

23/11/2011

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.274 DISTRITO FEDERAL**VOTO**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Presidente, gostaria de fazer algumas observações, até porque não participei do julgamento anterior a propósito desse tema.

Gostaria de destacar, como já fiz em outra oportunidade, que talvez a liberdade de reunião seja um desses direitos que demandem um tipo de reserva legal implícita. Em vários ordenamentos constitucionais, há previsão para leis sobre a liberdade de reunião, especialmente para a liberdade de reunião a céu aberto, por conta dos conflitos que esse exercício do direito enseja. Então, a possibilidade de conflitos, a possibilidade de tumulto, a possibilidade de desdobramentos reclama, talvez, disciplina ou regulação que o nosso texto constitucional não contemplou, a não ser a necessidade de que houvesse a comunicação à autoridade competente para fins de definição do local e, certamente, para a tomada de medidas ligadas ao poder de polícia, à segurança dos manifestantes e à possibilidade de deslocamento.

Todavia, diante de algumas colocações feitas pelo eminente Relator, gostaria de manifestar alguma reserva mental. Aqui, me parece que nós estamos diante de direitos que têm dimensão – como a liberdade de expressão – democrático-funcional. São direitos básicos do próprio sistema democrático, o funcionamento do próprio sistema; são direitos individuais, mas são direitos organicamente também institucionais; dão uma dimensão, inclusive, participativa, como foi destacado por Sua Excelência.

Não me parece – e não me parece, inclusive, a partir de algumas premissas que nós assentamos no caso *Ellwanger* – que se possa extrair do texto constitucional que toda e qualquer reunião pode ser permitida. Acho que é fundamental que se discuta a questão, tendo em vista a dimensão em que está colocada, quer dizer, a possibilidade de eventualmente se discutir a descriminalização de um dado tipo, e, no caso

ADI 4.274 / DF

específico, uma discussão que envolve a definição de uma política pública: liberação ou não das drogas. Nós sabemos, então, que há um debate quanto a isso. E até quem defende a descriminalização enquanto política pública não está defendendo o uso de droga; está defendendo eventual definição de uma política pública. Defende talvez até o combate ao uso de droga, mas por outros meios. É o juízo da inefetividade, tanto é que algumas cortes constitucionais já declararam, por exemplo, a inconstitucionalidade da criminalização do uso da maconha. Não é estranho que isso ocorra, tendo em vista um juízo de proporcionalidade.

Mas, vamos pensar alto que, neste contexto, as sociedades do mundo todo se movimentam, por exemplo, para a descriminalização de outras situações que são criminalizadas – o aborto, por exemplo, em muitos países foi descriminalizado a partir desse tipo de movimento. É razoável, portanto, que se lute contra o tipo de política que está estabelecida também com base na criminalização.

Voltando ao caso que mencionei, o caso Ellwanger, da prática de racismo, se nós traduzíssemos a liberdade de expressão, que foi objeto daquele debate, para o campo da liberdade de reunião, difundir aquelas ideias, atacar grupos numa praça pública poderia isso ser aceito?

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - No meu voto eu já antecipei que não pode se tiver proposta beligerante, proposta de incitação, de instigação, de auxiliamento.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Eu depreendi do voto de Vossa Excelência que todos podem se...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Ministro, se Vossa Excelência me permite, no caso específico é a liberdade de manifestação do pensamento coletivo com relação à descriminalização da maconha, do uso da maconha.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Isso, o objeto é esse. E drogas, não em geral.

