelecida no Art. 5º da Constituição de 1988 e o direito de livre manifestação da um sentido de democracia, como descreve em sua obra Samantha Ribeiro Meyer (2009):

O direito de manifestar o pensamento e as ideias deve ocorrer livre de qualquer castigo ou ameaça, pois ele é a manifestação do raciocínio humano, é a expressão de sua razão. Consiste na possibilidade de escolher quais ideias, atitudes intelectuais que se vai adotar. A liberdade de expressão é primordial para o desenvolvimento do ser humano e ao mesmo tempo integra esse desenvolvimento (MEYER-PFLUG, 2009, p.68).

A liberdade de reunião também elencada no art. 5º XVI, da CF/88, traz consigo:

Todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independente de autorização, desde que não frustem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso a autoridade competente (BRASIL, 1988).

Esta, por sua vez, dá a possibilidade da reunião para a manifestação do pensamento em grupo e não somente individualmente, conforme ensinamentos de José Afonso da Silva (2011):

Aliás, a liberdade de reunião é daquelas que podemos denominar de liberdade-condição, porque sendo um direito em si, constitui também uma condição para o exercício de outras liberdades: manifestação de pensamento, de expressão de convicção filosófica, religiosa, científica, política, e de locomoção (liberdade de ir e vir) (SILVA, 2011, p. 265).

O pensamento supramencionado e colocado em questão pode sofrer influência do meio externo, da própria sociedade, o artigo 5º da Constituição Federal de 88 também tem seu caráter de deixar todos no mesmo patamar, não elencando influência da sociedade para os questionamentos individuais do homem. Relata Samantha Ribeiro Meyer-Pflug (2009):

O pensamento pode sofrer a influência do ambiente externo, da sociedade, principalmente dos meios de comunicação, mas incumbe somente ao homem escolher e decidir quais são as ideias que vai ou não adotar. A liberdade de pensamento atinge uma esfera maior do que o simples direito de escolher as ideias que preferir, qual seja, o homem necessita expor as suas opiniões, buscar convencer os outros acerca de suas ideias, discuti-las com os demais integrantes da sociedade. Ele precisa expressar, exteriorizar essas ideias e pensamentos. Ademais o pensamento, como dito, sofre constantemente as influências de fatores externos, como as condições sociais, culturais (MEYER-PFLUG, 2009, p. 68-69).

A importância dos direitos e garantias individuais está coligada ao artigo 5º inciso IV da CF/88, é necessária a proteção do Estado para assegurar a liberdade de expressão, destaca Samantha Ribeiro Meyer-Pflug (2009):

No entanto, verifica-se que para o homem poder livremente manifestar suas ideias e opiniões é necessária a proteção do Estado, no sentido de garantir o exercício desse direito individual e também de regular os meios para que essa transmissão de ideias e opiniões possa ocorrer de maneira eficaz. A manifestação do pensamento do pensamento se dá nas mais variadas formas, uma vez que são múltiplos os meios em que ela pode ocorrer quais sejam: escrito, falado, eletrônico, impresso e televisivo (MEYER-PFLUG, 2009, p. 70).

No tocante a liberdade é importante frisar que o Estado se manterá neutro para que a liberdade de se expressar ocorra sem obstáculos, em um segundo momento essa liberdade exige que ideias e opiniões sejam respeitadas, sem que o sujeito sofra nenhum tipo de restrição ou retaliação (MEYER-PFLUG, 2009).

Num primeiro momento aspecto a liberdade de expressão de pensamento consiste no fato de que o Estado não levará em consideração o teor dessa opinião, na exata medida em que se manterá neutro quanto ao seu conteúdo para que ela possa ocorrer livremente. Pode-se afirmar que o Estado assume uma posição de neutralidade em face desse direito. Num segundo momento, verifica-se que a liberdade de pensamento acaba por exigir que a ideia ou opinião seja respeitada pelos demais e que não venha o sujeito a sofrer nenhuma restrição ou até mesmo retaliação em virtude de sua emissão. Nesse sentido o indivíduo pode vir a exigir do Estado que leve em consideração a sua ideia ou opinião para realização de determinadas tarefas, ou até mesmo, para eximi-lo de uma obrigação (MEYER-PFLUG, 2009, p. 71).

O homem, como objeto racional da natureza, tende a desenvolver seu raciocínio próprio que pode se diferir do senso comum e do senso crítico de outros homens. Deste modo, para assegurar o direito de opiniões divergentes à liberdade de expressão, não pode se dar de forma absoluta conforme entendimento doutrinário de Samantha Ribeiro Meyer-Pflug (2009):

De outra parte há que se levar em consideração que os homens, na maioria das vezes, possuem opiniões divergentes um dos outros, para não dizer opostas. Tem-se, pois assim que o exercício dessa liberdade de expressão do pensamento não pode dar-se de forma absoluta, do contrário umas das partes sairá prejudicada e, por consequência, o direito à liberdade de pensamento estará sendo negado em sua essência (MEYER-PFLUG, 2009, p. 72).

Nesse contexto a liberdade de expressão será tratada como garantia individual, com o Estado regulando e interferindo na liberdade de expressão nos casos previstos na Constituição (MEYER-PFLUG, 2009).

A liberdade de expressão é tratada como aqui como uma garantia de autonomia individual, existindo por parte da sociedade grande resistência na aceitação da atuação do Estado nesse campo que deveria, a princípio, não restringir ou regular seu exercício, salvo nos casos autorizados na Constituição (MEYER-PFLUG, 2009, p. 73).

Mesmo com o direito individual assegurado pelo Estado não é obstante somente regular e interferir nos casos da constituição, é necessário que o Estado dê meios para o cidadão participar da liberdade de expressão, da vida política do debate democrático da sociedade (MEYER-PFLUG, 2009).

Em seu aspecto positivo a proteção à liberdade de expressão exige uma atuação positiva do ente estatal, ou seja, não basta que não se imponham limites ao exercício destas atividades, é necessário que se propicie as condições para que elas possam ocorrer, fomentando o debate público plural. Trata-se aqui de um direito à expressão, ou seja direito a ter acesso aos meios de expressão (MEYER-PFLUG, 2009, p. 75).

A liberdade de expressão cedida pelo Estado e este dando possibilidade e acesso ao cidadão para participar do debate público e democrático vai gerar duas dimensões: a civil e política; como explana Samantha Ribeiro Meyer-Pflug (2009):

Civil na medida em que assegura a cada individuo o direito de livremente expressar suas ideias, opiniões, sensações e sentimentos. Já o aspecto político consiste no direito de expor ideias e opiniões que contrariem o governo, o Poder Público, sem sofrer coações. É uma forma de participação na vida pública, ou melhor, de se fazer ouvir pelo Poder Público (MEYER-PFLUG, 2009, p.78).

Nessa esfera de participação da população como um todo, há de que se falar na possibilidade de opinião de minorias, proporcionando as minorias o direito de igualdade na opinião e na pluralidade de ideias. Neste sentido, Samantha Ribeiro Meyer-Pflug (2009) afirma:

Nesse particular, a liberdade de expressão pode ser concebida como um direito fundamental de defesa na medida em que ela protege a manifestação de pensamento das minorias. Nesse diapasão, ela contribui, sobremaneira, para a busca da verdade, pois ao proteger a manifestação da maioria e minoria, seja ela política social, econômica étnica ou religiosa, torna-se possível a obtenção de uma decisão política mais consistente. Assegura-se pluralidade de ideias e opiniões e, conseqüentemente, a autodeterminação da sociedade, pois deve se ter em mente: “A liberdade de expressão não é um meio é um fim” (MEYER-PFLUG, 2009, p. 78).

Toda essa liberdade assegurada constitucionalmente é regulada e interferida no momento em que o cidadão usufrui de sua liberdade de expressão para emitir opiniões que geram agressões ou ferem gratuitamente os direitos personalíssimos de outrem, conforme lição de Edilson Farias (2004):

O marco da liberdade de expressão diz a respeito às exigências de continência e pertinência na apresentação das ideias, a fim de que as opiniões não desbordem para a agressão gratuita aos direitos personalíssimos, tais como honra, a intimidade, a vida privada e a imagem. Nesse sentido, ocorre exercício abusivo da liberdade em epigrafe quando se constata desrespeito à regra da proporcionalidade: está exigida a exclusão de frases formalmente injuriosas; ou seja, as manifestações subjetivas, contendo epítetos pejorativos contra pessoas e desnecessários para a essência do pensamento de quem os formulou, não se encontram tuteladas pelo âmbito de proteção da liberdade de expressão (FARIAS, 2004, p. 81).

Destarte que mesmo o Estado assegurando o direito de liberdade de expressão este não pode ser absoluto como supramencionado, há que se ter um equilíbrio para não ocorrência de abusos e sucessivamente a queda do Estado, aonde direitos mínimos como os personalíssimos não são garantidos (MEYER-PFLUG, 2009).

O estado liberal protege a liberdade de expressão dos indivíduos como um dos seus fundamentos. No entanto, é necessário impor restrições ao seu exercício, pois do contrário ela pode representar a queda desse Estado, se for exercida de forma absoluta e irrestrita. De um lado se garante a liberdade de expressão como fortalecimento do Estado, e de outro normas que punem abusos no seu exercício (MEYER-PFLUG, 2009, p. 83).

Nesta hipótese o indivíduo deve ser regulado pelo Estado, regulando conforme previsto na constituição a liberdade de expressão, instituindo limites expressos (MEYER-PFLUG, 2009).

### 2.3 O PODER DO ESTADO DE LIMITAR A MANIFESTAÇÃO DE PENSAMENTO

O Estado tem o poder de limitar a expressão quando esta liberdade por sua vez ultrapassa limites individuais protegidos pelo ordenamento jurídico, como ensina Samantha Ribeiro Meyer-Pflug:

A garantia da liberdade de expressão pressupõe um sistema estruturado e organizado da liberdade em harmonia com os demais valores protegidos pelo ordenamento jurídico. A proteção à liberdade de expressão não é absoluta, pois isso implicaria violação de outros direitos igualmente assegurados pelo sistema constitucional. Ademais se interpretar um direito fundamental deve-se buscar sempre a interpretação que confira maior eficácia a eles (MEYER-PFLUG, 2009, p. 82-83).

Os limites da liberdade devem sempre ser interpretados de forma restritiva, ou seja, aquilo que limita algo, neste caso a liberdade de expressão, os limites constam no próprio texto Constitucional, tendo repercussão na legislação infraconstitucional, como destaca Samantha Ribeiro Meyer-Pflug:

A expressão de ideias sofre algumas restrições, pois há de respeitar outros valores albergados pela ordem constitucional vigente, alguns deles constam do próprio Texto Constitucional com repercussão na legislação infraconstitucional. Os limites à liberdade de expressão devem sempre ser interpretados de maneira restritiva (MEYER-PFLUG, 2009, p. 83).

O texto constitucional traz consigo os limites que devem ser interpretados de forma restritiva, neste norte:

O próprio texto Constitucional de 1988 traz restrições expressas à liberdade de expressão, que são: a vedação do anonimato, a proteção à imagem, à honra, à intimidade e à privacidade, bem como o direito de resposta no caso de abuso do direito de expressar do indivíduo (MEYER-PFLUG, 2009, p. 83).

