

RECEBIDO EM: 05/10/2017  
APROVADO EM: 12/01/2018

# OS LIMITES DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DIREITO DE REUNIÃO E (A)TIPICIDADE DAS MARCHAS EM DEFESA DA DESCRIMINALIZAÇÃO DE DROGAS (ADPF N. 187)

*THE SUPREME COURT'S LIMITS OF COMPETENCE IN JUDICIAL REVIEW: FREE SPEECH, RIGHT OF ASSEMBLY AND TYPICAL ADEQUACY TO CRIMINAL PRECEPT'S CONDUCT IN THE MARCHES IN DEFENSE OF THE DECRIMINALIZATION OF DRUGS (ADPF N. 187)*

*Jone Fagner Rafael Maciel*  
*Mestre em Constituição e Garantia de Direito (UFRN).*  
*Especialista em Direito Público (UnB). Procuradoria Federal no Estado do Rio Grande do Norte. Procurador Federal.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Exposição da discussão: os fundamentos utilizados pelos participantes das marchas da maconha, delimitação das condutas e a controvérsia que motivou a propositura da ADPF nº 187; 2 Parâmetros de aferição; 2.1 Liberdade de manifestação do pensamento; 2.2 Direito de reunião; 2.2.1 A licitude do propósito vs violência como propósito; 2.2.2 Violência por terceiros; 2.2.3 Armas e demais requisitos procedimentais; 3 Questões a serem respondidas; 4 Decisões judiciais que criminalizaram as Marchas da Maconha: Área de proteção e intervenção na

área de proteção do direito à expressão do pensamento e de reunião; 4.1 Apologia de fato criminoso ou autor de crime. Bem jurídico protegido. Elementos do tipo. (In)Adequação típica da conduta; 4.1.1 Situação 1: discussão pertinente à questão ligada à política de enfrentamento; 4.1.2 Situação 2: discurso em defesa das condutas conexas ao uso da droga [finalidades medicinal, econômica e/ou recreativa]; 4.2 Atipicidade e juízo infraconstitucional; 5 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O presente trabalho perscruta, a partir da análise do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 187 pelo Supremo Tribunal Federal, que tratou da criminalização da conduta dos participantes e/ou promotores das marchas da maconha em face da proteção conferida pelo direito à liberdade de manifestação [art. 5º, IV] e de reunião [art. 5º, XVI], se de fato se fazia necessário o exame da constitucionalidade em abstrato do artigo 287 do Código Penal [apologia ao crime], ou se a questão poderia ser resolvida apenas pela ausência de adequação típica das condutas ao preceito penal, de modo que este, ao não comportar a interpretação que se lhes emprestavam determinados órgãos jurisdicionais, prescindiria, por desnecessária, da declaração de nulidade parcial sem redução de texto que resultou do julgamento da ação, o que, se ocorrido, evidenciaria a invasão pelo STF de competências de outros órgãos jurisdicionais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Controle de Constitucionalidade. ADPF. Direito de Reunião e de Manifestação.

**ABSTRACT:** This paper scrutinizes, from the trial's analysis of the Claim of Breach of Fundamental Precept #187 by the Supreme Court, which addressed the conduct's criminalization of participants and/or promoters of marijuana marches in face of the protection conferred by the right to freedom of demonstration [Art. 5, IV] and assembly [Art. 5, XVI], whether indeed it was necessary to examine the constitutionality in the abstract of Article 287 of the Criminal Code [apology to crime], or whether the issue could be resolved just by the absence of typical adequacy to criminal precept's conduct, so that, while it do not includes the interpretation that certain courts lent to it, it would prescind, as unnecessary, the declaration of partial nullity without reduction of the text resulting from the lawsuit's trial, which, if occurred, would demonstrate the Supreme Court's invasion of other courts' sphere of competence.

**KEYWORDS:** Control of Constitutionality. Claim of Breach of Fundamental Precept. Right to Freedom of Demonstration and Assembly.

## INTRODUÇÃO

Tema de discussão incessante, as marchas em defesa da legalização da maconha estiveram há bem pouco tempo no centro do debate nacional, sendo alvo de grandes discordâncias sociais pertinentes à permissibilidade de sua ocorrência, uma vez que os promotores e participantes se fundavam na possibilidade de sua realização, por ser exercício do direito à liberdade de expressão do pensamento e de reunião, protegidos pelo art. 5º, IV e XVI, da Constituição Federal, enquanto alguns órgãos estatais entendiam que a danosidade inerente a tudo que, de alguma e qualquer maneira, pudesse ser associado às drogas seria causa de perturbações sociais e, portanto, para o caso das marchas, *penalmente* vedadas.

Nesse cenário, ações foram propostas contra e em defesa da marcha em si ou dos seus participantes, tendo havido decisões proibindo a sua realização e, outras, permitindo a sua ocorrência ou garantindo o direito de ir e vir dos participantes<sup>1</sup>, culminando com a proposição pela Procuradoria-Geral da República da ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 187. Essa ação foi julgada procedente pelo Supremo Tribunal Federal para dar ao preceito contido no art. 287 do Código Penal *interpretação conforme* a Constituição, de tal sorte a excluir qualquer exegese que pudesse dar ensejo “à criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, *inclusive* através de manifestações e eventos públicos” [grifo consta do original].

Contudo, indaga-se se o mérito da pretensão veiculada ensejaria efetivamente a análise da constitucionalidade do preceito ou apenas da interpretação a ele conferida pelos Juízes e Tribunais brasileiros e, em especial, quanto a esse último ponto, se a questão resolver-se-ia pela simples verificação de se a conduta daqueles que promoveram ou integraram as manifestações públicas em defesa da legalização da *cannabis* enquadrar-se-ia objetivamente no tipo descrito no art. 287 do Código Penal. Isso porque, em se esgotando essa análise na atipicidade da ação, não se faria necessário proferir um juízo redutor de uma interpretação que não se

1 Indicativos, como exemplificação, os processos nº 0101324-53.2011.8.26.0000; 0100202-05.2011.8.26.0000; 0100200-35.2011.8.26.0000; 990.10.235543-8, todos do Tribunal de Justiça de São Paulo (consultas feitas no site do Tribunal de Justiça de SP, mediante inserção de termos direcionados às marchas. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>>. Acesso em: 01 set. 2015) contrários à realização das marchas; e os processos nº 70030025068 e 70036328334, ambos do TJRS, favoráveis, ao menos em sede liminar, uma vez que o mérito restou prejudicado pelo esgotamento do objeto (consultas feitas no site do Tribunal de Justiça do RS, mediante inserção de termos direcionados “marchas da maconha”. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em: 01 set. 2015).

encontrava contida nos limites da disposição penal em análise, uma vez que, antes de avaliar a constitucionalidade do preceito em tese, faz-se necessário verificar se a conduta considerada criminosa pelo tipo foi efetivamente realizada.

Assim, de modo a avaliar a correção da argumentação desenvolvida pela Suprema Corte no julgamento da referida Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, procederemos ao exame segundo as linhas argumentativas acima alinhavadas, mediante a descrição da conduta dos promotores e integrantes das marchas em defesa da maconha, de modo a verificar os fundamentos que se afigurariam determinantes para o julgamento da ação: se a subsunção da conduta ao preceito contido no art. 287 do Código Penal, ou se a necessidade de promover a análise da constitucionalidade do preceito e da interpretação a ele conferida. Esse proceder demandará a fixação dos contornos normativos pertinentes à área de proteção do direito de reunião e liberdade de manifestação, as eventuais intervenções e, em havendo, suas respectivas justificações constitucionais.

## **1 EXPOSIÇÃO DA DISCUSSÃO: OS FUNDAMENTOS UTILIZADOS PELOS PARTICIPANTES DAS MARCHAS DA MACONHA, DELIMITAÇÃO DAS CONDUTAS E A CONTROVÉRSIA QUE MOTIVOU A PROPOSITURA DA ADPF Nº 187**

No sítio mantido pelo coletivo autodenominado *marcha da maconha* foi possível encontrar os motivos que levaram um grupo de cidadãos de vários cantos do país<sup>2</sup> a se mobilizarem pela discussão pertinente à proibição, mediante a incriminação, de condutas propiciadoras do uso da maconha, podendo de sua carta de princípios<sup>3</sup> extrair, já de início, que a proposta apresentada seria a de “levantar a proibição hoje vigente em nosso país em relação ao plantio e consumo da *cannabis*, tanto para fins *medicinais* como *recreativos* [grifos acrescidos]”. No mais, sustentam que a política proibicionista nacional e internacional seria um fracasso, por conta do custo elevado de inúmeras vidas humanas, argumentando, por fim, que “o potencial econômico dos produtos feitos de cânhamo deve ser explorado, especialmente quando isto for adequado sob o ponto de vista ambiental”.