ADI 4.274 / DF

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Então, o objeto é a manifestação do pensamento em relação à descriminalização dessa prática. No exemplo dado agora, a simples reunião já se caracterizaria como crime de racismo.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: O repúdio ao *“hate speech”* traduz, na realidade, decorrência de nosso sistema constitucional, que reflete, nesse ponto, a repulsa ao ódio étnico estabelecida no próprio *Pacto de São José da Costa Rica*.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Às expressas, e a Constituição veda.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Evidente, *desse modo*, que a liberdade de expressão **não** assume *caráter absoluto* em nosso sistema jurídico, **consideradas, sob tal perspectiva**, as cláusulas inscritas **tanto** em nossa própria Constituição **quanto** na Convenção Americana de Direitos Humanos.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Então, Presidente, é importante que fique muito claro que nós estamos a julgar tão somente esta questão, que é objeto hoje de um debate aqui e alhures: a saber se, de fato, temos um tratamento adequado para essa questão angustiante das drogas, quer dizer, o uso, o combate. Tanto é que muitas sociedades já optaram não pela descriminalização completa, mas pelo menos pela descriminalização do uso – e nós mesmos estamos a fazer um certo experimentalismo institucional com a legislação nova a propósito do tema. Então, nesse contexto, é preciso circunscrever de forma muito clara o objeto, tanto da ADPF quanto da ADIN, a fim de que não possamos extrair que a liberdade de reunião não contempla limites do ponto de vista substantivo.

Eu fico a imaginar, por exemplo, que um grupo qualquer – e nós

ADI 4.274 / DF

sabemos que há esse tipo de organização hoje, pois a toda hora se noticia na Internet – passasse a defender, Presidente, sem querer chocar, a pedofilia, a descriminalização da pedofilia. E, aí, dir-se-ia: "É aceitável? Não é aceitável?" Como nós vamos operar com essa ideia se quisessem fazer uma reunião aqui na Praça dos Três Poderes com esse objetivo?

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Descriminalização do homicídio.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não é? Então, é preciso substantivar esse debate.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Aí realmente a tese - que é a que está aqui consubstanciada e que coincide com a do Ministro Celso de Mello e com a intervenção oral do Ministro Cezar Peluso - é de que nenhuma lei pode se blindar contra discussão em praça pública do seu próprio conteúdo, dos seus méritos e de suas virtudes - aí eu faço os anteparos institucionais que estão aqui no voto.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Nada impede *que correntes minoritárias*, reunindo-se publicamente e de modo pacífico, **possam** sugerir, *tratando-se da gravíssima questão da pedofilia*, soluções alternativas **que não somente** aquelas de natureza penal. Nada impedirá, *portanto*, que esses mesmos grupos expressem, *livremente*, as suas ideias, *que podem ser absolutamente conflitantes* com o pensamento majoritário, mas que constituem expressão de suas próprias convicções, **suscetíveis** de circulação nos espaços públicos *a todos assegurados* pelo modelo democrático *que rege e conforma* a própria organização institucional do Estado brasileiro.

Numa comunidade estatal concreta, **regida** pelo princípio democrático, ideias **não podem** ser temidas, *muito menos reprimidas*, **sob o falso argumento** de que hostilizam padrões morais ou culturais

ADI 4.274 / DF

hegemônicos consolidados no âmbito de uma determinada formação social.

O que me parece irrecusável, Senhor Presidente, é que **ideias** devem ser combatidas com ideias e não sufocadas pelo exercício opressivo do poder estatal **ou** pela intolerância de grupos hegemônicos, partidários de uma "*Weltanschauung*", **vale dizer, de uma concepção de mundo dominante** na estrutura social.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - De uma censura prévia.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: **Quaisquer** pessoas **ou** grupos de pessoas **poderão** - e terão esse direito - de exprimir, em espaços públicos, novas ideias e novas propostas, **não** se podendo impedir, "*ex ante*", **a sua livre** circulação, **sob pena** de se estabelecer uma situação de domínio institucional, *por parte do Estado*, sobre o pensamento dos cidadãos, **notadamente sobre o pensamento crítico**.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Ministro Celso, com a devida vênia de Vossa Excelência, essas questões e esses *hard cases*, esses casos difíceis, sempre passam pelos princípios interpretativos materiais da Constituição. Acho que, à luz do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, essa é uma tese que não passaria nesse teste de forma alguma. Eu não posso crer que, em nome da liberdade de manifestação do pensamento, se admitisse uma reunião para discutir, eventualmente, a descriminalização da pedofilia sob o ângulo da razoabilidade e da proporcionalidade.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - E nesse caso se estaria até atentando contra a própria paz social, porque a pedofilia é uma violência contra a pessoa. Nós estamos no extremo oposto do espectro da manifestação de pensamento.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) -

ADI 4.274 / DF

Estamos todos de acordo. Estamos tentando elaborar os limites teóricos da discutibilidade.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - É muito bem-vinda essa reflexão do Ministro Gilmar Mendes, sem dúvida nenhuma.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Reconheço que esses "*hard cases*", quando apreciados, **deverão** ser julgados **em face** dos princípios e valores **que informam** a ordem constitucional.