De acordo com Samanta Ribeiro Meyer-Pflug (2009), não basta o indivíduo achar que outrem está violando sua liberdade individual, as alegações devem ser fundamentadas, previstas em lei, obedecendo ao princípio da proporcionalidade sendo a finalidade legítima, conforme texto abaixo:

A legislação infraconstitucional também regulamenta os limites ao exercício da liberdade de expressão. Todavia, essas restrições devem ser sempre fundamentadas, ou seja, devem respeitar certos requisitos, como o de estarem expressamente previstas em lei, obedecerem o princípio da proporcionalidade e a finalidade visada tem que ser legítima (MEYER-PFLUG, 2009, p. 84).

O pensamento, ideia, a expressão em geral, devem ter um autor ou autores, reconhecidos/identificados, no âmbito de sua expressão, não lhe convém o anonimato, este que por sua vez é vedado, com fulcro no artigo 5º, XV da CF/88 (MEYER-PFLUG, 2009). Destarte o ensinamento abaixo sobre vedação ao anonimato:

A proibição do anonimato tem como intuito precípuo evitar que violações à honra e à imagem das pessoas ocorram de forma inconsequente, é de dizer, sem que se possa identificar o responsável por essas ofensas e, por conseguinte, responsabilizá-lo (MEYER-PFLUG, 2009, p. 84).

A vedação ao anonimato já foi pauta do STF, onde este mesmo já deu seu entendimento sobre a importância da identificação da expressão, conforme descrição por Samanta Ribeiro Meyer-Pflug (2009):

O STF já fixou entendimento no sentido: “Quem manifesta o seu pensamento através da imprensa escrita ou falada, deve começar pela sua identificação. Se não o faz, a responsável por ele é a direção da empresa que o publicou ou transmitiu” (MELLO, 2002 *apud* MEYER-PFLUG, 2009, p. 85).

O indivíduo que ainda assim se identifica na emissão de opinião/expressão pode causar dano a outrem, que por sua vez tem o direito de resposta e indenização por danos morais, constituindo outra medida que restringe a liberdade de expressão, ou seja, a liberdade de omitir opiniões de um indivíduo pode afetar terceiros (MEYER-PFLUG, 2009).

É assegurado o direito de resposta em todas as modalidades sob as quais o processo de difusão de ideias e opiniões possa ocorrer.[...]O direito de resposta é um direito autônomo que não se confunde com a garantia de indenização por dano material, moral ou à imagem a que faz jus o ofendido no caso de violação de seus direitos. É um direito de personalidade, que se constitui em veículo de defesa da imagem, da honra, da intimidade e da privacidade do indivíduo. Todavia, o direito de resposta não tem o condão de isentar o responsável das consequências advindas do direito penal, quais sejam, o processo por calúnia, difamação ou injúria (MEYER-PFLUG, 2009, p. 85-86).

O dano referido pode se encaixar em outra restrição de liberdade de expressão, o direito à imagem, à honra, à intimidade e a privacidade. Samantha Ribeiro Meyer-Pflug (2009), simplifica os conceitos explicativos, que tem proteção do art. 5º, X, da CF/88, “[...] são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, 1988).

No que tange a imagem:

A imagem diz a respeito aos atributos externos de uma pessoa, seja ela física ou jurídica, são traços característicos que são transmitidos à sociedade. Nesse particular, engloba a imagem física do indivíduo seu corpo, seu gestual, bem como suas expressões. Veda-se o uso indevido, sem autorização de fotografias, filmes e gravuras do agente (MEYER-PFLUG, 2009, p. 87).

Descrição no que concerne à honra:

A honra é protegida pela Constituição e envolve tanto pessoas físicas como jurídicas. Está diretamente relacionada à dignidade da pessoa, à sua reputação e constitui-se em um dos limites de maior importância à liberdade de expressão (MEYER-PFLUG, 2009, p. 87).

Descrição de Intimidade e privacidade:

A intimidade pode ser lesionada quando essa é exposta, quando é revelado um segredo, ou quando se trata de uma calúnia, injúria ou difamação. A intimidade atinge as relações de caráter íntimo, familiar e pessoal, aquela que se dá entre amigos e familiares. Em caso de violação à intimidade há que se verificar qual o interesse público existente na divulgação de uma informação relativa a essa intimidade. Já a vida privada é um conceito mais amplo que diz a respeito aos relacionamentos da pessoa, sejam eles de natureza comercial ou profissional (MEYER-PFLUG, 2009, p. 87-88).

O legislador foi cuidadoso ao colocar limites a liberdade de expressão, não lhe deixando um direito absoluto, podendo abrir brechas para ferir terceiros ou

até mesmo grupos maiores de indivíduos, sendo um direito para o bem estar social (SILVA, 2011).

Tudo isso constitui modos de restrições das liberdades, que, no entanto, esbarra no principio de que é a liberdade, o direito, que deve prevalecer, não podendo ser extirpado por via da atuação do Poder Legislativo nem do poder de polícia. Este é, sem dúvida, um sistema importante de limitação de direitos individuais, mas só tem cabimento na extensão requerida pelo bem estar social. Fora daí é arbítrio (SILVA, 2011, p. 269).

Os limites da liberdade de expressão não podem ser vistos como forma de repressão, pois é através dela que se busca a discussão de ideias sobre os direitos que se moldam com o tempo, como por exemplo, os movimentos sociais, que muitas vezes buscam somente a discussão de uma ideia.

### 3 MACONHA: PROIBICIONISMO, MOVIMENTOS SOCIAIS E APOLOGIA

Este segundo momento do trabalho monográfico é a espinha dorsal, neste momento se faz uma ligação com o primeiro capítulo e se prepara para a entrada no debate do terceiro capítulo. Este capítulo faz uma breve introdução do conceito de drogas no Brasil e seu proibicionismo o qual ensejou neste contexto proibicionista o movimento social Marcha da Maconha que tem como base documentos internacionais que remetem ao primeiro capítulo da liberdade de expressão, bem como este movimento proporcionou no Brasil discussões sobre seu conteúdo e se constituía crime de apologia ou não.

#### 3.1 BREVE HISTÓRICO DA MACONHA NO BRASIL

Segundo Carlini (2006, p. 315), a chegada da maconha ao Brasil data do período da própria invasão do país. As embarcações portuguesas já traziam em sua estrutura velas e cordames de fibra de cânhamo, outro nome para a planta. A partir de 1549 teria sido feita a introdução da planta em si no país, trazida por escravos africanos, que escondiam as sementes do cânhamo em seus pertences e roupas. O uso não-médico se estendeu pelos anos seguintes, principalmente por parte da população escrava, índios, e pelos socioeconomicamente menos favorecidos. Relatos mostram que havia incentivo por parte da Coroa para o cultivo da maconha no Brasil, no século XVIII:

"aos 4 de agosto de 1785 o Vice-Rei (...) enviava carta ao Capitão General e Governador da Capitania de São Paulo (...) recomendando o plantio de cânhamo por ser de interesse da Metrópole (...) remetia a porto de Santos (...) 'dezesseis sacas com 39 alqueires' de sementes de maconha..." (FONSECA, 1980 apud CARLINI, 2006, p. 315).

Após a chegada de notícias dos efeitos maléficos da maconha, a partir da segunda metade do século XIX, a situação começou a se modificar. Porém, o uso medicinal da planta ganhou força, sendo aceito pela classe médica. Comercializada em forma de cigarrilhas, seu uso era indicado para asma, bronquite e insônia, dentre outros males; até mesmo para crianças, tendo suas propriedades terapêuticas em destaque (CARLINI, 2006, p. 315).

As primeiras ações contra a maconha ocorreram nos Estados Unidos, por volta de 1920, quando foi aplicada no país a Lei Seca. Partindo de ideias pregadas pela predominante Igreja Protestante, tal lei proibiu a fabricação, comércio, transporte, importação, e exportação de bebidas alcoólicas, juntamente com qualquer substância (maconha, ópio, e até mesmo açúcar refinado) que pudesse gerar controvérsias aos discursos religiosos da época. Assim, a maioria dos usuários na época em questão, negros e latinos, além de já serem marginalizados socialmente, teriam contra si leis que permitiriam seu encarceramento (LANÇAS, 2013, p. 25-26).

De acordo com Lanças (2013, p. 27), “[...] a ideia central acerca dos motivos da proibição gira em torno da conveniência em suprimir os direitos de uma população já marginalizada”.

Após o fracasso da Lei Seca nos Estados Unidos, em 1933, houve o ponto de separação das categorias do álcool e da maconha. Enquanto o álcool voltou a ser legalizado, a maconha continuou ilegal e foi vastamente criminalizada. Com reportagens que traziam relatos e evidências fictícias, o responsável pelo escritório federal de narcóticos conseguiu a proibição da maconha, em 1937. Essa campanha contra a maconha, envolvendo política e mídia, dá surgimento ao proibicionismo (LANÇAS, 2013, p. 27-29).

Segundo Fiore (2012 apud Lanças, 2013, p. 29), o discurso proibicionista parte de dois argumentos fundamentais: “[...] o consumo de drogas é uma prática prescindível e danosa, o que justifica sua proibição pelo Estado” e “a atuação ideal do Estado para combater as drogas é criminalizar sua circulação e seu consumo”.

O proibicionismo, “iniciado/conhecido” nos Estados Unidos, logo se espalhou pelo mundo todo, chegando ao Brasil na década de 1930. A repressão ao uso da maconha, mesmo que ainda citada nos meios médico e farmacêutico, foi consequência da participação do delegado brasileiro na II Conferência Internacional do Ópio, realizada em Genebra, em 1924. As questões discutidas em tal Conferência giravam apenas em torno do ópio e da coca, porém o delegado brasileiro, Dr. Pernambuco, decidiu incluir a maconha na discussão, afirmando que a planta era “mais perigosa que o ópio”. Com essa declaração, o delegado conseguiu com que fosse proibida a venda da maconha. Nos anos que se seguiram, foram realizadas diversas prisões de comerciantes clandestinos (CARLINI, 2006, p. 316).

Esta postura repressiva permaneceu durante décadas no Brasil, tendo para isso o apoio da Convenção Única de Entorpecentes, da Organização das Nações Unidas (ONU), de 1961, da qual o Brasil é signatário. Como sabemos, essa convenção ainda considera a maconha uma droga extremamente prejudicial à saúde e à coletividade, comparando-a à heroína e colocando-a em duas listas condenatórias (CARLINI, 2006, p. 316).

Com a promulgação do Decreto-Lei nº 891, em 25 de novembro de 1938, ficou totalmente proibido o plantio, a cultura, a colheita e a exploração por particulares, em todo território brasileiro.

### 3.2 MARCHA DA MACONHA

A Marcha da Maconha surgiu no contexto do proibicionismo, em meados dos anos 90, de acordo com Paulino e Pinto (2013, p. 165), acumulando novas cidades-sede pelo mundo todo a cada ano que passa.

De acordo com Lanças (2013), no Brasil, as manifestações iniciaram no Rio de Janeiro, em 2002, com o nome de Million Marijuana March – mudando o nome para Marcha da Maconha apenas em 2007, e “[...] desde então têm aumentado, tanto no número de participantes quanto no impacto na esfera pública” (LANÇAS, 2013, p. 39).