---

2 As representações em diversos locais são indicadoras da abrangência dos grupos de discussão, como se pode ver no endereço: <<http://blog.marchadamaconha.org/quem-somos>>. Acesso em: 01 set. 2015.

3 Disponível em: <<http://blog.marchadamaconha.org/carta-de-principios-da-marcha-da-maconha-brasil>>. Acesso em: 01 set. 2015.

Em sede de conclusão, sustentam que não estariam fazendo qualquer apologia ou incentivo ao uso de qualquer droga, pois apenas visariam a derrubada da proibição.

Defendem sua atuação com base no fato de a Constituição a todos garantir a liberdade de expressão [manifestação], tendo ainda em mente participarem ativamente das decisões políticas mediante a proposição do debate, para que as leis sejam elaboradas em sintonia com a evolução da sociedade. Para tanto, sustentam a necessidade de promoção de manifestações públicas [direito de reunião] pela legalização da *cannabis*, dentre outras ações.

Dessas proposições infere-se que os participantes ou promotores das manifestações em comento lançaram dúvidas tanto em relação à política estatal voltada à questão das drogas, embora mais especificamente à maconha, pois consideraram a forma de enfrentamento inidônea para o fim pretendido, mas também promoveram a *defesa do uso da substância em si*, independente do menor ou maior altruísmo pertinente à sua destinação [fins medicinais, econômicos ou meramente recreativos]. Com isso, é possível promover uma divisão precisa das condutas, sendo a primeira (a) voltada especificamente à questão da opção política adotada pelo Estado de como lidar com as drogas, ou seja, da presteza ou não dos meios em vigor em vista da finalidade perseguida; já a segunda (b) refere-se à defesa do uso em si da substância, seja para fins medicinais, econômicos ou de mero deleite, de modo que, para essa, o pano de fundo se volta ao direito geral de liberdade.

Com base nesses discursos, ações judiciais foram propostas, seja para vedar a ocorrência de marchas em defesa da legalização da *cannabis* – e decisões foram proferidas nesse sentido –, seja para permitir sua ocorrência ou mesmo garantir não especificamente o exercício do direito de reunião, mas o de liberdade individual [ou mais especificamente, o de liberdade de manifestação do pensamento], por força da impetração de *habeas corpus*, ações essas que geralmente tinham o seu seguimento prejudicado tão logo ocorridas as marchas ou ultrapassada a data prevista sem que houvesse sido realizadas.

Em razão da controvérsia gerada pela concepção pertinente à vedação da realização das marchas, pois se estaria, em tese, promovendo a apologia de conduta tipificada no art. 28 da Lei nº 11.343/2006, o que faria incidir a proibição contida no art. 287 do Código Penal, ou a sua permissibilidade em razão da garantia do direito à livre expressão do

pensamento e ao de reunião, constantes, respectivamente, do art. 5º, IV e XVI, da Constituição Federal, a Procuradoria-Geral da República, propôs a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 187. Nela, postulou ao Supremo Tribunal Federal que fosse dado ao preceito constante do Código Penal *interpretação conforme a Constituição* para dele excluir “a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, *inclusive* através de manifestações e eventos públicos”<sup>4</sup>. [o grifo consta do original].

Foram essas as questões levantadas e postas à apreciação do STF para julgamento, o que demandaria da Corte a fixação do(s) parâmetro(s) de avaliação a ser(em) aplicado(s) e que deveria(m) guiar a análise de todos os Ministros, pois a divergência aceitável dar-se-ia [ou deveria se dar] em relação ao resultado pertinente ao que cada um dos juízes constitucionais decidiu, mas não em relação ao ponto de partida [parâmetros do julgamento: dispositivos constitucionais específicos] que guiaria a apreciação da causa.

## 2 PARÂMETROS DE AFERIÇÃO

Delimitadas as ações do Poder Público consideradas, pela Procuradoria-Geral da República, intervenientes em direitos fundamentais, e indicando os promotores e participantes das marchas que estariam protegidos pelo que lhes garantem o direito à livre manifestação do pensamento [art. 5º, IV, CF] e de reunião [art. 5º, XVI, CF], o mesmo fazendo a PGR quando da propositura da ação<sup>5</sup>, essa circunstância suscitaria a possível concorrência de parâmetros constitucionais (DIMOULIS;

4 Interessante que a ADPF proposta teve por fundamento normativo o que consta do caput do art. 1º, da Lei nº 9.882/99, sendo, pois, uma ação autônoma, e não incidental (conforme consta do inciso I do art. 1º da lei citada), tal como arguido pela PGR e ratificado pelo relator, Min. Celso de Mello, que aduziu não se ligar a ação a uma situação concreta específica. Essa afirmação, contudo, deve ser lida de forma a indicar, apenas e tão somente, que foi ela proposta não para obter a resolução da questão constitucional que seria prejudicial ao mérito de uma demanda determinada em curso nos juízos inferiores, em virtude do fato de a pretensão deduzida ter por objeto a redução de situações de aplicação em decorrência da interpretação dada pelos Juízes ao art. 287 do CP, de modo que, segundo interpretação conferida pela literatura jurídica, seria o caso de não de uma interpretação conforme a Constituição, mas sim de uma declaração de nulidade parcial sem alteração do texto.

5 A PGR suscitou, além dos parâmetros constantes do art. 5º, IV e XVI, da Constituição, os direitos garantidos pelo inciso IX do artigo 5º (liberdade artística) e art. 220 (liberdade de comunicação), parâmetros impertinentes para análise da situação proposta, pois os preceitos indicados têm por objeto situações diversas daquela exprimida pelos partícipes das marchas, que suscita apenas a possível concorrência entre os dois incisos do artigo 5º indicado no início (IV e XVI). Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seobjetoincidente=2691505>>. Acesso em: 01 set. 2015.

MARTINS, 2014, p. 169). para análise da intervenção procedida pelo Poder Público, resultando na necessidade de se averiguar se essa concorrência seria *aparente ou real*.

Como muitas das decisões judiciais proibiram a realização das marchas, ainda que partindo do pressuposto da tipicidade da conduta de quem as promovessem ou a elas aderissem [portanto, uma conduta individualizada], resultaria inegável que a intervenção recairia fortemente no direito de reunião protegido pelo art. 5º, XVI, da CF/88, sendo esse, pelo menos nessas situações descritas [proibições de reuniões], o parâmetro a determinar o exame de constitucionalidade a ser empreendido pelo STF.

Ocorre que a ação proposta pela PGR teve por objeto dar ao art. 287 do Código Penal *interpretação conforme a Constituição*, ao fundamento de não se afigurar criminosa a conduta daqueles que, em reunião ou *individualmente*, promovessem atos em defesa da legalização das drogas. Assim, partindo da concepção de que um dos fundamentos da ação foi a violação a preceito fundamental causado por eventuais decisões que viessem a criminalizar a conduta de quem defendesse a *legalização da maconha* com fulcro na suposta apologia de fato criminoso, ter-se-ia no caso a impossibilidade de exposição do pensamento, e não, pois, proibições pertinentes à reunião em si, de modo que o parâmetro do exame de constitucionalidade seria, para essa situação, o que consta do art. 5º, IV, CF.

E, de fato, essa deveria ser uma análise a efetivar-se, uma vez que os manifestantes desejavam não apenas reunir-se para externar uma ideia comum pertinente à determinada política estatal, de modo que intervenções externas, principalmente provindas do Estado, não obstaculizassem o direito à expressão de seus pensamentos de *forma reunida* com outras que comungavam o mesmo interesse, mas também queriam não ser *individualmente incriminados* pelo fato de estarem expondo em público uma opinião crítica pertinente a como o Estado lida ou deveria lidar com a questão da criminalização da produção e comércio da maconha.

Em consequência, o fato de a pretensão exercida em sede de controle abstrato ter se voltado também para possíveis incriminações individuais, a concorrência deixaria de ser *aparente*, passando a ser *real*, demandando a análise pertinente à área de proteção tanto do direito à liberdade de manifestação do pensamento (MARTINS, 2005, p. 527), como do direito de reunião.

## 2.1 LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO

O art. 5º, IV, da Constituição Federal, prescreve que *é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato*, preceito de relevada importância para caracterização democrática de determinado regime (DIMOULIS; MARTINS, PETTIT, 2014, 2003, p. 267; p. 370-384), dada sua função propiciadora do fomento ao debate e ao livre curso de ideais e, portanto, instrumento viabilizador da participação popular nos assuntos de interesse público.