Isso **não** significa, *porém*, que o processo de interpretação constitucional possa **deformar** o significado das grandes prerrogativas **que a própria** Constituição da República estabeleceu **em favor** das pessoas em geral, **subvertendo, desse modo, vetores hermenêuticos e valores fundamentais** consagrados na ordem constitucional, mediante inaceitáveis manipulações interpretativas *que só fazem revelar* o propósito de impor *indevida submissão* da autoridade hierárquico-normativa da Lei Fundamental do Estado à conveniência, aos desejos e às aspirações de grupos, núcleos **ou** estamentos majoritários.

Se isso se tornasse possível, *estar-se-ia absurdamente validando* a supressão *do discurso crítico e do pensamento livre*, **negando-se**, aos cidadãos desta República, **as virtudes** que derivam do modelo democrático **que inspira, que ilumina e que informa a própria** organização institucional do Estado brasileiro.

A proteção jurisdicional das liberdades fundamentais de reunião e de manifestação do pensamento **não significa, contudo**, autorização para que práticas criminosas sejam cometidas...

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Está bem circunscrito.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Se Vossas

ADI 4.274 / DF

Excelências me permitem, um debate que tenho acompanhado com bastante interesse, por razões acadêmicas, é o que se trava em torno dos fármacos que inibem a obesidade, sobretudo a obesidade mórbida. Como nós sabemos, a Anvisa, Agência Nacional de Vigilância Sanitária, proibiu a comercialização de determinados fármacos, determinados produtos que continham certa substância, mas a comunidade médica levantou-se em protesto, veiculando o seu pensamento pelos jornais e pela *Internet*, dizendo que não há nenhum risco à saúde. Portanto, remédios proibidos pela Anvisa são também - e podem ser considerados - entorpecentes, produtos, substâncias proibidas, mas não se pode exatamente vedar esse contraponto a que aludem os eminentes Ministros Celso de Mello e Relator no sentido de se discuta, até em sede acadêmica, o contraponto à própria ação do Estado, que veda determinadas condutas.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Exatamente, esse é o ponto para o qual gostaria de chamar a atenção. Sabemos que afirmar que a defesa de determinadas ideias – por exemplo, a descriminalização do uso de drogas ou a sua eventual comercialização como política criminal – já constituiria apologia do crime, levaria até mesmo à impossibilidade de uma eventual revisão dessa legislação numa sociedade estruturada democraticamente. Nós sabemos como essas ideias começam a circular. Nós teríamos aí verdadeiramente uma aporia; há escolhas hoje de modelos legislativos os mais diversos em torno desse assunto.

Agora, sentar praça que a liberdade de reunião como tal não está submetida a limitações – e aí eu chamo a atenção, por exemplo, para esse caso conexo, o caso do racismo ou do antissemitismo –, parece-me, provoca o risco de, primeiro, produzirmos uma decisão que não vai guardar coerência com aquilo que afirmamos no caso Ellwanger; em segundo lugar, vai permitir algo que nós consideramos inclusive crime, porque a discussão no caso Ellwanger envolvia o reconhecimento de que o antissemitismo praticado daquela forma configurava uma forma de racismo. Neste caso, trata-se de um tipo penal decorrente do que chamam um mandato de criminalização: é o texto constitucional que determina.