No início dos anos 2000, quando foram encontradas as primeiras marchas em território brasileiro, vivíamos um regime mais ou menos estável e democrático, que apesar do ranço autoritário, dava sinais de abertura e de respeito à autonomia de seus cidadãos. Isso é o que pode ter motivado a manifestação desse e de tantos outros movimentos que seriam certamente reprimidos em tempos anteriores (LANÇAS, 2013, p. 80).

As Marchas consistem na ocupação pacífica de ruas, com o intuito de colocar em questionamento uma política que consideram ineficiente e injusta; e usam como base para o movimento o artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos:

Seus ativistas pró-legalização se amparam na liberdade de manifestação e de expressão [...] em discursos sociais, políticos, econômicos e culturais, tendo como principais pilares os valores medicinais e econômicos da maconha, além do fim do tráfico e corrupção, liberdade individual e direito à comunicação (PAULINO; PINTO, 2013, p. 165).

Algumas características do movimento podem ser observadas através de sua apresentação nos meios eletrônicos e também em “campo”: a descentralidade; a concepção de horizontalidade, demonstrada na inexistência de liderança; e a existência de uma rede de relacionamentos, que torna possível a realização do movimento, tanto na organização quanto divulgação (LANÇAS, 2013, p. 42).

Os movimentos sociais podem ser caracterizados por três itens, segundo Scherer-Warren (2012 *apud* Lanças, 2013, p. 47): “[...] a solidariedade, a manifestação de um conflito, e a ação empauta exceder os limites de compatibilidade do sistema”. Lanças (2013) afirma que essas características são facilmente observadas no caso da Marcha da Maconha:

Uma solidariedade prévia baseada no consumo da substância em questão, a manifestação do conflito em torno da ilegalidade (inicialmente do consumo e posteriormente dos protestos, no caso dos usuários politicamente engajados que protestam anualmente) e ação que procura romper com o modelo atual de política em relação às drogas (LANÇAS, 2013, p. 47).

A Marcha da Maconha pode então ser ligada a ideia de “rede”, unindo indivíduos e permitindo a circulação de ideias ao redor do Brasil e de todo o mundo. Nesse contexto, dois aspectos se destacam na definição do movimento: “a ideia de um todo maior que a soma de suas partes e a construção da solidariedade entre estranhos” (LANÇAS, 2013, p.47-48).

A solidariedade é fruto de um contexto proibicionista onde a ação policial e a ilegalidade do produto influenciam no trato do mesmo por seus usuários; essa solidariedade entre pessoas desconhecidas torna viável a convivência necessária para a articulação de um movimento social coeso, embora pulverizado nacionalmente (LANÇAS, 2013, p. 49).

De acordo com Lanças (2013, p. 54), a ideia anti-proibicionista une indivíduos de todo o Brasil e do mundo, com o principal objetivo de trazer a questão das drogas para o âmbito público e questionar a política atual. O blog “Marcha da Maconha”, um dos principais meios de divulgação do movimento, traz os objetivos da iniciativa:

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 transparente, justas, eficazes e pragmáticas, respeitando a cidadania e os Direitos Humanos. (texto disponível em <http://marchadamaconha.org/> acessado em outubro de 2012) (LANÇAS, 2013, p. 54-55).

O movimento da Marcha da Maconha apresenta bastante variedade e diversidade, promovendo diversas ações como festas, eventos de caridade, participação em fóruns, entre outros, que vão muito além de seus protestos anuais, apesar de serem estes os que lhe dão maior destaque. Lanças (2013, p. 57), afirma que “[...] se trata de um movimento contestatório complexo, bastante diversificado e ainda bastante pulverizado pelo território nacional, como êxitos e fracassos que variam muito de acordo com cada localidade”.

Foi no ano de 2008 que o movimento ganhou destaque, devido à proibição de sua realização nas cidades de Belo Horizonte, Brasília, Cuiabá, Curitiba, Fortaleza, João Pessoa, Recife, Rio de Janeiro, Salvador e São Paulo; decisão justificada pelo considerado indício de apologia às drogas (PAULINO; PINTO, 2013, p. 168).

A proibição das manifestações dá início à discussão sobre os direitos fundamentais de liberdade de expressão e de reunião (PINTO, 2013, p. 24). É importante ressaltar, neste ponto, que aos Direitos Fundamentais são garantidos pela Constituição Federal um caráter imutável perante outros dispositivos legais do sistema jurídico brasileiro, tornando imodificáveis os direitos e garantias individuais (PINTO, 2013, p.24).

A Constituição Federal de 1988 afirma ser “livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato” (Artigo 5, inciso IV), o que garante aos cidadãos o direito de manifestar seus pensamentos e torná-los públicos, desde que assumam a responsabilidade pelo que é dito (PAULINO; PINTO, 2013, p. 169).

Além disso, a Constituição Federal também traz que “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. (Artigo XVI)” (PAULINO; PINTO, 2013, p. 169).

O posicionamento do Supremo Tribunal Federal deixa clara a garantia destes direitos, de acordo com Pinto (2013):

O ministro Celso de Melo, relator da ADPF 187, que tratou sobre a legalidade das Marchas da Maconha, chegou a declarar em seu voto sobre o mérito em questão que, tanto a liberdade de expressão quanto a liberdade de reunião, seriam “duas das mais importantes liberdades públicas [...] que as declarações constitucionais de direitos e as convenções internacionais [...] têm consagrado no curso de um longo processo de desenvolvimento e de afirmação histórica dos direitos fundamentais titularizados pela pessoa humana” (PINTO, 2013, p. 26).

Daniel Nicory do Prado (2008 apud Pinto, 2013, p. 29), afirma que o fato de as leis serem escritas por um grupo de pessoas e interpretadas por outros, geralmente advogados, juízes e outros operadores do direito; leva a um problema de múltiplas interpretações na leitura jurídica.

Muitas situações polêmicas surgem como consequência destas diversas interpretações por parte do Poder Judiciário, como nos casos onde as manifestações da Marcha da Maconha foram fortemente reprimidas pela polícia local (PAULINO; PINTO, 2013, p. 165).

Até o ano de 2011, as manifestações do movimento “ocorriam no limiar da legalidade, o que permitiu com que fossem interpretadas como desobediência civil” (LANÇAS, 2013, p. 84).

Os argumentos utilizados para proibição da realização das Marchas se opõem aos Direitos Fundamentais e ao princípio da proporcionalidade, o que leva a uma série de diferentes decisões judiciais a respeito do movimento (PAULINO; PINTO, 2013, p. 171).

### 3.3 DELITO DE APOLOGIA DE CRIME OU CRIMINOSO

De acordo com Rodrigues (2001, p. 78), a história do crime surge juntamente com a própria humanidade. Desde que o homem integra uma sociedade, seja ela primitiva, ações negativas ou danosas ao equilíbrio dessa coletividade são objetos de punição pelos demais membros.

Com os primeiros estudos jurídicos relativos ao regramento social, no direito romano, tem-se a associação de “[...] atos maus” (RODRIGUES, 2001, p. 78) com os danos que tais atos causavam e com a ideia de reparação destes danos, a fim de restabelecer o equilíbrio original da sociedade em questão (RODRIGUES, 2001, p. 78).

Desta forma, a ação que infringe as regras sociais, causando dano ao equilíbrio que se busca preservar, passou de estágio a estágio, recebendo uma denominação adequada, chegando a atualidade como delito, crime, e contravenção (RODRIGUES, 2001, p. 79).

Francesco Carrara (1956 *apud* Rodrigues, 2001, p. 79) conceitua crime como “[...] a infração da lei do Estado, promulgada para proteger a segurança dos cidadãos, resultante de um ato externo do homem, positivo ou negativo, moralmente imputável e politicamente danoso”.

Atualmente, são apresentados pela doutrina quatro sistemas de conceituação do crime: os que consideram o crime sob seu aspecto formal, apenas, ou seu aspecto material, ou formal e material, e, finalmente, o que leva em conta o seu tríplice aspecto – formal, material e sintomático (RODRIGUES, 2001, p. 79).

Rodrigues (2001, p. 79) explica que no sistema formal encontra-se o “crime conceituado, apenas, em função da lei, sendo, por isso, um fato típico – porque descrito na lei, e, antijurídico, porque representa a violação dela, que o pune”.

Já no sistema material, “procura-se saber o que determina a conduta humana danosa ao meio social, levando o legislador a tipificá-la como crime e a puni-la com uma sanção” (RODRIGUES, 2001, p. 79).

O sistema misto, que une formal e material, tem seu conceito explanado anteriormente por Carrara, e “não dispensa tipificação, na descrição da conduta humana danosa ao meio social, moralmente imputável ao seu autor, e a antijuricidade, na contrariedade da lei, que descreve o fato como criminoso”, na lei que provém do Estado (RODRIGUES, 2001, p. 80).

O quarto sistema une o formal e o material ao fator personalidade do agente (RODRIGUES, 2001, p. 80):

Conceitua o crime como um fato humano, tipificando como crime pela norma jurídica, que o pune como uma sanção penal, porque lesivo ou perigoso para os bens ou interesses tutelados, sendo ‘expressão reprovável da personalidade do agente’(RODRIGUES, 2001, p. 80).

Hungria (1958 *apud* Rodrigues 2001, p. 80) também discorre acerca do conceito de crime:

Ele é o ilícito penal, seja, o fato humano típico, contrário ao direito porque corresponde ao que abstratamente descreveu a lei (antijurídico), imputável (a título de dolo ou culpa) ao autor da ação ou omissão, punido com uma sanção, pela lei penal. [...] Não há crime sem uma vontade objetivada, seja, os pensamentos ou desejos, que não se efetivam objetivamente, não interessam ao direito penal. Só se transgride a lei penal com um *facere* ou *non facere*, vale dizer, com uma ação (*facere*) ou omissão (*non facere*), isto é, quando se pratica uma ação que a lei proíbe ou omissão, que resulta em não fazer o que ela determina (*non facere*). De igual modo, não há falar-se sem crime sem o resultado lesivo aos bens ou interesses tutelados (RODRIGUES, 2001, p. 80).

Após estas afirmações sobre a conceituação de crime, cumpre destacar que no Brasil, o Código Penal de 1940 foi o primeiro a prever o crime de apologia de crime ou criminoso de forma autônoma, separadamente da incitação. É importante destacar que a apologia não deixa de ser também incitação, diferenciando-se desta apenas por ser feita de forma indireta (PRADO, 2013, p. 257).

O artigo 287 do Código Penal, que pune o delito de apologia de crime ou criminoso, prevê: “Art 287 – Fazer, publicamente, apologia de fato criminoso ou de autor de crime: Pena- detenção, de 3 (três) a 6 (seis) meses, ou multa” (BRASIL, 1940).

A apologia de crime ou criminoso é delito de perigo abstrato, já que a punição é feita, de forma absoluta, pelo legislador. É também um crime vago, pois tem como sujeito passivo a coletividade, uma entidade destituída de personalidade jurídica. É ainda instantâneo, tendo consumação em determinado instante, sem continuidade temporal; e também é delito simples, tendo em vista que ofende apenas um bem jurídico, a paz pública (JESUS, 2013).

De acordo com Prado (2013, p. 258), a conduta típica prevista no artigo 287 é fazer apologia, que consiste em elogiar, exaltar, enaltecer, aprovar, defender, justificar; publicamente, de fato criminoso ou de autor de crime. No caso do artigo 287 do Código Penal, o elogio é referido a um fato criminoso, que deve ser tipificado como crime pela lei e, além disso, ser concreto.