Essa prescrição permite antever a amplitude do recorte social que teve por objeto o constituinte quando tratou da liberdade da exposição de ideias, tanto que fez com que a área de proteção coincidisse [quase ou completamente] com a própria área de regulamentação do direito (CANÁRIO, 2016), ao não fazer constar nenhuma limitação respeitante ao conteúdo do pensamento e à sua exposição, seja na descrição da garantia constante do *texto normativo*, seja mediante a não especificação, nele, de ordem ao legislador para que procedesse à limitação quanto a esse aspecto conteudístico.

Isso porque o que considerou o constituinte *diretamente* não protegida, no que pertine à livre expressão do pensamento, foi a possibilidade de tornar sigilosa a identidade do autor da opinião difundida (MARTINS, 2012, p. 251-252), ou seja, de encobrir aquele que promoveu a exteriorização de suas ideias, isso em razão da possibilidade de essa exposição poder vir a colidir com direitos de terceiros, cujo exercício pressuporia a necessária ciência quanto ao autor do pensamento manifestado, de forma a possibilitar a efetivação do direito de resposta (MARTINS, 2012, p. 219), mas, principalmente, o direito à proteção ou reparação aos direitos de personalidade eventualmente atingidos [dano moral ou à imagem] e aos prejuízos econômicos causados [danos materiais], tendo em vista a proteção contida nos incisos V e X, ambos do art. 5º, da Constituição Federal.

De toda forma, percebe-se que o anonimato que o constituinte não concedeu proteção não interfere no conteúdo do direito à liberdade do pensamento, pois cuida apenas de atribuir ao seu autor a responsabilidade pelo exercício do direito em vista dos possíveis danos que vier a causar, ou garantir a quem eventualmente tenha sua esfera jurídica atingida o direito de resposta. Dessume-se, desse modo, haver a previsão de uma proteção a direitos da personalidade a partir do efeito decorrente do pensamento manifestado [p. ex.: direito de resposta], mas não uma intervenção limitadora e direta no conteúdo normativo deste [direito à manifestação do pensamento] de modo a obstar o seu exercício.

Encontra-se o direito, assim, garantido de forma bastante ampla, tendo os brasileiros e estrangeiros aqui residentes a faculdade não apenas de formularem suas próprias ideias ou juízos de valor sobre quaisquer coisas, mas, principalmente – e aqui se encontra o cerne da garantia –, o de as exporem, não podendo o Estado, em princípio, fixar limites decorrentes de valores sociais eventualmente considerados dominantes, moralmente aceitos ou defensáveis [*mainstream*], pois a correção ou o bom tom do conteúdo da opinião expressada não foram alçados a requisitos do exercício do direito (MARTINS, 2012, p. 215).

Poderia o constituinte ter delimitado de forma mais restrita o conteúdo ou, melhor dizendo, a área de proteção do direito à liberdade de manifestação, ou mesmo imposto ao legislador infraconstitucional a tarefa de promover restrições ao seu conteúdo. Isso é o que ocorre, por exemplo, na Lei Fundamental Alemã, que em seu art. 5, I, primeiro período, traz a previsão pertinente à liberdade de opinião, conferindo aos titulares do direito de expressarem e divulgarem livremente seu pensamento por via oral, por escrito ou imagem, tendo, contudo, no parágrafo II *do mesmo art. 5*, previsto que o direito em si encontra limites nas leis gerais, nos regulamentos legais para proteção da juventude e no direito de honra pessoal<sup>6</sup>. Ressalve-se que essas restrições previstas pela atuação normativa do legislador ordinário sofrem a influência recíproca das disposições constitucionais [limite dos limites].

Ocorre que embora o constituinte brasileiro não tenha promovido a prévia delimitação da área de proteção do direito à liberdade de manifestação do pensamento ao não prescrever reservas legais – simples ou qualificadas –, intervenções em seu âmbito de proteção podem, todavia, ocorrer, não obstante somente se justifiquem a partir da análise do direito constitucional de colisão (MARTINS, 2012, p. 169 ss) (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 218-219). Assim, ainda que seja possível proceder a uma restrição do direito constitucionalmente garantido, o ônus de justificação da restrição imposta se expande, devendo essa análise proceder, necessariamente, a uma *interpretação sistêmica* das normas integrantes do texto constitucional [como, por exemplo, as constantes do art. 5º, V e X, CF], bem como do princípio da proporcionalidade (em sentido estrito), (DIMOULIS; MARTINS, 2014, 2012) mediante a análise da adequação do meio utilizado em vista da finalidade perseguida e da necessidade da medida (MARTINS, 2012).

6 Lei Fundamental alemã. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>.

Acesso em: 01 abr. 2015.

Dessa forma, uma intervenção restritiva na área de proteção do direito à liberdade de manifestação do pensamento, por força de uma interpretação sistemática, em decorrência de uma barreira normativamente identificável posta por outro interesse constitucionalmente tutelado (p. ex.: art. 5º, VI, CF), pode vir a interferir especificamente no aspecto conteudístico do direito fundamental e encontrar uma justificação constitucional. Mas, como visto, a análise dessa restrição ou intervenção estatal remete a aspectos ligados a momento distinto: no caso, pertinente à verificação da *intervenção* na área de proteção do direito e sua *justificação* constitucional e, não, pois, na delimitação de sua área de proteção *prima facie*.

É possível, assim, conceber que o direito à livre manifestação do pensamento, em vista de sua alargada área de proteção, tal como fixada pelo constituinte originário, protege a exposição de ideias, sem que haja *prima facie* qualquer restrição pertinente ao conteúdo da manifestação do pensamento a ser exprimido, de modo que ainda que a ideia manifestada encontre forte repulsa social, esse sentimento de aversão só por si não basta para que se considere ela (a ideia exposta) como fora da área de proteção do direito tutelado pelo art. 5º, IV, CF. No que tange a eventuais choques do exercício desse direito com bens jurídicos coletivos ou direitos de terceiros, tal controle é remetido a momento posterior, pertinente à verificação da justificação de uma intervenção legislativa, executiva (administrativa) ou mesmo judicial, na razão direta dos limites decorrentes da interpretação sistemática a ser procedida (MARTINS, 2012, p. 216).

Portanto, a ação daqueles que expõem sua opinião ou juízo de valor respeitante à (i) forma como o Estado lida com as drogas no que se refere especificamente à política repressiva adotada e sua inadequação, ou (ii) mesmo para verem determinada droga ser liberada para fins medicinais, comerciais ou apenas de puro deleite insere-se no âmbito do protegido pelo preceito constante do art. 5º, IV, da Constituição Federal.

## 2.2 DIREITO DE REUNIÃO

O artigo 5º, XVI, da Constituição Federal prescreve que todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país, por força da delimitação do *caput*, 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*. Assim, o constituinte terminou por promover uma descrição do âmbito de proteção do direito de reunião de forma mais detalhada do que em relação a outros direitos fundamentais,

ao dispor que nem toda reunião será considerada constitucionalmente garantida, mas apenas aquela que preencher o pressuposto atinente à pacificidade, que se qualifica mais ainda pela vedação ao porte de armas pelos participantes, fixando, ainda, alguns requisitos pertinentes à forma de exercício do direito, que seria a não frustração de outra já marcada para o mesmo local, exigindo-se, ainda, a prévia comunicação à autoridade competente quanto à sua realização.

Por conseguinte, a área de proteção (AP) do direito está delimitada pelos termos *reunião, pacificamente e sem armas*, não sendo elementos definidores seus (da AP) os requisitos procedimentais (BRANCO; PIEROTH; SCHLINK, 2013, p. 307, 2012, p. 343) constantes da parte final do inciso XVI do art. 5º (*não frustração de outra e prévio aviso*).

Vê-se, assim, que não obstante a maior especificação do âmbito de proteção do direito à liberdade de reunião, ao prever condicionantes para a garantia do seu exercício, não fez constar o legislador constituinte uma reserva legal simples ou qualificada, o que faz incidir as mesmas observações acima indicadas, pertinentes ao direito à liberdade de manifestação do pensamento, de modo a ser possível a fixação de restrições com base no direito constitucional de colisão, de forma que a interpretação sistêmica do texto constitucional pode permitir a fixação, pelo legislador ordinário, de delimitações respeitantes ao exercício do direito. Está o legislador, todavia, vinculado fortemente ao dever de justificação do detalhamento normativo que promulgar.