ADI 4.274 / DF

Talvez seja preciso ter um certo cuidado para deixar isso claro, a fim de que, a partir de fundamentos determinantes, não se extraia que há a possibilidade de um direito de características ilimitadas.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Ministro Gilmar, na oportunidade da votação da denominada "Marcha da Maconha", nós tivemos ocasião de destacar que a liberdade de expressão também funciona como um mecanismo de controle dos abusos do Estado, uma vez que é tênue a linha divisória entre a manifestação de pensamento legítima e aquela inadmissível, de modo que, para a proteção do discurso legítimo, é recomendável que as expressões de pensamento, em princípio, sejam livres. Então, o acréscimo à manifestação de pensamento legítimo talvez atenda ao que Vossa Excelência quer ponderar ou estabelecer como parâmetro, para que não haja uma carta de alforria que permita reuniões que extravasem, como disse o Ministro Lewandowski, os conceitos de ordem pública, de moral e de bons costumes.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Eu acho que a preocupação do Ministro Gilmar Mendes - quero crer - ficará atendida se disséssemos assim: donde se concluir que a única vedação constitucional na matéria se direciona para uma reunião cuja base de inspiração e termos de convocação revelem propósitos e métodos de apologia ao crime, de violência física armada ou beligerante. Eu acho que sintoniza com o voto do Ministro Celso de Mello - quero crer.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Há limites que, fundados *na própria* Constituição, conformam o exercício do direito à livre manifestação do pensamento, eis que a nossa Carta Política, ao contemplar determinados valores, *quis protegê-los* de modo amplo, em ordem a impedir, por exemplo, *discriminações atentatórias* aos direitos e liberdades fundamentais (CF, art. 5º, XLI), *a prática do racismo* (CF, art. 5º, XLII) e *a ação de grupos armados* (civis ou militares) contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (CF, art. 5º, XLIV).

ADI 4.274 / DF

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Não, de nenhum modo.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: As leis são *essencialmente* revogáveis. O que me parece importante é **não permitir** que a livre manifestação de ideias fique subordinada a determinados conceitos **impostos** pela autoridade pública.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Eu concordo. Podemos, Ministro Celso de Mello e Ministro Gilmar Mendes - e é o que proponho -, nos limitar ao pedido feito pelo Ministério Público. A Procuradora está aqui.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É isso o que estou dizendo; é deixar muito claro que o *Leitmotif* da provocação é tão somente discutir o exercício da liberdade de reunião em torno das propostas ou defesa de eventual não criminalização associada ao uso ou entrega de drogas ou estupefacientes, mas que isso não se estenda.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - É porque podem surgir situações, que serão resolvidas.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Até porque - voltando ao caso Ellwanger -, volto a dizer, é um paradigma para nós, nós mesmos afirmamos que o § 1º do artigo 220 segue, na verdade, a redação da primeira emenda; quer dizer, nenhuma lei conterà dispositivo (o que nós logramos formular) que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - É interessante, mas também estende ao direito de reunião. Nenhuma lei pode conter nada sobre direito de reunião, na primeira emenda.

ADI 4.274 / DF

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Veja, observado o disposto – portanto se fez um tipo de reserva qualificada – no artigo 5º, incisos IV, V, X, XIII e XIV.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Mas isso foi **a posteriori**.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não, não é *a posteriori* observado.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Sim, para conciliar.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - O que significa o direito de resposta, a inviolabilidade à liberdade de consciência e crença, a livre manifestação de pensamento:

"X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas(...)

XIII - é livre o exercício de trabalho, ofício ou profissão (...)

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação (...)"

Veja o próprio texto constitucional.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Mas manda observar, Ministro - aí nós vamos reabrir aquela discussão - depois de desfrutado o direito à liberdade de informação jornalística; senão, é censura prévia.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Essa é outra discussão. O que o texto diz é nenhuma lei, observados esses parâmetros. Logo, a legislação pode, inclusive, criminalizar.

O crime contra a honra, o que é? Nesse caso, o texto constitucional deu essa disciplina.

ADI 4.274 / DF

Eu gostaria, Presidente, de fazer essas ressalvas, porque, sobretudo diante de passagens que eu ouvi do bem elaborado voto do eminente Relator, pode-se isoladamente depreender que esse direito não comportaria limites de índole material. Esse tipo de interpretação, a meu ver, não é compatível, sobretudo porque numa interpretação sistêmica nós não podemos dissociar a interpretação que fazemos, por exemplo, da liberdade de expressão – aqui é liberdade de imprensa, que é uma de suas manifestações – da própria liberdade de reunião, que, na verdade, em determinada medida, potencializa, funcionaliza a própria ideia de liberdade de expressão; pessoas reunidas expressam uma dada concepção num dado espaço aberto.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Ministro Gilmar Mendes, com a devida vênua, a Corte está muito adstrita àquilo que foi pleiteado, ou seja, para que não houvesse a criminalização da manifestação da expressão no sentido da descriminalização do uso da maconha.