O sujeito ativo do delito é então composto por qualquer pessoa que pratique tal conduta típica (PRADO, 2013, p. 258).

Já o sujeito passivo trata-se da coletividade, que pode ter sua segurança abalada pela prática do delito. Cezar Roberto Bitencourt (2010 *apud* Sudati, 2012, p. 52) alega que, secundariamente, o próprio Estado é sujeito passivo, que “tem a obrigação de garantir a segurança e o bem estar de todos os cidadãos”.

A apologia deve ser feita a um fato definido como crime, não configurando o delito o elogio de fato contravencional nem o elogio de fato imoral. A apologia de fato criminoso culposo também não constitui o delito, pois a ideia de que a paz pública, objeto jurídico deste delito, seja ameaçada pela exaltação de crime decorrente de culpa, é inaceitável. A apologia pode também ser feita ao autor de crime, e neste caso é requerido que o elogio feito seja relacionado à conduta criminosa, e não sobre as características morais e intelectuais do autor de crime (JESUS, 2013).

Contieri (*apud* Prado, 2013, p. 258), afirma que “fazer apologia equivale a exprimir um juízo positivo de valor em relação a um comportamento que a lei prevê como crime”.

Apenas a glorificação e exaltação de fato criminoso ou de seu autor são apenados, não sendo considerado delito, por exemplo, quando um indivíduo acredita que a decisão condenatória determinada tenha sido severa demais, pois isso restringiria o direito à liberdade de pensamento e/ou o direito à manifestação de opinião (PRADO, 2013, p. 258).

A apologia de crime ou criminoso ainda requer a percepção por um número indefinido de pessoas e, assim como a incitação ao crime, pode ocorrer por meio escritos, por gestos, ou palavras (PRADO, 2013, p. 259).

Sudati (2012, p. 53) afirma que o crime referido no artigo 287 do Código Penal pode se tratar de um episódio já concluído, ou ainda, de um evento futuro. Já a expressão “fato criminoso” deve obrigatoriamente se referir a um fato concreto, já ocorrido, sendo que “a apologia de um crime futuro, em abstrato, pode constituir, conforme o caso, o delito de incitação ao crime” (MIRABETE E FABBRINI, 2011 *apud* SUDATI, 2012, p. 53).

O tipo subjetivo é composto pelo dolo, ou seja, a consciência e vontade de fazer publicamente, apologia de fato criminoso ou de autor de crime a um número indeterminado de pessoas. O autor deve estar ciente da publicidade, mas não precisa necessariamente ter ciência de que os fatos a que está fazendo apologia estejam previstos em lei como delitos (PRADO, 2013, p. 259).

A consumação ocorre quando a apologia é perceptível por um número indeterminado de pessoas, havendo também punição aos atos preparatórios. Porém, a perturbação da paz não precisa ocorrer de fato. Apenas as possibilidades de que ocorra já são suficientes para caracterizar o delito, como no caso de

distribuição de folhetos apologéticos ou fixação de cartazes exaltando criminosos onde o autor é detido (PRADO, 2013).

Não é necessário também que haja a repetição do delito ao qual existe a apologia, porém, se houver, ocorre o concurso de delitos, e é preciso que o nexo da causalidade entre tais delitos esteja devidamente comprovado (PRADO, 2013).

A tentativa é possível quando o agente dá início à prática do delito e, por fatores alheios à sua vontade, é impedido de consumá-lo (Sudati, 2012, p. 54).

Com efeito, se, por atos idôneos a pessoa faz apologia de um crime, porém não é ouvida por outrem, pode configurar-se a tentativa. Assim, se o agente está para distribuir folhetos apologéticos e é detido; se o orador em praça pública, falando pelo microfone, não é ouvido, dado o desarranjo do aparelho; se o apologista está para fixar cartazes com a exaltação do criminoso e é preso. Cremos que, nesses e noutros casos, houve tentativa de apologia de crime ou criminoso. Todos os elementos do tipo estavam presentes, faltando apenas a *publicidade*, isto é, a audiência ou ciência de outrem, para consumir-se o crime. Houve, pois, tentativa. (NORONHA, 2003 *apud* SUDATI, 2012, p. 54-55)

Por outro lado, há quem afirme que a tentativa seria de difícil configuração:

Embora seja, teoricamente, admitida pela doutrina a tentativa de apologia a crime ou criminoso, mostra-se de difícil configuração e de indemonstrável realização, na medida em que se estaria aceitando *tentativa de meros atos preparatórios*, ou uma espécie de “tentativa de tentativa”, que é dogmaticamente inconcebível (BITENCOURT, 2010 *apud* SUDATI, 2012, p.55).

Quanto à pena e às ações penais, Prado (2013, p. 260) elucida:

A pena cominada é de detenção, de três a seis meses, ou multa (art. 287). A competência para processo e julgamento desse delito é reservada aos Juizados Especiais Criminais (art. 61, Lei 9.099/1995). Admite-se a suspensão condicional do processo (art. 89, Lei 9.099/1995). A ação penal é pública incondicionada (PRADO, 2013, p. 260).

Tem-se ainda legislações dispersas que prevêm o delito de apologia de fato criminoso ou de autor de crime e em que incidem lei especial, são estas: a Lei de Imprensa (art. 19, §2.º, Lei 5.250/1967), quando a apologia é feita através de imprensa; e a Lei de Segurança Nacional (art. 22 da Lei 7.170, de 14 de dezembro

de 1983), quando os delitos se referem à segurança nacional, ou à ordem política e social (PRADO, 2013, p. 259-260).

Discorrida a etapa de análise legislativa, será verificado no próximo capítulo o caso concreto de encontro de uma argüição de descumprimento de preceito fundamental, o crime de apologia a crime, e a liberdade de expressão.

## 4 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

Com relação ao segundo capítulo ser a espinha dorsal e por em discussão ideias como: a liberdade de expressão, apologia, posicionamento dos Tribunais de Justiça sobre o movimento social Marcha da Maconha, neste momento buscamos a elucidação da ação que pôs fim na discussão sobre as marchas da maconha, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, portanto este capítulo busca elucidar a ação e a polemica da ADPF 187.

### 4.1 ASPECTOS ELEMENTARES DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF)

A palavra “arguição” tem como seu significado na linguagem comum exame, pergunta ou questão, foi utilizado pela constituição de 1988, não somente no art. 102, §1º, mas também no art. 52, III e IV (MANDELLI JUNIOR, 2003, p. 101).

O art. 52 da Constituição Federal relaciona as competências privativas do Senado Federal e no inc. III determina ser dever dessa Casa Legislativa:

Aprovar previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de: a) magistrados, nos casos estabelecidos nesta Constituição; b) Ministros do Tribunal de Contas da União indicados pelo Presidente da República; c) Governador de Território; d) Presidente e diretores do banco central; e) Procurador-Geral da República; e f) titulares de outros cargos que a lei determinar(MANDELLI JUNIOR, 2003, p. 101-102).

Também no inc. IV consta “[...] aprovar previamente, por voto secreto, após arguição em sessão secreta, a escolha de chefes de missão diplomática de caráter permanente” (MANDELLI JUNIOR, 2003, p. 102).

No art. 52 da Constituição Federal é possível observar que a expressão “arguição” foi utilizada no artigo com o significado de “perguntas a serem realizadas à pessoa indicada sobre matérias pertinentes à função que será exercida pela mesma” (MANDELLI JUNIOR, 2003, p. 102).

Mandelli Junior (2003, p. 102) afirma que também no art. 327 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, inserido na Emenda Regimental 03/75, mas não mantido pela atual Constituição Federal, previa-se:

“Arguição de relevância de questão federal”, que estabelecia um incidente na fase de admissibilidade do recurso extraordinário, tentando afastar obstáculos regimentais para o seu conhecimento, sob a alegação de haver o acórdão em causa decidido relevante questão federal, tendo em vista os reflexos na ordem jurídica, e considerados os aspectos morais, econômicos, políticos, ou sociais da causa (MANDELLI JUNIOR, 2003, p. 102).

Já no art. 102, §1º, da mesma Constituição, o vocábulo “arguição” é apresentado como ação, ou seja, um meio ou instrumento colocado à disposição para o exercício do controle concentrado de constitucionalidade, para denunciar uma violação a um preceito fundamental da Constituição (MANDELLI JUNIOR, 2003, p. 102).

Inicialmente, arguição de descumprimento pode ser entendida como ação de descumprimento de preceito constitucional fundamental (MANDELLI JUNIOR, 2003, p. 103).

De acordo com a Lei 9.882/99, que regulamenta a arguição de descumprimento, podem existir determinadas modalidades de arguição. Quanto ao momento de lesão ao preceito fundamental, pode ser classificada em arguição preventiva e arguição repressiva (MANDELLI JUNIOR, 2003, p. 103).

Essas espécies de arguição originam-se do *caput* do art. 1º da Lei 9.882/99, ao estabelecer que: “A arguição prevista no §1º do art. 102 da CF será proposta perante o STF, e terá por objeto *evitar* ou *reparar* lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”. O dispositivo permite concluir a possibilidade de ajuizamento de uma arguição preventiva para evitar condutas do Poder Público que possam colocar em risco os preceitos constitucionais fundamentais e, de outro lado, a arguição repressiva para fazer cessar condutas do Poder Público lesivas aos preceitos fundamentais (MANDELLI JUNIOR, 2003, p. 103, grifos originais).

Quanto ao controle de constitucionalidade abstrato ou concreto que proporciona, pode-se classificar a arguição em autônoma - direta ou principal - e incidental - paralela ou incidente processual de constitucionalidade (MANDELLI JUNIOR, 2003, p. 103-104).

A arguição autônoma, da mesma forma que a ação direta de inconstitucionalidade, por ação ou omissão, e a ação declaratória de constitucionalidade, constitui mecanismo que suscita uma fiscalização objetiva de constitucionalidade de um ato do Poder Público (podendo este ser tanto um ato normativo como um ato de efeitos concretos, como, por exemplo, uma lei orçamentária) lesivo a um preceito constitucional fundamental, quando não houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade (MANDELLI JUNIOR, 2003, p. 104).

Mandelli Junior (2003, p. 104) afirma que nessa espécie de arguição o que se procura é a defesa da ordem jurídica constitucional objetiva, e dessa forma permite-se a inauguração de um processo objetivo, instrumento da jurisdição constitucional. O autor declara ainda que “para um mecanismo com essas características é compatível a legitimidade ativa restrita, seguindo parâmetro adotado originalmente pela própria Constituição Federal”.

Neste caso, se obtém como exemplo a arguição de descumprimento de preceito fundamental referente Marcha da Maconha, mencionada pelo ministro Celso de Mello, relator da ADPF 187:

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 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 (BRASIL, 2011, p. 14-15).

Já a arguição incidental possibilitaria um controle concentrado e concreto de constitucionalidade. Mandelli Junior (2003, p. 104) elucida que essa modalidade de arguição decorre de dispositivos assimetricamente colocados no corpo da Lei 9.882/99, como o art. 5º, §3º (“a liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo (...)”), e o art. 6º, §1º (“(...) poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição (...)”).