O fato de estarmos a tratar de um direito fundamental de natureza negativa, garantidor, pois, de um direito de resistência do cidadão em face de uma interferência estatal em sua esfera de liberdade (PIEROTH; SCHLINK; SARLET, 2012, 2014, p. 115, p. 529), para cujo exercício não se faz necessária normatização regulamentadora, não desagua na consideração pertinente à impossibilidade de se fazê-lo (MARTINS; SARLET, 2016, 2014, p. 529). Isso se demonstra pela possibilidade de ação do legislador ordinário em fixar: a forma pertinente à notificação prévia da autoridade competente; as providências a serem desenvolvidas pelos órgãos de segurança pública quanto à viabilização da ocorrência da reunião e da possibilidade de ação policial (ex.: atuação para retirar pessoas que estejam a causar ilícitos; que estejam perturbando o exercício do direito pelos participantes da reunião) (MARTINS, 2012, p. 531); a organização, de modo a viabilizar a reunião e o direito de ir e vir dos demais cidadãos etc.

Todavia, para a questão em análise, o que mais interessa saber é o que pode ser considerado como próprio ao exercício do direito de reunião,

ou seja, o que qualifica a junção de várias pessoas como tal, bem como a proteção da liberdade de veiculação de ideias, pois a apresentação de respostas a esses questionamentos permitirão fixar de forma mais precisa o parâmetro constitucional de análise da situação debatida pela Corte Suprema brasileira no julgamento da ADPF nº 187. Isso passa, necessariamente, pela definição da área ou âmbito de proteção do direito de modo a saber se determinado evento estaria ou não nele inserido (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 135), pois, ao estar, e a depender da existência de reservas legais, simples ou qualificadas, ou mesmo da análise de direitos colidentes, haveria de se averiguar a justificação constitucional da intervenção estatal eventualmente procedida (MARTINS, 2013, p. 285-286).

Há consenso pertinente ao fato de que não é qualquer junção de pessoas que se pode considerar como uma reunião protegida pelo disposto no art. 5º, XVI, CF, tornando necessária para sua configuração a existência de um elo entre os participantes [elemento subjetivo] quanto ao propósito de estarem reunidos em torno de uma finalidade específica [elemento teleológico] (PIEROTH; SCHLINK, 2012, p. 333-334) (TAVARES, 2014) (MENDÉS; BRANCO; COELHO, 2008) (HESSE, 1998) (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2014), ainda que possam haver desacordos quanto às motivações individuais<sup>7</sup>.

Faz-se, ainda, uma estreita conexão material entre o direito de reunião e o de manifestação (PIEROTH; SCHLINK, 2012, p. 333), tanto que se chega a afirmar que aquele seria a expressão do exercício coletivo deste último, bem como é indicado um propósito, em regra político, pertinente ao seu exercício (PIEROTH; SCHILINK, 2012, p. 334-335), de modo a indicar a ação da população em promover o controle e/ou a crítica da atuação do Estado ou de aspectos ou situações presentes na sociedade [local, regional, nacional, mundial]; a proposição de ideias e a manifestação de pautas reivindicatórias, estando quase sempre essas ações endereçadas aos meios formais da burocracia estatal – embora não só a eles –, com vistas a influir na tomada de decisões públicas.

Seria, assim, essa unidade de propósitos de quem pretende expressar sua opinião coletivamente, por meio de palavras, símbolos ou só por sua presença física que qualifica essa (re)união de pessoas como constitucionalmente protegida.

O segundo elemento definidor do âmbito do protegido pelo art. 5º, XVI, CF, reporta-se ao sentido normativo do advérbio *pacificamente*. E, aqui, três se apresentam como possíveis: o primeiro, voltado ao aspecto interno resultante

---

7 As manifestações ocorridas no Brasil no ano de 2013 bem demonstram a desnecessidade de uma identidade de pautas.

das condutas daqueles que dela estão a participar; o segundo, concernente ao propósito da manifestação veiculada pelos que estão reunidos; e, por fim, e com o segundo diretamente vinculado, o efeito causado em terceiros por razão das ideias expostas, que podem ser insuflados ao cometimento de ações violentas, pois uma determinada reunião pode ser exercida pacificamente por aqueles que dela participam, mas sua finalidade seja exatamente a de que terceiros cometam, *de forma violenta*, atos normativamente proibidos.

Lexicamente se compreende o advérbio pacificamente como sendo aquela ação que se realiza de forma calma, tranquila, sem violência. No primeiro sentido aventado logo acima, se nos é apresentado o termo com uma relação de pertinência interna, de modo a avaliar a conduta daqueles que estejam reunidos em público, independente do conteúdo da manifestação ou das ideias propugnadas, dada a possibilidade de uma reunião com veiculação de pautas ilícitas [v.g.: instigação ao cometimento de homicídio em face de pessoas ou grupos] ocorrer de forma ordeira e pacata. Ou seja, a prática de violência estaria vinculada aos atos físicos externados por aqueles que participam da reunião e cujos resultados poderiam a eles ser imputados diretamente como obra sua [v.g.: quebra de bens privados ou públicos; lesões corporais; homicídios etc.].

Assim, e em uma primeira análise, reuniões que promovam a prática de *ações violentas por seus membros*, independentemente de todos as realizarem, estariam fora da área de proteção e, portanto, seriam constitucionalmente vedadas, por constituir um recorte promovido pelo constituinte quanto àquilo que entendeu indigno de ser garantido. A *contrário*, reuniões cujas ações de seus integrantes forem pacíficas seriam, em um primeiro momento, protegidas pelo art. 5º, XVI, CF.

Diz-se protegidas em um primeiro momento, pois entram em cena o segundo e terceiro sentidos, concernentes à licitude do propósito e ao efeito causado em terceiros em razão das ideias expostas e que podem insufla-los ao cometimento de ações violentas.

### 2.2.1 A LICITUDE DO PROPÓSITO VS VIOLÊNCIA COMO PROPÓSITO

Na literatura jurídica é possível verificar a indicação de que a licitude do propósito seria um requisito que embora não expressamente previsto na Constituição, seria ao direito em análise inerente, dada a impossibilidade de o sistema jurídico anuir com contradições internas pertinentes à permissão e proibição de uma mesma conduta. Essa construção, todavia, atrai problemas de ordem dogmática (MARTINS, 2013. p. 285-286) e, conseqüentemente, de aplicação prática, na medida em que promove a definição do âmbito

de proteção do direito de reunião mediante a utilização de elemento não expressamente constante do enunciado normativo [licitude do propósito], e cuja pouca densidade semântica termina por ampliar a possibilidade de intervenção estatal, limitando, com isso, o âmbito de liberdade de ação do cidadão.

Fixamos antes que o propósito de uma reunião, em geral, é a promoção, pelos cidadãos, do controle e crítica da atuação do Estado [ou mesmo da sociedade], mediante a proposição de ideias e a manifestação de pautas reivindicatórias, estando quase sempre essas ações endereçadas aos meios formais da burocracia estatal – embora não só a eles –, com vistas a influir na tomada de decisões públicas. E muitas vezes esses propósitos podem ter por meta a alteração da atuação do Estado quanto a condutas que são consideradas criminosas [v.g.: aborto eutanásia, drogas etc.], podendo, ainda, serem ofensivas ao sentimento de moralidade comum, e, portanto, fator de grande comoção social. Nessas hipóteses, o propósito seria lícito ou ilícito, tendo em vista o fato de as pautas reivindicatórias poderem se voltar para condutas normativamente proibidas ou para aquelas que não são consideradas conformes ao pensamento majoritário ou preponderante em uma específica sociedade?

Percebe-se, nessa singela indagação, que a indicação simplista de que a licitude do propósito estaria inserido no conteúdo da *área de proteção do direito*<sup>8</sup>, tendo em vista não só a sua ausência expressa no enunciado normativo, como também pela baixa densidade semântica. Tal proceder terminaria por desconfigurar a regulação procedida pelo constituinte em razão de o recorte por ele promovido ter se dirigido especificamente àquelas reuniões *violentas* e/ou que seus integrantes estejam portando *armas*, inserção que promoveria a possibilidade de uma maior intervenção estatal e, com isso, a diminuição do âmbito de liberdade protegido.

Contudo, indaga-se se o advérbio de modo *pacificamente* poderia repelir reuniões cuja prática de violência fosse o propósito daqueles que estão reunidos, seja por anuírem ou estarem acordes com a sua prática em qualquer instante, ou mesmo na hipótese em que a conduta dos seus membros embora não fosse violenta [compreendendo aqui o termo limitadamente, em razão da utilização de meios não violentos: exposição de cartazes, carros de som etc.], influísse decisivamente para a prática

8 De se recordar que estamos a tratar da área de proteção, de modo a avaliar o que pode ser considerado nela inserido, em específico ao termo “pacificamente”, e não, pois, de eventuais intervenções na área de proteção que devem e são avaliadas em momento subsequente, mediante a avaliação de sua justificação constitucional.

de atos não pacíficos por terceiros. Ou seja, que estes atos de violência decorressem do efeito *direto e necessário* do instigamento causado pelas ideias expressadas pelo movimento coletivo daqueles que se encontravam reunidos. Nesse caso, a reunião poderia ser dissolvida pelo efeito causado em terceiros que a ela não integravam pela contrariedade à pacificidade exigida pelo art. 5º, XVI, CF, ou essa dissolução se ancoraria não no texto do dispositivo, e, portanto, da definição do seu âmbito de proteção, mas quando da verificação da justificativa intervenção procedida?