Não houve aqui um pedido genérico no sentido de que fosse possível a manifestação de expressão e pensamento sobre a descriminalização de qualquer e toda conduta. Foi nesse caso específico.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Não voto nada além do que disse o Ministro Celso de Mello. Está na mesma linha do voto do Ministro Celso de Mello, apenas com outras palavras.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Essa preocupação surgiria se houvesse uma pretensão genérica de não se considerar apologia ao crime - que é, em si, um crime - o pleito de descriminalizar toda e qualquer conduta, mas aqui está muito adstrita.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: A matéria, neste caso, por mais abrangente, **não** se restringe à substância canábica, **alcançando outras drogas, considerados, especificamente, os limites materiais** do pedido **que se formulou** em face da regra inscrita no § 2º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006.

ADI 4.274 / DF

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Isso, de drogas, não é maconha. Aqui é mais do que a maconha; no outro foi específico, aqui não.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Ministro Gilmar, Vossa Excelência concluiu seu voto?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Senhor Presidente, eu gostaria, portanto, de fazer essa ressalva, lembrando que nós estamos também a invocar o próprio texto constitucional, inciso XLIII do artigo 5º, que estabelece um mandado de criminalização do chamado "tráfico ilícito de drogas", mas é óbvio que isso dependeria da disciplina que a legislação viesse a adotar.

O pano de fundo é uma discussão sobre política pública, que de quando em vez surge. Um exemplo é o debate em relação ao aborto. Muitas vezes se diz que não se está a defender o aborto, mas a criminalização faz com que haja uma desinformação ou que pessoas, depois, lancem mão de expedientes escusos, pois não têm o auxílio necessário da rede hospitalar do sistema de saúde e, por isso, acabam sendo vítimas de arapucas existentes, do charlatanismo e tudo o mais; quer dizer, o debate não está simplesmente na defesa do aborto, mas é um debate de saúde pública.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: *Realmente, a discussão sobre o denominado "safe abortion", objeto de algumas deliberações tomadas, na década de 1990, no âmbito de diversas conferências internacionais (como a Conferência do Cairo, a Conferência de Viena sobre os Direitos Humanos e a 4ª Conferência sobre os Direitos da Mulher, realizada em Pequim, p. ex.), objetiva definir a posição da comunidade internacional, e de cada Estado nacional, a respeito das medidas que devem ser adotadas no contexto de políticas públicas em matéria de saúde, a significar que o tema do aborto seguro tem sido considerado na perspectiva do debate em torno da defesa e proteção da própria saúde pública e, também, do reconhecimento dos direitos sexuais e*

ADI 4.274 / DF

reprodutivos da mulher.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Ao aborto seguro, para aqueles que façam essa escolha. Então, aqui também a discussão é de política pública adequada para lidar com esse seriíssimo fenômeno social.

Então, pedindo todas as vênias ao eminente Relator, que acredito estar sendo coerente inclusive com o voto proferido no caso Ellwanger, no qual Sua Excelência dizia que não via também possibilidade de impor limites, eu pediria para rememorar o caso Ellwanger.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - No caso Ellwanger, eu e o Ministro Ministro Marco Aurélio votamos vencidamente, mas de modo coincidente. O antissemitismo é crime, e não negamos isso, absolutamente. Agora, nós achamos que, naquele caso, não havia incitação ao antissemitismo; não concordávamos com muita coisa do que estava ali escrita, mas entendíamos que a matéria estava contida nos limites dessa liberdade de exprimir o pensamento. Não fizemos por nenhum modo a rejeição da ideia-força de que o antissemitismo há de ser tido como crime.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Vou concordar com Sua Excelência quanto à parte dispositiva, mas vou fazer essas ressalvas quanto aos fundamentos, pelo menos daquilo que eu apreendi e depreendi do voto de Sua Excelência.