A arguição incidental pressupõe um processo anterior, submetido a qualquer juízo ou tribunal, envolvendo uma questão constitucional, cujo parâmetro de controle seja um preceito constitucional fundamental. Da mesma forma que os incidentes de inconstitucionalidade do direito estrangeiro (a *Verfassungsbeschwerde*, a *Beschwerde* e o *recurso de amparo*) possibilita a suspensão da jurisdição ordinária até a solução da controvérsia constitucional pelo tribunal guardião da Constituição (MANDELLI JUNIOR, 2003, p. 105).

O art. 2º, I, da Lei 9.882/99 determina que “podem propor arguição de descumprimento, seja ela autônoma ou incidental, apenas os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade”. De acordo com Mandelli Junior (2003, p. 105), essa restrição acaba prejudicando a existência de espécie incidental de arguição, causando um esvaziamento do instituto.

Mandelli Junior (2003, p. 106) discorre acerca de um equívoco na doutrina de André Ramos Tavares e Juliano Taveira Bernardes quanto às arguições autônoma e incidental:

Pretendem esses autores estabelecer uma íntima relação entre arguição autônoma e o art. 1º, *caput*, da Lei 9.882/99 (“a arguição (...) terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”) e entre arguição incidental e o art. 1º, par. ún., I, da Lei 9.882/99 (“caberá também arguição (...) quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”). Essa correspondência não se justifica, pois limitaria os objetos sindicáveis de cada arguição. Adotada essa posição, não seria possível, por exemplo, a arguição autônoma que tivesse como objeto lei anterior à Constituição; nem mesmo a arguição incidental de ato concreto (não normativo) do Poder Público. A restrição do objeto não se harmoniza com a finalidade da arguição que pretendeu superar a jurisprudência restritiva do STF que se formou em torno do objeto da ação direta de inconstitucionalidade, não admitindo o controle concentrado de constitucionalidade do direito municipal e do direito pré-constitucional (MANDELLI JUNIOR, 2003, p. 106-107).

A previsão do art. 1º, par. ún., I (“lei ou ato normativo federal, estadual, ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”), é, portanto, meramente ilustrativa de atos do Poder Público (art. 1º, *caput*), não significando limitações às espécies de arguições (MANDELLI JUNIOR, 2003, p. 107).

O termo “descumprimento” tem significado de “deixar de cumprir, não satisfazer, não realizar”. Neste caso, tem sentido de não satisfazer ou não realizar um preceito constitucional fundamental (MANDELLI JUNIOR, 2003, p. 107).

Alfredo Buzaid (s.d. *apud* Mandelli Junior, 2003, p. 107) ensinava que “diz-se inconstitucional todo ato que direta ou indiretamente contraria a Constituição”. A ofensa resulta da simples discordância com a Constituição. Sendo assim, descumprimento é espécie do gênero inconstitucionalidade, bem como também contrariedade, utilizada como requisito necessário para a interposição de recurso extraordinário, que possibilita um controle difuso de constitucionalidade.

André Ramos Tavares (s.d. *apud* Mandelli Junior, 2003, p. 107), entretanto, procura defender um conceito de inconstitucionalidade exclusivo ao mundo normativo, revelando-se como uma especial forma de invalidade. O termo inconstitucionalidade, da forma pela qual foi empregado pelo legislador constitucional, seria restrito aos objetos passíveis de impugnação pela ação direta de inconstitucionalidade, ou seja, leis e atos normativos federais ou estaduais posteriores à Constituição.

No entanto, Jorge Miranda (1996 *apud* Mandelli Junior, 2003, p. 108) afirma que o fato de a inconstitucionalidade por ação ou por omissão só aludir a normas:

[...] não significa [...] que ela confine a inconstitucionalidade a actos normativos ou a omissões normativas. Significa apenas que o regime específico de fiscalização que estrutura, através dos tribunais em geral e do Tribunal Constitucional em especial, está predisposto para tais actos e omissões, sem que isso impeça a existência de outros regimes para outras categorias de comportamento (MIRANDA, 1996 *apud* MANDELLI JUNIOR, 2003, p. 108).

Portanto, a diferenciação proposta anteriormente por André Ramos Tavares não deve prosperar, “pois qualquer ato descumpridor ou contrário à Constituição poderá ensejar um juízo de inconstitucionalidade”, seja o ato concreto ou normativo; municipal, estadual, ou federal; anterior ou posterior à Constituição (MANDELLI JUNIOR, 2003, p. 108).

De acordo com Mandelli Junior (2003, p. 108), “o conceito de inconstitucionalidade ultrapassa os limites restritos estabelecidos como objeto da ação direta de inconstitucionalidade”. No art. 97 da Constituição o próprio legislador constituinte utilizou tal conceito, determinando a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade, pelos tribunais, inclusive no âmbito do controle difuso, com eficácia *inter partes*, de qualquer lei ou ato normativo do Poder Público.

Mandelli Junior (2003, p. 108) afirma também que o legislador ordinário, ao regulamentar o art. 102, §1º, dando cumprimento ao mandamento constitucional, estabeleceu a possibilidade da declaração, pelo STF, de “inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental”, no art. 11 da Lei 9.882/99.

Portanto, inconstitucionalidade consiste em uma incompatibilidade com a Constituição, compreendendo variações como o descumprimento (art. 102, §1º), a contrariedade (art. 102, III, a) e a própria inconstitucionalidade (art. 97; art. 102, I, a; 125, §2º). Entretanto, todos estes termos utilizados pelo constituinte apresentam um conceito jurídico-negativo em comum, ou seja, “apontam para uma inadequação de um objeto impugnado com um preceito constitucional, que goza de supremacia no ordenamento jurídico” (MANDELLI JUNIOR, 2003, p. 108).

Antes que a Lei 9.882/99 regulamentasse o tema, José Cretella Júnior (1993), em seus comentários à Constituição, discorreu, em poucas palavras, sobre o termo “descumprimento”:

Cumprir é respeitar, seguir, obedecer. Descumprir é desrespeitar, não seguir, desobedecer. Cabe ao STF, precipuamente, a guarda da Constituição. Desse modo, a Corte Suprema zela pelo cumprimento dos preceitos constitucionais. Nascendo a Constituição pela vontade dos representantes do povo, o descumprimento de qualquer preceito constitucional constitui atividade contrária à vontade popular, infração que necessita de correção imediata, pela gravidade de que se reveste. Pode ocorrer descumprimento de regra jurídica constitucional ou de preceito fundamental que decorre da Constituição. Nesse caso, a arguição ou denúncia do descumprimento será apreciada pelo Supremo Tribunal, na forma de lei, ou seja, de *lege ferenda* (CRETELLA JÚNIOR, 1993 apud MANDELLI JUNIOR, 2003, p. 109).

Mandelli Junior (2003, p. 109) afirma que o instituto tem por fim “verificar a contrariedade, a incompatibilidade à Constituição Federal, ou seja, o seu descumprimento (uma inconstitucionalidade)”. A finalidade do instituto, pelo que se pode concluir de sua própria denominação:

É a possibilidade de o STF eliminar, declarar inconstitucional ato do Poder Público que desrespeite a Constituição, garantindo a supremacia desta, não somente quando em contraste com ato normativo, mas também, pela leitura da Lei 9.882/99, em relação a ato concreto do Poder Público (MANDELLI JUNIOR, 2003, p. 109).

A partir dessa característica, são constatadas semelhanças da arguição de descumprimento com a ação direta de inconstitucionalidade genérica, já que ambas têm por objetivo “verificar a inconstitucionalidade, a incompatibilidade de um ato do Poder Público, seja concreto ou normativo na arguição de descumprimento ou apenas normativo na ação direta de inconstitucionalidade, com a Constituição” (MANDELLI JUNIOR, 2003, p. 109).

Mandelli Junior (2003, p. 109) explana ser da própria natureza do instituto “a verificação do descumprimento e não do cumprimento de preceito constitucional fundamental”; e quedesta forma, “pode-se concluir que não é competente para reafirmar a constitucionalidade de determinado ato, como se faz na ação declaratória de constitucionalidade”.

Segundo Mandelli Junior (2003, p. 110) “a arguição não é instrumento idôneo para obter a declaração de constitucionalidade de um objeto impugnado”, diferentemente do que propôs Gilmar Ferreira Mendes (1999) ao argumentar que:

Poderá ocorrer, assim, a formulação de pleitos com o objetivo de obter a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, toda vez que da controvérsia judicial instaurada possa resultar sério prejuízo à aplicação da norma, com possível lesão a preceito fundamental da Constituição (MENDES, 1999 apud MANDELLI JUNIOR, 2003, p. 110).

Mandelli Junior (2003, p. 110) destaca que, diferentemente do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade genérica e com a ação declaratória de constitucionalidade, “para a arguição não se pode pretender dar natureza dúplice ou ambivalente”, pois esta pretende verificar unicamente o descumprimento da Constituição Federal.

É também propriedade constitucional do instituto (que se percebe já nas poucas palavras dedicadas pela Constituição Federal) investigar se o objeto apreciado (qualquer ato do Poder Público, concreto ou normativo, posterior ou anterior à Constituição) descumpra não qualquer preceito constitucional, mas sim preceito fundamental decorrente da Constituição (MANDELLI JUNIOR, 2003, p. 110).

A arguição julgada improcedente significa que o ato em análise não descumpriu preceito fundamental da Constituição, embora possa ter contrariado outro preceito constitucional que não seja fundamental. Logo, a arguição não enseja a ratificação de presunção de constitucionalidade dos atos do Poder Público, como ocorre com a ação declaratória de constitucionalidade (MANDELLI JUNIOR, 2003, p. 110).

O descumprimento, sendo espécie de inconstitucionalidade, também comporta modalidades. Clèmerson Merlin Clève (2000 *apud* Mandelli Junior, 2003, p. 111) evidenciou os diferentes tipos de inconstitucionalidade: inconstitucionalidade formal e material; inconstitucionalidade total e parcial; inconstitucionalidade por ação e por omissão; inconstitucionalidade originária e superveniente; inconstitucionalidade antecedente (ou imediata) e consequente (ou derivada); e inconstitucionalidade direta e indireta.

Mandelli Junior (2003, p. 111) explica que “essa tipologia é perfeitamente adequada ao descumprimento, tendo maior relevância para o instituto, desde que acompanhada da violação a preceito constitucional fundamental”.

O descumprimento pode ser formal, quando “decorre de vício de incompetência do órgão que expede o ato do Poder Público ou quando não foi adotado procedimento fixado na Constituição”; ou material, quando “se verifica uma incompatibilidade com o conteúdo de preceito constitucional fundamental”. O descumprimento pode também ser total, quando “vicia todo o ato”; ou parcial, se “viciar apenas parte dele” (MANDELLI JUNIOR, 2003, p. 111).

A ação ou a omissão por parte do Poder Público também pode resultar no descumprimento da Constituição. Mandelli Junior (2003, p. 111) afirma que “descumpre-se por ação quando por ato comissivo, ao praticar uma conduta, viola-se a Constituição”.

Mandelli Junior (2003, p. 111) discorre acerca das funções que a Constituição impõe aos poderes do Estado:

A Constituição Federal de 1988, quanto à sua finalidade, pode ser classificada como programática ou dirigente, pois impõe aos poderes do Estado finalidades, tarefas e programas, dirigindo-os e vinculando-os. Dessa forma institui um Estado Social Democrático de Direito e com isso apresenta um projeto para o Estado, estabelecendo compromissos sociais e fornecendo meios para a execução desses projetos (MANDELLI JUNIOR, 2003, p. 111).