Parece aqui residir uma diferença, pois se a licitude do propósito não é elemento definidor da área de proteção, a violência como propósito passa a configurar a área de proteção, a merecer, portanto, uma análise mais detida, eis que entra em cena a questão pertinente à aceitação da violência pelos organizadores ou participantes de uma reunião, ou seja, naquelas situações em que os seus integrantes estão de acordo com a prática de violência, pontuais ou generalizadas, por entenderem, expressa ou coniventemente, que esses atos são indissociáveis<sup>9</sup> do próprio conteúdo da ideia disseminada.

Isso porque a aceitação de que atos de violência sejam praticados, em razão de uma eventual indissociabilidade destes em relação ao conteúdo das ideias que se visa colocar em debate público, seria suficiente para também considerarmos essa reunião não pacífica e, portanto, constitucionalmente vedada (PIEROTH; SCHILINK, 2012, p. 338), embora tenhamos na situação uma linha tênue pertinente à possibilidade de dissolução.

E essa tenuidade gera ônus aos órgãos estatais de demonstrarem, com base em dados concretos, indicadores de que a violência<sup>10</sup> constitui um dos propósitos da reunião e que será utilizada, bem como que seus

9 “Não se pode dizer que alguém é do grupo Black Blocs, já que se trata de uma estratégia de ação. Ainda que seja adepta da violência nas manifestações, a pessoa pode variar suas atitudes (sic) conforme a situação. As ações nas ruas podem ser de resistência e pacifistas, conforme a necessidade. O integrante de um coletivo, por exemplo, pode usar essas diferentes formas de ação de acordo com o protesto”, explica um integrante do coletivo Desentorpecendo a razão, que pediu para não se identificar”. Trecho retirado da matéria disponível em: <http://blogs.portalnoar.com/fatorrrh/violencia-e-anarquia-sao-as-armas-dos-black-blocs/#>. Acesso em 05 set. 2016. Cf. ainda: <http://ihu.unisinos.br/?catid=0&cid=535892>. Acesso em 05 set. 2016. Disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/sociedade/o-black-bloc-e-a-resposta-a-violencia-policia-1690.html>. Acesso em 05 set. 2016. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/opiniao/nas-franjas-do-black-bloc-9534183>. Acesso em: 05 set. 2016. Disponível em: <http://www.algoadizer.com.br/edicoes/materia.php?MateriaID=1161>>. Acesso em: 05 set. 2016. Disponível em: <http://www.viomundo.com.br/politica/black-blocs-a-origem-da-tatica-que-cria-polemica-na-esquerda.html>>. Acesso em: 05 set. 2016.

10 Violência aqui entendida como aquela real, e não, pois, meros atos que gerem desconforto por irem de encontro à costumes, crenças, ideologias etc.

organizadores, nas situações em que eles existam, ou mesmo grande parte dos seus participantes, estariam cientes e acordes com a prática de violência por quem a integre. Esse ônus decorre da própria função do direito [liberdade negativa], de servir como barreira à intervenção do Estado, bem como por sua dimensão objetiva que ao Poder Público determina a promoção de atos em defesa de sua realização [da reunião], seja em razão da cooperação entre autoridades estatais e participantes para sua ocorrência (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2014, p. 532), seja quanto à proteção dos participantes pertinente a atos de terceiros que eventualmente a perturbem, uma vez que “as medidas de polícia são – ou devem ser – em primeiro lugar protetoras da liberdade de reunião” (ISRAEL, 2005, p. 577).

Assim, na ausência de dados concretos evidenciadores da aceitação da prática de atos de violência pelos organizadores e/ou participantes, a reunião não poderá ser dissolvida, pois, ainda que haja dúvida sobre o fato, a regra hermenêutica indica que a interpretação deve ser feita *pro libertate*.

### 2.2.2 VIOLÊNCIA POR TERCEIROS

Na hipótese de a violência ser de terceiros não integrantes da reunião, a proibição poderia se dar, do mesmo modo, pela vedação decorrente do advérbio de modo constante do preceito constitucional, que embora deva ser interpretado restritivamente por se tratar de exercício de direito fundamental, por ele é comportada sem que lhe desvirtuem os limites decorrentes do sentido possível. Isso em razão de a não violência e, portanto, necessária pacificidade, comportar um espectro não apenas interno, dos que estão a participar diretamente da reunião, mas também externo, ou seja, dos efeitos *direitos* e *necessários* que as ideias expostas pela reunião causem em terceiros, sendo, pois, o seu estopim.

Isso em razão de a pacificidade ser condição exigida não só em relação à conduta daqueles que estejam a participar diretamente da reunião, como em relação ao fato de eventualmente ter a violência como um dos seus propósitos, pois a ação de, ainda que calmamente, insuflar outros ao cometimento violento de ilícitos não se insere no sentido que se pode entender possível em relação ao termo pacificamente (PIEROTH; SCHLINK, 2012, p. 339).

É importante ressaltar que atos de violência podem ser praticados por terceiros com base naquilo que foi ou está sendo manifestado em uma reunião, circunstância que, todavia, não a torna constitucionalmente desprotegida. Com efeito, uma determinada pauta sustentada em uma

reunião pode desencadear, em terceiros, sentimento de revolta que eventualmente pode resultar na prática, por eles, de atos de violência. Todavia, essa exclusão da área de proteção ocorrerá apenas quando a prática de violência por terceiros seja o seu fundamento, o propósito específico da própria reunião.

Como dito antes, o que qualifica uma junção de pessoas como uma reunião constitucionalmente protegida é a existência de um propósito reivindicatório comum, embora não necessariamente unitário, de modo a trazer ao debate público pontos de vista pertinentes a aspectos da vida em sociedade. Se, contudo, as ideias disseminadas tiverem por finalidade a prática de *atos de violência*, ou tiver grande propensão em fazê-lo por estarem os seus participantes acordes, ainda que por terceiros a ela estranhos, mas como uma causa dela dependente, *direta e necessariamente*, a garantia constitucional não a inserirá em seu âmbito do protegido.

Novamente se terá a tenuidade da situação, fazendo incidir a mesma observação acima feita pertinente aos ônus estatais, aos deveres objetivos de tutela, e à regra do *in dubio pro libertate* (ISRAEL, 2005, p. 577).

### 2.2.3 ARMAS E DEMAIS REQUISITOS PROCEDIMENTAIS

Constitui ainda elemento definidor do âmbito de proteção do direito de reunião a não utilização de armas por aqueles que dela participam, circunstância que poderia ser deduzida já do termo antes analisado, pois muito dificilmente seria possível se conceber uma reunião pacífica de pessoas que estejam portando armas, dada a evidente potencialidade lesiva a direitos de terceiros (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2014, p. 533). Mas por armas devem ser entendidos apenas aqueles objetos cuja finalidade seja preordenada à causação de lesões [revólver, pistola, soco inglês etc.], ou todo instrumento que, embora sua fabricação a tanto não esteja vocacionada, possa ser transmudado para servir à idêntica finalidade [lesionar pessoas ou destruir coisas; v.g.: tacos de *baseball*, golfe etc.]? Questionamentos também podem ser feitos em relação a instrumentos que podem qualificar determinado grupo de pessoas [foices, facões e enxadas, em relação aos integrantes de movimentos campestinos], ou que tenham algum tipo de pertinência cultural [arcos, flechas, lanças, em relação aos indígenas].

Essas questões embora se revelem importantes para definição da área de proteção do direito de reunião, não o são para finalidade pretendida neste trabalho, uma vez que não teriam influência para resolução da controvérsia,

já que a utilização efetiva ou potencial de armas não constituiu tema de discórdia entre aqueles que queriam se reunir na defesa da descriminalização da maconha e os que queriam proibir sua ocorrência.

A prévia autorização e a não frustração de outra marcada para o mesmo local, embora se reportem não ao direito em si, mas ao procedimento para que possa vir a ser exercitado, na medida em que haja lei definidora dos pressupostos a tanto necessários, deixam, do mesmo modo, de ter influência para o deslinde da questão em apreciação, eis que não foram os motivos determinantes para as proibições.