Quando estes poderes públicos deixam de praticar um ato que esteja obrigado por imposição constitucional, há também a possibilidade de gerar descumprimento da Constituição (MANDELLI JUNIOR, 2003, p. 112).

O descumprimento pode ainda ser originário ou superveniente. No originário, tem-se a “violação de um preceito constitucional vigente”. Já o superveniente ocorre após a sua vigência, ou seja, “um ato em conformidade com a Constituição, no momento de sua edição, deixa de sê-lo, em virtude da alteração formal ou da interpretação (mutação constitucional) do preceito constitucional” (MANDELLI JUNIOR, 2003, p. 112).

O descumprimento também pode ser antecedente (ou imediato), quando decorre da “violação, direta e imediata, de um preceito constitucional por um ato do Poder Público”; ou consequente (ou derivado), quando “deriva de um efeito reflexo do descumprimento antecedente, em virtude da relação de dependência que pode existir entre os atos do Poder Público” (MANDELLI JUNIOR, 2003, p. 112).

Ainda, considerando o preceito que se viola, o descumprimento pode ser classificado em direto, “quando contrário a um preceito constitucional fundamental

explícito”, ou indireto, “quando contrário a um preceito constitucional fundamental implícito” (MANDELLI JUNIOR, 2003, p. 112).

De acordo com Mandelli Junior (2003, p. 112) “preceito é termo genérico utilizado tanto para designar regra ou dispositivo, como para designar princípio, seja ele expresso ou implícito no texto constitucional”.

A Constituição, como o próprio direito, contém normas de dever-ser, que se destinam a reger comportamentos, prevendo fatos e atribuindo consequências jurídicas. Também a Constituição apresenta normas de organização, que estruturam organicamente o Estado e a própria criação de normas. Além destas, possui normas programáticas, indicadoras de valores a serem preservados e fins sociais a serem alcançados; destas originam-se direitos subjetivos negativos de exigir do Poder Público que se abstenha de praticar atos a ela contrários (MANDELLI JUNIOR, 2003, p. 113).

Mandelli Junior (2003, p. 113) explica que esta concepção de mandamento, ordem ou comando, ou mesmo de valores constitucionais, está compreendida em preceitos constitucionais, cujo conteúdo pode tomar forma tanto em regras ou dispositivos como em princípios constitucionais.

As regras constitucionais e os princípios constitucionais são espécies de normas jurídicas constitucionais, as quais, portanto, podem ser divididas em normas-princípios e em normas-disposições. O direito não é mero somatório desses preceitos, mas é um conjunto que implica coerência, funcionando como sistema, devendo seus elementos estar relacionados, procurando constituir uma estrutura organizada. Da ideia de sistema retira-se a unidade da Constituição (MANDELLI JUNIOR, 2003, p. 113).

Os princípios constitucionais são essenciais para a existência desse sistema, segundo Rothenburg (1999 *apud* Mandelli Junior, 2003, p.113) “constituem expressão primeira dos valores fundamentais expressos pelo ordenamento jurídico, informando materialmente as demais normas (fornecendo-lhes a inspiração para o recheio)”.

J.J. Gomes Canotilho (1997 *apud* Mandelli Junior, 2003, p. 113) afirma que:

[...] Articulação de princípios e regras, de diferentes tipos e características, iluminará a compreensão da constituição como um sistema interno assente em princípios estruturantes fundamentais que, por sua vez, assentam em subprincípios e regras constitucionais concretizadores desses mesmos princípios. Quer dizer: a constituição é formada por regras e princípios de diferente grau de concretização (CANOTILHO, 1997 *apud* MANDELLI JUNIOR, 2003, p. 113).

Mandelli Junior (2003, p. 114) segue desenvolvendo a ideia de Canotilho:

Têm-se, primeiramente, os princípios estruturantes, constitutivos e indicativos das ideias diretivas básicas de toda a ordem constitucional. Esses princípios, por sua vez, são concretizados em outros princípios (princípios gerais fundamentais) que iluminam o sentido jurídico-constitucional e político-constitucional dos primeiros. Os princípios gerais fundamentais, por sua vez, podem ser densificados em outros princípios constitucionais especiais. Todos esses princípios, ainda, podem ser concretizados por várias regras (disposições) constitucionais (MANDELLI JUNIOR, 2003, p. 114).

De acordo com Mandelli Junior (2003, p. 114), os princípios apresentam “um conteúdo mais vago, menos denso que as regras”, e também maior generalidade, relativa ao seu âmbito de abrangência, por vezes “não se aplicando a apenas uma situação jurídica determinada”. Os princípios “perdem em carga normativa, mas ganham força valorativa”. Já as regras são gerais porque são “estabelecidas para um indeterminado número de atos e fatos, mas aplicam-se a uma situação jurídica determinada”.

As regras são interpretadas em conformidade com os princípios e aplicadas em determinadas situações, que pretendem regulamentar. Os princípios, por sua vez, possuem uma estrutura aberta, possibilitando a incidência em diversos casos concretos e em diversas situações (MANDELLI JUNIOR, 2003, p. 114).

Regras e princípios também divergem entre si pela possibilidade de coexistência no caso de princípios conflitantes, “que buscam harmonização no sistema jurídico, em virtude dos seus vários graus de concretização”; e pela impossibilidade de tal no caso das regras, “pois, se conflitantes, apenas uma deve ser válida e aplicada ao caso concreto” (MANDELLI JUNIOR, 2003, p. 114).

A Constituição pode ainda apresentar os princípios constitucionais implícitos, que, ainda que não estejam escritos, também “constituem verdadeira norma jurídica e apresentam a mesma importância que os demais princípios, no ordenamento jurídico”. Mandelli Junior (2003, p. 115) exemplifica tais princípios citando “o princípio geral da boa-fé, o princípio da nulidade do ato normativo inconstitucional, o princípio da segurança jurídica, o princípio da presunção de constitucionalidade das leis, entre outros” (MANDELLI JUNIOR, 2003, p. 115).

Portanto, preceitos constitucionais podem ser entendidos tanto como regras quanto como disposições e princípios, sejam eles expressos ou implícitos, que foram consagrados no texto constitucional (MANDELLI JUNIOR, 2003, p. 115).

Entretanto, Mandelli Junior (2003, p. 115) explica que o critério utilizado para a admissibilidade de uma arguição de descumprimento “não são todos os preceitos constitucionais, mas somente os preceitos constitucionais fundamentais”, conforme aponta o próprio texto constitucional, no seu art. 102, §1º, “preceitos fundamentais decorrentes desta Constituição”.

O constituinte atribui um qualificativo ao preceito constitucional, de ser fundamental. “O termo fundamental significa essencial, que faz parte de seu alicerce” (MANDELLI JUNIOR, 2003, p. 115).

Mandelli Junior (2003, p. 115) resume:

Portanto, preceito fundamental da Constituição não seria qualquer dispositivo constitucional, mas somente aqueles preceitos, regras ou princípios, explícitos ou implícitos, que caracterizam a essência da Constituição, isto é, opções políticas fundamentais adotadas pelo constituinte (MANDELLI JUNIOR, 2003, p. 115).

André Ramos Tavares (2001 *apud* Mandelli Junior, 2003) discorre também quanto aos preceitos fundamentais:

[...] É preciso também afastar a possibilidade de que ‘preceito fundamental’ seja toda e qualquer norma contida na Lei Fundamental. Se, teoricamente, essa construção é admissível, o mesmo não ocorre quanto ao vigente sistema constitucional. É que, se assim fosse, então tornar-se-ia repetitiva a parte final do §1º do art. 102 quando se refere a ‘preceito fundamental decorrente desta Constituição’. Ora, se ‘fundamental’ fosse sinônimo de ‘constitucional’, a Constituição simplesmente teria sido redundante (TAVARES, 2001 *apud* MANDELLI JUNIOR, 2003, p. 115).

Portanto, a arguição pode ser utilizada para apurar se o Poder Público cometeu ato que descumpra preceito constitucional, porém, não qualquer preceito, e sim preceito constitucional fundamental, ou seja, “preceito que consubstancia opção política essencial do constituinte brasileiro”. André Ramos Tavares (2001 *apud* Mandelli Junior, 2003, p. 116) afirma que “são preceitos fundamentais aqueles que conformam a essência de um conjunto normativo-constitucional”, promovendo identidade e sustentação aos valores fundamentais da Constituição (MANDELLI JUNIOR, 2003, p. 116).

Mandelli Junior (2003, p. 116) relata que “preceito constitucional fundamental, além de dar identidade à Constituição, é o parâmetro de sindicabilidade da arguição de descumprimento”.

Como mencionado anteriormente, não foi enumerado um rol de preceitos constitucionais fundamentais, nem pelo legislador constituinte, nem pelo legislador ordinário. Rothenburg (2001 *apud* Mandelli Junior, 2003, p. 116) afirma que:

Qualquer tentativa de prefiguração seria sempre parcial ou excessiva; e a restrição seria agravada pela interpretação restritiva que um rol taxativo recomenda. O custo está na dificuldade de reconhecimento, que implica certa dose de discricionariedade do intérprete/aplicador, o que é inafastável em sede de jurisdição constitucional (ROTHENBURG, 2001 *apud* MANDELLI JUNIOR, 2003, p. 116)

Zeno Veloso (2000 *apud* Mandelli Junior, 2003, p. 116), em sua obra *Controle jurisdicional de constitucionalidade*, dispõe:

Não nos parecia que o legislador ordinário pudesse indicar os preceitos fundamentais decorrentes da Constituição, cujo descumprimento possibilitaria a arguição. Significaria dar prerrogativa ao Congresso Nacional de eleger, dentre os princípios, quais os que são fundamentais, vale dizer, essenciais, preponderantes, superiores. Ora, isto é atribuição do constituinte originário, ou do STF, guardião principal e intérprete máximo do Texto Magno (VELOSO, 2000 *apud* MANDELLI JUNIOR, 2003, p. 116).

A ausência dessa previsão confere à jurisprudência maior noção de escolha, permitindo modificações quanto à densidade axiológica da norma constitucional. Aplica-se então o método da interpretação constitucional evolutiva, deixando um espaço entreaberto para que um preceito constitucional possa ser tratado como fundamental, e também possa deixar de ser fundamental, pois os preceitos fundamentais decorrem da própria história constitucional do Estado (MANDELLI JUNIOR, 2003, p. 116-117).

Mandelli Junior (2003, p. 117) discorre, de forma exemplificativa, que determinados preceitos constitucionais podem ser considerados fundamentais, pois não se poderá negar essa qualidade aos princípios fundamentais, relacionados nos arts. 1º ao 4º da CF; bem como à “cláusulas pétreas”, que constituem vedações materiais expressas ao poder de alterar a Constituição (art. 60, §4º); e aos “princípios constitucionais sensíveis”, cuja violação autoriza a intervenção federal ou estadual (arts. 34, VII, e 35, IV).