Assim, verificando que a atuação dos integrantes das marchas da maconha não se voltava, em nenhuma hipótese, à prática de atos de violência, mas apenas ao debate de ideias pertinentes à política legislativa estatal, estaria ela [a marcha], inserida no âmbito do que considera o art. 5º, XVI, CF, protegido, ainda que pudesse sofrer eventual limitação, desde que constitucionalmente justificada.

### 3 QUESTÕES A SEREM RESPONDIDAS

Delimitado o conteúdo das condutas dos participantes e/ou promotores das marchas; os parâmetros de avaliação [art. 5º, IV, ou XVI, CF]; bem como a área ou âmbito de proteção do direito à liberdade de expressão e o de reunião, de modo a saber se a ação praticada pelos participantes ou promotores das marchas poderia ser pelos citados direitos protegida; cumpriria averiguar: (i) se as decisões judiciais que proibiram as manifestações poderiam ser consideradas como intervenções na área de proteção do direito à liberdade de manifestação e de reunião; afirmativa a resposta, (ii) se essas decisões seriam ao final justificadas constitucionalmente, o que, para tanto, demandaria a análise pertinente à (ii.1) adequação de cada uma das condutas à proibição contida no preceito penal incriminador, de modo a saber se todos os elementos constitutivos da figura típica estariam presentes (PUIG, 2007, p. 183), pois negativa a resposta para essa indagação, a análise do art. 287 do CP que pretendia a PGR fosse dada interpretação conforme a Constituição se perfectibilizaria apenas pelo ângulo da inadequação da conduta ao preceito primário incriminador. Positiva, todavia, a resposta, surgiria a questão pertinente à (ii.2) constitucionalidade do referido preceito penal, em sua totalidade ou em apenas algumas das interpretações possíveis, hipótese em que se deveria analisar a relação entre meio e fim pertinente à incriminação e o resultado social ou normativamente esperado.

#### 4 DECISÕES JUDICIAIS QUE CRIMINALIZARAM AS MARCHAS DA MACONHA: ÁREA DE PROTEÇÃO E INTERVENÇÃO NA ÁREA DE PROTEÇÃO DO DIREITO À EXPRESSÃO DO PENSAMENTO E DE REUNIÃO

Pode-se dizer que as condutas praticadas pelos organizadores ou participantes das marchas são *prima facie* protegidas pelo direito de liberdade de expressão do pensamento e de reunião, por se situarem em suas respectivas áreas de proteção, o que, por conseguinte, resulta na consideração relativa ao fato de as decisões proibidoras da realização das marchas ou que criminalizaram quem delas participavam naquelas [áreas de proteção] intervieram. Essa circunstância nos remete, em consequência, para a etapa subsequente, respeitante à justificação constitucional da intervenção procedida, o que somente seria possível após a análise da tipicidade ou não das condutas.

##### 4.1 APOLOGIA DE FATO CRIMINOSO OU AUTOR DE CRIME. BEM JURÍDICO PROTEGIDO. ELEMENTOS DO TIPO. (IN)ADEQUAÇÃO TÍPICA DA CONDUTA

O art. 287 do Código Penal, constante do Título IX juntamente com os art. 286 [incitação ao crime] e 288 [quadrilha ou bando], tem por finalidade a promoção da defesa do bem jurídico *paz pública*, tendo o legislador ordinário optado pela adoção de um aspecto subjetivo da concepção de ordem pública (BITTENCOURT; DELMANTO; 2010, 2007, p. 341, p. 711), fundamento de política criminal esse que influencia na “própria definição do bem jurídico tutelado” (BITTENCOURT, 2010, p. 344), no caso, “o sentimento coletivo de segurança na ordem e proteção pelo direito” (BITTENCOURT, 2010, p. 355). Há, assim, uma proteção *mediata* de bens jurídicos primários (PRADO, 2010, p. 220), constituindo-se uma espécie de anteparo ao perigo que algumas ações representam, embora não se afigurem executivas de um tipo penal de ação específico (BITTENCOURT, 2010, p. 344-345), de modo a vedar, com a criminalização da prática, o incentivo à repetição da ação típica (BITTENCOURT, 2010, p. 360).

Nesse sentido, visa o referido preceito proteger a *paz pública*, “considerando como seu conteúdo a sensação vivenciada e internalizada pela coletividade de segurança e confiança nas instituições públicas” (BITTENCOURT, 2010, p. 345), de modo que o perigo resultante do alarde difundido pelo enaltecimento de fato criminoso ou de autor de crime ensejaria a atuação estatal na criação de mecanismos de proteção (BITTENCOURT, 2010, p. 359). Chega a literatura jurídica a especificar

que a tipificação de condutas que têm por objeto a paz pública é uma exceção à punição de atos preparatórios, que, em regra, são considerados indiferentes penais (BITTENCOURT, 2010, p. 347) (CAPEZ, 2007, p. 249) (DELMANTO, 2007, p. 711) (PRADO, 2010, p. 220).

Além da delimitação do bem jurídico tutelado, há de se fixar de forma precisa os elementos caracterizadores do tipo, pois não se pode esquecer que o objeto analisado cuida de normas penais incriminadoras, seara na qual a interpretação restrita e a definição precisa dos seus contornos jurídicos constituem direito do cidadão de ter ciência plena e *ex ante* das consequências de suas condutas.

Há na literatura jurídica penal consenso pertinente à circunstância de a locução *fato criminoso* reportar-se a evento certo e determinado (BITTENCOURT, 2010, p. 356-357) (CAPEZ, 2007, p. 257) (PRADO, 2010, p. 225) (DELMANTO, 2007, p. 819) (JESUS, 2004) (HUNGRIA apud BITTENCOURT, 2010, p. 356-357) (GRECO, 2014, p. 318), ou seja, efetivamente praticado e que se adequou a um determinado preceito penal [a mera contravenção estaria, pois, fora do âmbito de incidência], havendo dissenso pertinente à circunstância de o fato enaltecido já ter sido, efetivamente, considerado criminoso por força do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Essa última concepção se dá em razão de que, por depender do trânsito em julgado, embora determinadas condutas pudessem se amoldar em abstrato a preceitos penais incriminadores, poderiam ocorrer causas que as tornassem justificadas e, portanto, não criminosas, o que faria desaparecer qualquer ameaça à sensação de tranquilidade ou confiança nas instituições, uma vez que a conduta enaltecida teria sido considerada um indiferente penal. Ou seja, se se tem em mente a proibição de perturbações à *paz pública*, e sabendo-se da função de reserva desses preceitos, deixariam eles de ter incidência na medida em que a situação anterior considerada indigna de enaltecimento não foi considerada criminosa, desaguando no fato de que quaisquer atos de apoio ou exaltação de sua realização não poderiam ser penalmente sancionados quando o pressuposto necessário para a sua vedação foi considerado um ato conforme o direito ou não culpável.

Todavia, para os fins aqui pretendidos, tomar-se-á por base a concepção pertinente aos elementos típicos do preceito e que contam com maior aceitação na literatura jurídica [fato certo e determinado praticado, independente de ter havido o trânsito em julgado], resultando no dever de

averiguar se a conduta dos organizadores e/ou participantes das marchas da maconha se amoldaria ao preceito contido no art. 287 do Código Penal.

#### 4.1.1 SITUAÇÃO 1: DISCUSSÃO PERTINENTE À QUESTÃO LIGADA À POLÍTICA DE ENFRENTAMENTO

Se o sentimento de tranquilidade – segurança e confiança nas instituições públicas [*pax social*] – é o bem jurídico tutelado, bem como o enaltecimento de fato considerado criminoso *já praticado*, deduz-se que ações voltadas a promover a discussão pertinente a questões consideradas importantes para sociedade, ainda que sobre elas parem grandes desacordos, não vulneram o dito sentimento de tranquilidade e confiança nas instituições, mormente por terem tais condutas a finalidade de promover o debate e de inculcar nos meios informais e *formais* (PHETTIT, 2003) de decisão estatais a necessidade de discussão de questões de relevância social.

Não se pode descurar que várias podem ser as ações defendidas por aqueles que de alguma forma pretendem ver alterada a forma com a qual lida o Estado com as questões ligadas às drogas – indo desde a liberação irrestrita até o recrudescimento das medidas punitivas e de controle –, sendo perfeitamente visível identificar, nesse largo espaço de condutas ou posições possíveis, a discussão pertinente à política que está sendo adotada em determinado Estado.

E essa tem sido a tônica da ação desenvolvida por organizações da sociedade civil<sup>11</sup>, que vêm pautando a discussão pertinente à política nacional e internacional de combate às drogas, de modo a analisar o seu efetivo custo social e econômico, e a necessidade de se pensá-la a partir de novos parâmetros de enfrentamento da questão, não mais sob o viés repressivo ou punitivista, mas de *redução de danos*, não sendo, todavia, por tais entidades, promovida qualquer defesa do uso da droga, seja para que finalidade for. Pelo contrário, apregoam a necessidade de esclarecimento à sociedade em geral dos riscos causados pelo consumo da droga e, portanto, a sua danosidade<sup>12</sup>, de modo que a defesa se centra não na ausência de potencialidade lesiva de tal ou qual entorpecente, mas como o Estado deveria enfrentar essas situações, ou seja, adotando novas políticas de saúde pública e de educação para o não uso.

11 Cf. 'Hora de Debater e Inovar'. Disponível em: <[http://www.cbdd.org.br/wp-content/uploads/2009/10/Hora\\_de\\_debater\\_e\\_inovar.pdf](http://www.cbdd.org.br/wp-content/uploads/2009/10/Hora_de_debater_e_inovar.pdf)>. Acesso em: 01 abr. 2015; e a Global Commission on Drug Policy, Disponível em: <<http://www.globalcommissiondrugs.org/what-we-do/>>. Acesso em: 01 abr. 2015.

12 Cf. Disponível em: <[http://www.cbdd.org.br/wp-content/uploads/2009/10/Hora\\_de\\_debater\\_e\\_inovar.pdf](http://www.cbdd.org.br/wp-content/uploads/2009/10/Hora_de_debater_e_inovar.pdf)>. Acesso em: 09 dez. 2014.

Observe-se que na situação acima descrita nem sequer em abstrato é possível a adequação típica da conduta ao preceito que tipifica o crime de apologia, eis que não se sustenta um discurso enaltecedor de uma conduta determinada [já praticada] e penalmente proibida, no caso, algumas daquelas ações descritas no *caput* do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, de forma que a discussão centrar-se-ia apenas na atipicidade da conduta pela não adequação da ação à hipótese delitiva prevista pelo tipo constante do art. 287 do Código Penal. Ou seja, o juízo a ser feito seria de cunho infraconstitucional, uma vez que a premissa partiria da não incidência do tipo penal, pois a incriminação promovida pelo referido preceito volta-se para condutas que, em público, façam apologia de fato criminoso ou de autor de crime, de modo que ausente um dos elementos do tipo [apologia], impossível sancionar a conduta ante o fato de ela se encontrar fora do seu âmbito de incidência.

#### **4.1.2 SITUAÇÃO 2: DISCURSO EM DEFESA DAS CONDUTAS CONEXAS AO USO DA DROGA [FINALIDADES MEDICINAL, ECONÔMICA E/OU RECREATIVA]**

Se a primeira situação acima descrita não traz [como de fato não trouxe] maiores questionamentos, pois a análise se encerraria na verificação da ausência dos elementos do tipo nas condutas descritas, essa mesma facilidade parece não ter ocorrido quanto à segunda situação, ou seja, na hipótese de haver um discurso de liberação [e seja ele qual for: recreativo, medicinal, econômico etc.] e de não lesividade pertinente ao uso da substância, uso esse que somente se faria possível, com base na lei em vigor, mediante a prática de alguma das condutas nela mencionadas [v.g.: *caput* do art. 28 da Lei n. 11.343/2006: adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, *para consumo pessoal*].

Todavia, essa dificuldade é apenas aparente, pois, normativamente, não há como se proceder a adequação da conduta em análise ao preceito incriminador pelo mesmo motivo exposto no item 4.1.1, ainda que a defesa daqueles que integrem ou promovam as *marchas da maconha* seja pertinente apenas à liberação do porte para uso em vista da ausência de dano ou ainda com base no direito de liberdade, pois, na situação, não há o enaltecimento de um fato criminoso praticado, mas a veiculação de uma ideia pertinente à necessidade de liberação do uso de uma substância proibida, e, por conseguinte, dos atos que lhe são correlatos: aquisição, guarda, porte etc. Ou seja, a conduta se refere não a um fato ocorrido no passado e considerado criminoso, mas à legislação estatal, que proíbe uma série de condutas interconectadas com o uso de uma substância que, em vista dos efeitos que produz, é considerada proscrita.

Dessa forma, o objetivo ainda permanece voltado à forma como lida o Estado com a questão das drogas [ainda que em específico, quanto às referidas marchas, para a *cannabis*], pois querem os manifestantes o uso do entorpecente para fins medicinais, econômicos ou de puro deleite, mediante a descriminalização de uma série de condutas que permitirão a sua realização. Ou seja, o objetivo ainda se volta ao aspecto da legislação estatal.

E aqui cumpre assentar que a simples discordância, ainda que decorrente de uma grande desaprovação popular, pertinente ao objeto da manifestação em si – legalização da *cannabis* –, ainda que possa gerar uma controvérsia social, não pode ser alçada a fundamento bastante só por si para a criminalização daqueles que à marcha aderirem, na medida em que, como dito, um dos elementos constitutivos do tipo penal em análise, ou seja, o enaltecimento de fato concreto ocorrido no passado, não se faz presente.

Com efeito, se a marcha promovesse o enaltecimento da conduta praticada [e a atenção aqui deve ser conferida ao tempo do verbo] por alguém que portou drogas, adquiriu etc., de modo a considerar moralmente defensável a ação praticada, independente de sua tipificação, e que, por tê-lo sido, deveria ser elogiada, defendida, apoiada, dúvidas não remanesceriam quanto ao fato de a conduta encontrar-se proscriita em vista do preenchimento de todos os elementos do tipo penal, circunstância que, se ocorrida nessa situação específica, faria deslocar a análise do campo infraconstitucional para o constitucional, na medida em que se teria que averiguar a partir de então a *validade do preceito penal em si*, no caso, a *sua justificação segundo o sistema constitucional em vigor*.

Todavia, não foi o que ocorreu.

#### 4.2 ATIPICIDADE E JUÍZO INFRACONSTITUCIONAL

Considerando a ausência de tipicidade das condutas de quem expõe sua opinião ou juízo de valor respeitante à (*i*) forma como o Estado lida com as drogas, seja no que se refere especificamente à política repressiva adotada e sua inadequação, ou (*ii*) mesmo para ver determinadas condutas relacionadas ao uso liberadas [com finalidades medicinais, comerciais ou apenas de puro deleite], dessume-se que as decisões judiciais, sob a ótica do artigo 5º, IV, intervieram na área de proteção do direito referido, mas a sua inconstitucionalidade [ausência de justificação constitucional] decorreria de um juízo de atipicidade e não, pois, de um juízo de inconstitucionalidade do preceito contido no art. 287 do Código Penal.

Esse mesmo juízo de atipicidade, quando voltado ao direito garantido pelo art. 5º, XVI, deságua na licitude da manifestação pública que se pretendia realizar, e, pois, a na proteção constitucional que a ela se defere, resultando na consideração de que as decisões que proibiram sua ocorrência intervieram indevidamente em sua área de proteção, sendo, conseqüentemente, carentes de justificação constitucional.

Tais situações de inconstitucionalidade partiram da pressuposição pertinente ao juízo de adequação típica das condutas em relação ao que consta do art. 287 do Código Penal, evidenciando a necessidade de se proceder à interpretação da normatização infraconstitucional – tarefa essa não confiada à Suprema Corte – para, somente depois, se chegar à conclusão de que não era o preceito em si que padecia de vícios, mas sim as decisões que criminalizaram as condutas, as quais não se ativeram aos elementos típico-normativos do art. 287 do CP.

Como a resposta ao questionamento pertinente à tipicidade, que se afiguraria prejudicial à análise da constitucionalidade do preceito penal, seria negativa, eis que o dispositivo penal não comportaria a interpretação de modo a nele inserir a conduta de promover manifestações contrárias às políticas estatais antidrogas ou em defesa da descriminalização de um ou mais entorpecentes, a invalidade das decisões judiciais decorreria da incorreção quanto à adequação típica de tais condutas. Ou seja, do processo mental em que o juiz promove a tipicidade “comparando a conduta particular e concreta com a individualização típica”(ZAFFARONI; PIERANGELI, 2015, p. 400) -<sup>13</sup>, e não da necessidade de se proceder a uma redução das hipóteses de aplicação do preceito por meio da técnica de declaração de nulidade parcial sem redução de texto. Por conseguinte, o controle a ser feito reportar-se-ia a inadequada aplicação da lei penal, e não, pois, dela em si (PIEROTH; SCHLINK, 2012, p. 32-33); ou seja, não à lei, mas às decisões judiciais.