Elival da Silva Ramos (2001 *apud* Mandelli Junior, 2003, p. 117) também busca estabelecer uma relação de preceitos constitucionais fundamentais:

Por conseguinte, são preceitos fundamentais, igualmente, os que estruturam a federação, como, por exemplo, os que tratam da repartição de competências entre os entes federados; os que disciplinam os mecanismos de participação política, por meio do voto, direto, secreto, universal e periódico, ou por meio de outros direitos políticos; os que consubstanciam a organização dos Poderes, assegurando-lhes a independência ou deferindo-lhes competências próprias; e, enfim, os que albergam os direitos e garantias fundamentais. Grosso modo, são essas, também, as matérias-sede dos princípios cujo menoscabo é autorizador da intervenção federal, como se pode verificar do confronto com o disposto no art. 34, VII, da Constituição (RAMOS, 2001 *apud* MANDELLI JUNIOR, 2003, p. 117).

São relacionados ainda os direitos e as garantias individuais (art. 5º e outros), por Gilmar Ferreira Mendes, e os direitos e as garantias fundamentais (título II da CF), por José Afonso da Silva, conferindo maior extensão (MANDELLI JUNIOR, 2003, p. 118).

Pode-se retirar da própria Constituição Federal o critério de sindicabilidade que proporciona o ajuizamento da arguição. O art. 102, §1º estabelece que essa ação será possível quando ocorrer descumprimento de “preceito fundamental decorrente desta Constituição” (MANDELLI JUNIOR, 2003, p. 118).

Entretanto, percebe-se que o legislador ordinário, ao regulamentar o dispositivo constitucional, procurou estabelecer outro parâmetro de admissibilidade para proposta da arguição – além do utilizado pela Constituição (“preceito fundamental decorrente desta Constituição”) – conforme se observa do art. 1º, par. ún., I, qual seja, o “relevante fundamento da controvérsia constitucional” (MANDELLI JUNIOR, 2003, p. 118).

Mandelli Junior (2003, p. 119) explica que para procurar melhor densificar o termo “relevante” utilizado nos arts. 1º, par. ún., I, e 3º, V, da Lei 9.882/99, deve-se responder às seguintes questões: “Descumprir preceito constitucional é ‘relevante’? Descumprir preceito constitucional fundamental é ‘relevante’? É possível estabelecer graus de ‘relevância’ quando se descumpre preceito constitucional fundamental?” E prossegue:

Para responder à primeira questão basta recordar um dos pilares do Estado de Direito: a supremacia da Constituição. A Constituição é o fundamento de validade de todas as demais normas do ordenamento jurídico, assim como

dos atos derivados das normas. Portanto, contrariar preceito constitucional é relevante (MANDELLI JUNIOR, 2003, p. 119).

Mandelli Junior (2003, p. 119), continua desenvolvendo seu pensamento, afirmando que:

A resposta da segunda questão é consequência da primeira. Se contrariar preceito constitucional é relevante, contrariar preceito constitucional fundamental é tão ou mais relevante que contrariar preceito constitucional que não seja fundamental (MANDELLI JUNIOR, 2003, p. 119).

Mello (1991 *apud* Mandelli Junior, 2003, p. 119) afirma que “violiar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma”, o que possibilita estabelecer um grau de relevância entre a contrariedade a um princípio e um dispositivo. Porém, não se pode fazer a mesma relação para o descumprimento de preceitos constitucionais fundamentais (MANDELLI JUNIOR, 2003, p. 119).

Os preceitos constitucionais fundamentais consubstanciam opções políticas essenciais do constituinte brasileiro, fornecendo uma identidade ao Estado brasileiro. “O não cumprimento de qualquer preceito constitucional fundamental seria, por si só, de alto grau de relevância” (MANDELLI JUNIOR, 2003, p. 119).

Portanto, Mandelli Junior (2003, p. 119) explica que:

Não há como estabelecer uma densidade às expressões “relevante fundamento da controvérsia constitucional” ou “existência de controvérsia judicial relevante” que esteja dissociada de preceito constitucional fundamental. É sempre relevante a controvérsia em que se discute o descumprimento de preceito fundamental, a fim de preservá-lo (MANDELLI JUNIOR, 2003, p. 119).

Mandelli Junior (2003, p. 119) declara que a própria Constituição determinou o parâmetro de sindicabilidade (“preceito fundamental”), caracterizando-o, e que, assim, não é permitido ao legislador qualificá-lo ainda mais. “Nem mesmo com fundamento em estabelecer um maior filtro em virtude da sobrecarga de processos do STF”.

Além disso, “a atribuição da legitimidade a determinados sujeitos por si só já revela um mecanismo de filtragem, investindo-os árbitros da relevância” (MANDELLI JUNIOR, 2003, p. 120).

Enquanto os Estados Constitucionais de Direito foram fundamentados com “sustentação nos direitos e garantias individuais, que estabeleciam limites ao

exercício do poder político do Estado”; os Estados Sociais Democráticos de Direito, por outro lado, “têm como pilar principal os direitos e as garantias fundamentais, incluindo aqueles, bem como os direitos políticos, os direitos de nacionalidade, os direitos sociais e os direitos difusos” (MANDELLI JUNIOR, 2003, p. 120).

De acordo com Mandelli Junior (2003, p. 120) os direitos e as garantias fundamentais devem se difundir por todo o texto constitucional, assim como os princípios fundamentais de uma Constituição, moderando a interpretação de todo o ordenamento jurídico. “A fundamentalidade é uma das características dos direitos fundamentais”.

Da mesma forma que os princípios fundamentais não podem ser excluídos do catálogo de preceitos fundamentais, o mesmo ocorre com os direitos e garantias fundamentais. Estes recebem, tanto do constituinte como da própria evolução da sociedade, a característica de serem essenciais. O cumprimento desses direitos revela a “vontade” da Constituição (MANDELLI JUNIOR, 2003, p. 120).

A proteção da Constituição através de instrumentos por ela instituídos tem origem na busca pela “defesa e preservação dos direitos fundamentais contra os abusos e arbitrariedades cometidos pelo poder público” (MANDELLI JUNIOR, 2003, p. 120).

A finalidade de um controle de constitucionalidade é a preservação do poder do povo, expresso em uma Constituição social e democrática. Os instrumentos de controle devem se prestar à proteção dos direitos fundamentais, sob pena de desvio de finalidade e desmantelamento do Estado Social Democrático de Direito (MANDELLI JUNIOR, 2003, p. 120).

Mandelli Junior (2003, p. 120-121) afirma que, “em obediência aos princípios fundamentais do Estado brasileiro – inclusive a dignidade da pessoa humana – e a partir de uma interpretação sistemática da Constituição”, os direitos fundamentais devem ser “considerados como parte de um núcleo intangível (cláusulas pétreas)”, promovendo-a eles um sentido amplo compatível ao art. 60, §4º, IV, da CF.

Na arguição incidental de descumprimento, o ajuizamento dessa modalidade pode presumir processo anterior cujo delongamento de solução ocasiona dano irreparável ao interesse de uma das partes. Esse mesmo interesse há de ser a proteção de um direito fundamental (MANDELLI JUNIOR, 2003, p. 121).

## 4.2 A POLÊMICA DA ADPF 187

De acordo com Beatriz Bastide Horbach (2012), a ADPF 187 foi proposta pela Procuradoria-Geral da República para analisar as diversas interpretações que surgiram em torno do delito de apologia de crime ou criminoso, previsto no artigo 287 do Código Penal Brasileiro, a fim de “evitar ou reparar lesão consequente de entendimento no sentido de criminalizar a liberdade de expressão e reunião pela defesa da legalização do consumo da maconha”(HORBACH, 2012, p. 229), que vieram à tona com o movimento social denominado Marcha da Maconha.

Em 2009, a então Procuradora Geral da União (PGU) Deborah Duprat propôs ao Supremo Tribunal Federal uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, a ADPF 187. Na petição inicial, Deborah argumentava a violação do “art. 5º, incisos IV e IX, e 220 da Constituição Federal, que garantem a liberdade de expressão, e o art. 5º, inciso XVI, da Lei Maior, que consagra a liberdade de reunião” (ADPF 187, STF, Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira, 21/07/2009). A representação partiu de um grupo de advogados que impetrou a ação no intuito de solucionar o conjunto de impasses jurídicos ocorrido nos anos de 2008 e 2009 referentes • às proibições das Marchas da Maconha ocorridas nos dois anos (PINTO, 2013, p. 45).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Federal dispõe:

[...] 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 CONDUTAS 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(ADPF 187, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 15/06/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-102 DIVULG 28-05-2014 PUBLIC 29-05-2014) (BRASIL, 2011).

A norma legal apologia a crime ou criminoso está tipificada na parte especial do Código Penal brasileiro, no título dedicado aos crimes contra a paz pública (HORBACH, 2012, p. 229).

Paulino e Pinto (2013, p.172) afirmam, quanto ao direito de reunião:

A Procuradora argumenta que seria ilegal 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” (ADPF 187, STF, Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira). (BRASIL, 2009, p. 6, grifo do autor apud PAULINO; PINTO, 2013, p. 172).

Segundo Pinto (2013, p. 45), a Procuradora Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira, na ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 187, antes de entrar profundamente no mérito da descriminalização ou da legalização de qualquer droga, em particular a maconha, buscava “[...] afastar uma interpretação do art. 287 do Código Penal que vem gerando indevidas restrições aos direitos fundamentais liberdade de expressão (...) e de reunião” (ADPF 187, STF, Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira, 21/07/2009). O autor afirma que, no entendimento da procuradora, “a defesa pública da legalização da Maconha era tema diferente da comercialização e do uso da droga, e que a sua ligação como forma de proibir a marcha evidenciava um propósito censório” (PINTO, 2013, p. 45).

O autor continua explanando os ideais da Procuradora Deborah Duprat quanto à defesa da liberdade de expressão, a sua argumentação apresentada atraiu olhares de todos os ministros que votaram a favor da procedência da ADPF 187, ao qual depois iriam se apoiar, discorrendo sobre a defesa da liberdade de expressão que é um dos requisitos mais importantes para a existência da democracia. O argumento exposto pela Procuradoria Geral da União não vislumbrava a Marcha da Maconha como crime ao restante da sociedade, diferentemente do argumento utilizado pelos tribunais que proibiram as marchas, fazendo uso do princípio da proporcionalidade (PINTO, 2013, p. 45-46).

Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira (2009) afirma que:

Quando se proíbe uma manifestação qualquer, viola-se tanto a liberdade dos que são impedidos de exprimir as suas ideias, 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 (ADPF 187, STF, Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira, 21/07/2009) (PINTO, 2013, p. 46).

Jeronimo Calorio Pinto (2013) discorre que em Brasília, em 2011, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT) proibiu a realização da manifestação no dia anterior ao evento. Segundo a decisão judicial:

Alegam que a pretensão de realização do evento pode efetivamente corresponder ao induzimento e instigação do uso de maconha, substância psicotrópica e de uso prescrito no Brasil, porquanto não há necessidade, para consumação do delito, do efeito uso da erva, conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial dominante. Aduz ainda, que na hipótese de propaganda genérica à realização da manifestação, mas com idêntica possibilidade de induzimento à utilização de drogas, pode-se configurar o tipo descrito no art. 287 do código penal (apologia ao crime), além do previsto no art. 288 do mesmo diploma legal (quadrilha ou bando). (NCS 2011-001-027722-5, TJDFT, João Timóteo de Oliveira, 03/06/2011)(PINTO, 2013, p. 34).