A declaração de nulidade parcial sem redução de texto, que defende a literatura jurídica diferir da interpretação conforme a Constituição (SILVA, 2006, p. 201) (DIMOULIS; LUNARDI, 2013, p. 271), tem por finalidade extirpar do preceito objeto de análise, em um contexto concreto de aplicação (SILVA, 2006, p. 202), as interpretações que estejam em desconformidade com a Constituição [parâmetro de aferição], de modo que o pressuposto necessário a tanto é a concepção de que o objeto analisado permite mais de uma interpretação possível e que uma dessas possibilidades não se

13 E essa premissa, respeitante a inadequação típica da conduta foi aceita pelos Ministros Luiz Fux, Cármen Lúcia e Marco Aurélio, embora tenham eles avançado para a questão da constitucionalidade das decisões.

compatibilizaria com a Constituição. Contudo, as interpretações possíveis e que serão objeto de análise com base no parâmetro de aferição [Constituição] devem estar contidas nos limites de possibilidade do preceito legal analisado, notadamente quando esse possui natureza penal, de modo que se a eventual interpretação que se esteja a analisar não possa estar contida nos limites de possibilidade do tipo penal, o pressuposto necessário à declaração de nulidade parcial sem redução de texto deixa de existir e, conseqüentemente, a própria análise constitucional que se quer ver empreendida.

A própria conformação orgânica do sistema de justiça brasileiro poderia exemplificar a situação. Pensemos, pois, na hipótese de que alguma dessas demandas que proibiram ou permitiram a ocorrência das marchas da maconha tivesse chegado ao Superior Tribunal de Justiça e essa Corte tivesse decidido, de forma definitiva<sup>14</sup>, pela atipicidade das condutas antes da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, e que condicionasse a forma de aplicação do art. 287 do CP pelos Juízes e Tribunais inferiores. Nessa situação, uma decisão do STJ, com base em *parâmetros infraconstitucionais* – juízo de adequação típica –, esvaziaria a ADPF proposta, eis que o Supremo não poderia, em momento posterior, determinar a redução do campo de interpretações de um dispositivo penal cujo órgão constitucionalmente competente para fazê-lo em nível infraconstitucional já tivesse dito não se encontrar a hipótese submetida a análise nele contida. Ou seja, faltaria ao STF a base normativa sobre a qual se assentaria a sua decisão redutora a ser proferida.

Ou seja, não poderia o STF restringir a interpretação, de modo a do tipo penal expungir uma possível interpretação contrária à Constituição, porque essa interpretação nunca esteve inserida dentro dos limites do preceito, e aqui, repita-se, a capacidade expressiva dos termos que compõem o enunciado normativo limitam fortemente a interpretação a ser feita, não se podendo olvidar que a dogmática penal fornecerá importantes e necessários fundamentos para essa aferição.

Dessa forma, como a pretensão exercida pela PGR não se voltava para eventuais correções ou incorreções de decisões judiciais, que não estavam sendo questionadas conforme expressamente constante da inicial apresentada, mas sim ao controle normativo do próprio preceito impugnado [art. 287, CP], de modo a que fosse excluída qualquer interpretação que pudesse promover a criminalização da defesa da legalização de drogas ou de

14 Recurso julgado sob o rito dos recursos repetitivos, aplicados ao processo penal, por ser representativo de uma determinada controvérsia jurídico-penal (Cf. REsp 1498034/RS. S3. Min. Rogério Schietti; REsp 1499050/RJ. S3. Min. Rogério Schietti; REsp 1519777/SP. S3. Min. Rogério Schietti.

qualquer outra substância entorpecente, e ao estar a inconstitucionalidade presente nas decisões ao considerar típicas condutas atípicas [intervindo, pois, injustificadamente na área de proteção do art. 5º, IX e XVI], e não, pois, no tipo penal em si, o resultado deveria ter sido de improcedência do pedido, pois o pressuposto necessário à declaração de nulidade parcial sem redução de texto não se fazia presente.

## 5 CONCLUSÃO

Ao conhecer e julgar a ADPF nº 187, o STF terminou por avocar a competência para decidir e, em virtude dos efeitos decorrentes do julgamento da ação, uniformizar as decisões judiciais pertinentes ao que pode ser entendido como inserido ou não dentro do âmbito de incidência do preceito pertinente ao crime de apologia ao crime, invadindo, pois, uma competência conferida pela Constituição ao Superior Tribunal de Justiça [uniformização da interpretação do direito infraconstitucional]. Ou seja, impediu que a interpretação infraconstitucional já delimitasse o âmbito do dispositivo penal de forma a excluir não somente as marchas da maconha, mas todos os tipos de manifestações de pensamento contra quaisquer outras condutas que se queira ver despenalizadas [bigamia, aborto, eutanásia etc.].

Não se desconhece que uma das finalidades precípuas da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental seja a promoção de uma uniformidade pertinente à interpretação que se confere a determinada disposição normativa, ou mesmo de sua validade em si, com o objetivo de promover segurança jurídica (SARMENTO, 2001), tanto que o art. 3º, V, da Lei nº 9.882/99, exige a demonstração da controvérsia judicial relevante [ainda que para a ADPF incidental], que se conceitua como sendo aquela “capaz de afetar a presunção de legitimidade da lei ou da interpretação judicial adotada e, por conseguinte, a eficácia da decisão legislativa” (MENDES, 2007). Todavia, o mesmo preceito normativo deixa claro, por força da própria lógica do sistema de competências previsto no texto constitucional, que essa controvérsia relevante deve reportar-se à *aplicação do preceito fundamental que se considera violado*, de modo que o parâmetro de aferição do Supremo, como não poderia ser diferente, deverá ser sempre a Constituição, e não disposições infraconstitucionais.

Disso resulta que, em determinadas situações, a Corte Suprema deve partir de pressupostos firmados pelos órgãos dotados de competência para avaliação *definitiva* do direito infraconstitucional, pois, pensando em possíveis violações decorrentes de decisões judiciais, pode ser que estas vulnerarem um determinado preceito fundamental, mas por encerrarem

um juízo errôneo pertinente à própria interpretação e aplicação do direito infraconstitucional – v.g. a consideração de uma situação atípica como sendo típica –, fazendo-se necessária a definição da controvérsia de forma escalonada, sendo a interpretação que tem como parâmetro o direito infraconstitucional prejudicial [a evidenciar, portanto, uma relação de necessariedade] à análise da vulneração ao preceito constitucional, que será o parâmetro de avaliação pelo STF.

Assim, o STF admitiu a ação e a julgou procedente para dar ao tipo penal constante do art. 287 do Código Penal uma interpretação redutora para excluir do âmbito de incidência as condutas *em defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive mediante manifestações e eventos públicos*, de sorte que terminou a Corte por fixar a premissa pertinente à tipicidade da conduta, para depois excluí-la, procedendo, assim, à interpretação do direito infraconstitucional.

## REFERÊNCIAS

- BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte Especial*. v. 4. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BRANCO, P. G. G. Comentário ao art. 5º, XVI. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.
- CANÁRIO, Pedro. Direito ao anonimato decorre da liberdade de expressão, defende professor alemão. São Paulo: *Revista Consultor Jurídico*, 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-out-02/direito-anonimato-decorre-liberdade-expressao-professor>>.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal – parte especial*. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DANTAS, IVO. *Constituição e Processo*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.
- DELMANTO, Celso e outros. *Código Penal Comentado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- \_\_\_\_\_; LUNARDI, Soraya. *Curso de Processo Constitucional: Controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 8. ed. Niterói: Lumen Juris, 2014.
- HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal na Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998.

- ISRAEL, Jean-Jacques. *Direito das Liberdades Fundamentais*. Tradução de Carlos Souza. Barueri: Manole, 2005.
- JESUS, Damásio E. de. *Código Penal Anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MARTINS, Leonardo. *Liberdade e Estado Constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2012.
- \_\_\_\_\_. Comentários ao art. 5º, caput. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.
- \_\_\_\_\_. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Org. Leonardo Martins. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.
- MENDES, Gilmar Ferreira e outros. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- PETTIT, Philip. Democracia e Contestabilidade. In: *Direito e Legitimidade*. Org. Jean-Christophe Merle e Luiz Moreira. São Paulo: Landy, 2003.
- PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais*. Tradução de Antônio Francisco de Souza e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.
- PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. v. 3. São Paulo: RT, 2010.
- PUIG, Santiago Mir. *Direito Penal: fundamentos e teoria do delito*. São Paulo: RT, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang e outros. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: RT, 2014.
- SARMENTO, Daniel. Apontamentos sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 224, p. 95-116, 2001. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47760/45555>>.
- SILVA, Virgílio Afonso. Interpretação Conforme a Constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. *Revista DireitoGV* 3, v. 2. n. 1. 2006. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/viewFile/35221/34021>>.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2014.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. v. 1. Parte Geral. 9. ed. São Paulo: RT, 2011.