Neste caso, a decisão de promotores e do juiz foi baseada em uma possibilidade de infração da lei, e não em fatos já concretizados. De acordo com Oliveira (2008 *apud* PINTO, 2013, p. 33), a aplicação dos artigos 286 e 287 do Código Penal “[...] prevê a prática criminosa quando efetivamente se faz a apologia, não importando se de forma oral, escrita, através de gesto”, o que não justifica a aplicabilidade do Código Penal a eventos que ainda não vieram a acontecer.

A liminar de proibição da Marcha da Maconha no TJDFT registra que “a presente medida não se trata de restringir direitos e garantias individuais, (...), mas sim, (...) assegurar o **princípio da proporcionalidade** entre a pretensão dos manifestantes, e o ordenamento legal” (NCS 2011-001-027722-5, TJDFT, João Timóteo de Oliveira, 03/06/2011) (PINTO, 2013, p. 35, grifado autor).

Ainda nesse contexto de confronto entre Código Penal e Constituição Federal, tem-se a decisão tomada no Rio de Janeiro, em 2008, alegando que “nenhuma liberdade é absoluta’, e levando-se em conta o Princípio da Razoabilidade, o confronto entre os interesses em jogo pende em prol da sociedade” (ADPF 187, STF, Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira, 21/07/2009 *apud* PINTO, 2013, p. 35-36).

Nos conflitos jurídicos em que se faz necessário o uso destes princípios, geralmente é interpretado que é “[...] de interesse maior da sociedade que seja aplicado o Código Penal em vez dos princípios associados aos direitos fundamentais de liberdade de expressão e direito de reunião” (PINTO, 2013, p. 36).

Seguindo essa corrente, na ADPF 187, entre os impetrantes, *amicuscuriae* e ministros, a Advocacia Geral da União (AGU) foi a única em sua manifestação a se mostrar desfavorável à ADPF 187, assim como os tribunais.

Para o órgão, “a configuração ou não do tipo penal, bem como de eventual excludente constitucional de liberdade de expressão só podem ser

verificadas no caso concreto e não a priori” (ADPF 187, STF, AGU, 01/08/2009). Ou seja, as análises de ilegalidade da Marcha deveriam ser feitas após a sua realização, pois, mesmo sendo um movimento que reivindica uma mudança no regime penal, como seria o caso da Marcha da Maconha, ainda assim algum dos manifestantes presentes poderia fazer “apologia ao uso de uma dada substância ilegal, gritando palavras de ordem de uso da substância, portando cartazes nesse sentido ou de alguma outra forma enaltecendo o uso de algo que hoje proibido” (ADPF 187, STF, AGU, 01/08/2009) (PINTO, 2013, p. 47).

Entretanto, em junho de 2011, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) Nº 187, que discutia a constitucionalidade da Marcha da Maconha, foi julgada procedente pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade de votos, dando preferência pela interpretação do artigo 287 do Código Penal com base na Constituição Federal, permitindo a realização do movimento da Marcha da Maconha (SUDATI, 2012, p. 59).

O Ministro Celso de Mello, em seu discurso, ressaltou a necessidade de livre circulação de pensamentos/ideias, sem a intervenção do Estado:

**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 Estados Unidos da América (1937-1971), “**o mais precioso privilégio dos cidadãos...**”(FORENSE, 1970, p. 63apud BRASIL, 2011, p. 107, grifos do autor).

Segundo Horbach (2012, p. 231), o ministro Celso de Mello destacou que o direito à livre expressão do pensamento não imprime caráter absoluto: “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” (BRASIL, 2011, p. 108).

Já o ministro Luiz Fux descreve claramente que a decisão não se trata da legalização do consumo de drogas, mas sim da legalização de um movimento que não configura apologia ao crime:

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 (BRASIL, 2011, p. 170).

Dando seqüência, o ministro Luiz Fux explica que a realização de manifestações públicas que apoiem a descriminalização do uso de entorpecentes, ou mesmo de qualquer outra conduta, não podem ser consideradas apologia ao crime, por duas razões:

Aprimeira 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 (BRASIL, 2011, p. 141).

Discorrendo acerca das atribuições do Supremo Tribunal Federal, o ministro afirma:

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 (BRASIL, 2011, p. 146, grifos do autor).

Em acordo com o proposto pelos ministros Celso de Mello e Luiz Fux, a ministra Cármen Lúcia discorre:

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 (BRASIL, 2011, p. 163).

O restante dos ministros, seguindo a mesma linha de pensamento do relator, ministro Celso de Mello, reforçada pelo ministro Luiz Fux, votaram em unanimidade pela procedência da arguição de descumprimento de preceito fundamental, dando ao artigo 287 do Código Penal interpretação conforme a Constituição, “de forma a excluir qualquer exegese que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos” (BRASIL, 2011, p. 198).

## 5 CONCLUSÃO

A elaboração do presente trabalho permitiu elucidar a questão da liberdade de expressão e o direito de livre manifestação com o estudo sobre o crime de apologia ao crime e fato criminoso, sob o enfoque constitucional da ADPF 187, que tem como objeto o movimento social denominado Marcha da Maconha.

No decorrer do trabalho foi possível evidenciar que o princípio da liberdade de expressão, além de ser um direito Humano previsto na Declaração Universal de Direitos Humanos, é um direito basilar em uma sociedade democrática, já que é na democracia que a liberdade de expressão e manifestação de pensamento se destacam.

O movimento social Marcha da Maconha é uma extensão do conceito de liberdade de expressão, é o momento que a manifestação de pensamento se exterioriza com a presença da participação popular.

Em um primeiro momento no trabalho, se traz o princípio da liberdade de expressão e manifestação de pensamento no seu conceito e no que se refere em si, visto sua importância e sua tipificação. Com isso se tem o canal para explanar o movimento social Marcha da Maconha, bem como o tipo penal previsto no art. 287 (duzentos e oitenta e sete) do Código Penal, delito em que se baseiam as argumentações dos Tribunais de Justiça que foram contra a manifestação de pensamento social. Após o desenrolar do conteúdo chega-se ao veredicto final do trabalho, que consiste em uma análise sobre a ADPF 187, a qual consolida o direito de liberdade de expressão no movimento social Marcha da Maconha.

Destarte, que o STF deu seu parecer em favor da liberdade de expressão e manifestação de pensamento, diferente dos Tribunais de Justiça - TJs, como explanado o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, que proibiu a realização da manifestação no dia anterior ao evento, pois segundo a decisão judicial do presente tribunal a pretensão de realização do evento pode efetivamente corresponder ao induzimento e instigação do uso de maconha.

Ora, o movimento social que engaja tamanhas proporções é servido como termômetro da situação de insatisfação da sociedade brasileira, visto às políticas antidrogas utilizadas até o presente momento, não corresponde a um induzimento e instigação do uso da maconha, a decisão do Supremo Tribunal Federal é

plenamente condizente com a legislação Pátria e clamor de determinado setor social.

No movimento social se discute o mérito do proibicionismo da maconha, de uma lei penal que incrimina e que incentiva desinformação sobre drogas e uso de drogas, marginalização dos usuários de drogas, e falta de políticas públicas de retorno ao Estado o que ele gasta com o proibicionismo, sendo assim não se confunde de modo algum com a defesa de praticar o ato incriminado, neste contexto a utilização de drogas com a incitação e indução tipificadas pelo delito apologia crime e fato criminoso.

A sociedade democrática é regida por leis, não por preceitos religiosos, a Constituição Brasileira é laica e nesta abordagem religião não é uma produção democrática, o lobby moral religioso imposto para o proibicionismo não pode ser maior que arazão das normas democráticas.

A liberdade de expressão exercida no movimento social Marcha da Maconha não busca estimular o consumo de drogas ilícitas, ou mesmo fazer apologia, mas sim expor as ideias, a visão, e as concepções dos organizadores e manifestantes desse evento social de maneira organizada e pacífica.

## REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 1997. 497 p.

BRASIL. **Código Penal Brasileiro** (1940). Disponível:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm)> Acesso em: 18 set. 2016.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)> Acesso em: 25 jul. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 187**. Distrito Federal. Julgada em 15/06/2011. Disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=187&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em: 18 set. 2016.

BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**: Conteúdo Jurídico das Expressões. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

CARLINI, Elisaldo Araújo. A história da maconha no Brasil. **Jornal Brasileiro de Psiquiatria**, [s.l.], v. 55, n. 4, p.314-317, 2006. Disponível em:  
<<http://www.scielo.br/pdf/jbpsiq/v55n4/a08v55n4.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2016.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos**: A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000. 208 p.

\_\_\_\_\_. **Liberdade de expressão e comunicação**: teoria e proteção constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 304 p.

HORBACH, Beatriz Bastide. Os Limites da Liberdade de Expressão: O Confronto de Entendimentos do Supremo Tribunal Federal nos Casos Ellwangere Marcha da Maconha. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Porto Alegre, ano 6, n. 20, p.218-235, jul./set. 2012. Disponível em:  
<[http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF\\_Livre/20\\_Coment\\_Jurisp2.pdf](http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/20_Coment_Jurisp2.pdf)>. Acesso em: 25 jul. 2016.

JESUS, Damásio de. **Direito penal, 3º volume**: parte especial: dos crimes contra a propriedade imaterial a dos crimes contra a paz pública. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 452 p.

LANÇAS, Vinicius Ramos. **Marcha da Maconha**: Transgressão e Identidade em um Movimento Social Contemporâneo. 2013. 146 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Sociologia Política, Universidade Federal de

Santa Catarina, Florianópolis, 2013. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/107320/319248.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 25 jul. 2016.

MANDELLI JUNIOR, Roberto Mendes. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: instrumento de proteção dos direitos fundamentais e da Constituição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. 207 p.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. 271 p.

OLIVEIRA, Eduardo. **A Legalidade da proibição da marcha da maconha**. 2008. 30f. Trabalho de Graduação (Graduação em Direito)–Universidade Mogi das Cruzes, Campus Villa-Lobos, Mogi das Cruzes, 2008.

PAULINO, Fernando Oliveira; PINTO, Jeronimo Calorio. DIREITO À COMUNICAÇÃO, LIBERDADE DE EXPRESSÃO E MARCHA DA MACONHA. **Revista Eptic Online**, Brasília, v. 15, n. 2, p.162-176, set. 2013. Disponível em: <<http://www.seer.ufs.br/index.php/epitic/article/view/1363/1362>>. Acesso em: 25 jul. 2016.

PINTO, Jeronimo Calorio. **Liberdade de expressão, Justiça e a legalidade da Marcha da Maconha**. 2013. 56 f. Monografia - Faculdade de Comunicação, departamento de Jornalismo, Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

Disponível em:

<[http://bdm.unb.br/bitstream/10483/5367/1/2013\\_JeronimoCalorioPinto.pdf](http://bdm.unb.br/bitstream/10483/5367/1/2013_JeronimoCalorioPinto.pdf)>.

Acesso em: 25 jul. 2016.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, volume 3**: parte especial, arts. 250 a 359H. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. 988 p.

RODRIGUES, Maria Stella Villela Souto Lopes. **ABC do Direito Penal**. 13. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. 512 p.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. 928 p

SUDATI, Maiara Nicoletti. **O limite do direito constitucional à liberdade de expressão e o delito de apologia de crime ou criminoso**. 2012. 86 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio De Toledo”, Presidente Prudente, 2012. Disponível em:

<<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/3087/2849>>. Acesso em: 14 set. 2016