

A liberdade de expressão no estado democrático de direito: ponderações sobre a repressão estatal aos direitos fundamentais e a ADPF 187/DF¹

Marina Pereira Manoel Gomes²

Resumo

O presente artigo visa à reflexão acerca do conflito entre o direito fundamental à liberdade de expressão e os direitos à segurança e à paz pública, visualizado no plano concreto e levado à discussão no Supremo Tribunal Federal através da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 187, dando-se destaque à imprescindibilidade da liberdade de expressão e reunião para o efetivo exercício da democracia.

Palavras-chave: liberdade de expressão; repressão estatal; democracia.

Abstract

The present article aims the reflection about the conflict between the fundamental right of freedom of speech and rights to security and public peace, visualised at the concrete level and led to discussion in the Supreme Court through the Claim of Non-Compliance with a Fundamental Precept (ADPF) n. 187, emphasizing the essentiality of freedom of speech and assembly for the effective exercise of democracy.

Keywords: freedom of speech; state repression; democracy.

Introdução

É cediço que a liberdade de expressão é imprescindível em qualquer regime que se pretenda democrático, sendo que a discussão em razão da divergência de ideias e opiniões é inevitável em uma sociedade pluralista como é a brasileira.

¹ Artigo recebido em 9 de maio de 2012 e aceito em 30 de julho de 2012.

² Mestranda em Ciências Sociais pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Artigo exigido como avaliação parcial na disciplina “Teorias da Constituição”, ministrada pelo Professor Dr. Pietro Lora de Jesús Alarcon, no Mestrado em Ciência Jurídica da UENP.

Não obstante a indiscutível importância desse direito fundamental para que o Estado possa ser erigido sob os alicerces da democracia, o que se visualiza na prática é a frequente repressão estatal em face das manifestações de posturas contrárias à sua política de governo, o que tem suscitado um sentimento de revolta e indignação, inerentes ao homem quando tolhido em seus direitos e valores mais caros.

Recentemente, o Brasil foi palco de um cenário bastante comum no âmbito jurídico, porém extremamente polêmico e sensível: o conflito entre interesses e direitos fundamentais, o qual restou problematizado através da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 187/DF, que sediou uma séria discussão em relação à parcela dissidente da população brasileira no que tange à política de criminalização das drogas, mais especificamente da maconha, movimento que foi intitulado de “marcha da maconha” e que foi inibido pelo Estado sob o respaldo de argumentos frágeis, também envolvendo direitos fundamentais (segurança, proteção da paz pública, etc.) de indubitável importância.

Logo, tendo em vista a complexidade do tema, serão feitas, inicialmente, breves considerações acerca dos direitos fundamentais, com ênfase para a liberdade de expressão, a fim de que se estabeleça uma linha de raciocínio razoável para a fundamentação da posição a ser oportunamente exarada no que tange ao conflito de direitos trazido à apreciação.

Na sequência, será abordada a situação concreta que ensejou o confronto de direitos fundamentais e a postura recrudescida do Estado em relação a política de combate às drogas por ele adotada, bem como será analisada a desproporcionalidade da medida estatal adotada no caso concreto em relação ao livre exercício da manifestação de pensamento.

Mais adiante, argumentar-se-á acerca da inafastabilidade da garantia constitucional do direito à liberdade de expressão para que o Estado possa efetivamente ser considerado democrático, bem como serão ponderados os direitos fundamentais em choque no caso em deslinde, para que seja possível lançar mão de uma norma de decisão que se adeque aos valores insertos na Lei Fundamental e que se fundamente em argumentos sólidos e legítimos.

Assim, insta esclarecer que a presente pesquisa tem como ponto fulcral, não o questionamento da política nacional de combate às drogas, mas a necessidade de se discutir

qual a postura estatal a ser tomada, quando em flamejante conflito de valores, que melhor se coadune com os fins democráticos a que se propõe a República Federativa do Brasil.

1 Direitos Fundamentais e Liberdade de Expressão: algumas considerações

Sabe-se que a expressão “direitos fundamentais” tem sido vastamente utilizada nos mais diversos segmentos da sociedade sem que se tenha, muitas vezes, a noção da verdadeira dimensão de seu conceito, conteúdo e profundidade.

Conquanto não se pretenda aqui esmiuçar pormenorizadamente a ideia de direitos fundamentais, faz-se oportuno salientar que estes podem ser entendidos, em linhas gerais, como “interesse jurídicos previstos na Constituição que o Estado deve respeitar e proporcionar a todas as pessoas. É o mínimo necessário para a existência da vida humana” (BREGA FILHO, 2002, p. 66), o que BONAVIDES (2008, p. 560) completa com a assertiva de que eles almejam “os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana”.

Assim, a norma, enquanto resposta aos valores inerentes à condição social do ser humano, deve contemplar os direitos fundamentais do indivíduo, de tal sorte que se valha a protegê-los, pois, do contrário, serão rechaçados. (FERRAZ JUNIOR, 1994, p. 115)

Conforme CANOTILHO (1998, p. 256) “direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente”, pelo que se pode concluir do acima esposado que a positivação dos direitos fundamentais instrumentaliza o indivíduo para o seu exercício, haja vista que, em assim fazendo, possibilita a individuação desses direitos e sua salvaguarda, sendo que, neste último caso, é oportuno destacar que o próprio artigo 60, §4º, inciso IV, da Constituição Federal, proíbe qualquer deliberação de emenda constitucional que tenda a abolir esses direitos fundamentais, em incontestável demonstração da essencialidade desse tipo de direito positivado.

Na seara dos direitos fundamentais, a liberdade de expressão é, certamente, a que mais suscita polêmicas e discussões, uma vez que seu exercício normalmente revela uma ameaça para outros interesses e direitos fundamentais.

A existência de diversos tipos de pensamentos e opiniões traz o crescimento social de um país. O pensamento único não é salutar para uma política social sadia, tampouco a restrição arbitrária dessa liberdade se mostra hábil à evolução intelectual e amadurecimento de um povo, mas, ao contrário, é medida eficaz para o esmorecimento de uma sociedade com potencial capacidade de desenvolvimento.

Com efeito, “a liberdade, enquanto escolha de valores, é o que dá especificidade à pessoa humana; é só ela em todo o universo que é capaz de criar um mundo contraposto ao da natureza, o mundo ético.” (BITTAR, 2008, p. 536)

Inclusive, é oportuno trazer à lume o texto dos artigos XIX e XX, respectivamente, da Declaração Universal dos Direitos Humanos:

Todo homem tem direito à liberdade de opinião e expressão. Este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.[...]
[...]Todo homem tem o direito à liberdade de reunião e associação pacíficas.
(COMPARATO, 2005)

Ademais, “o desejo de libertação e de liberdade é inerente a todo ser humano. Foi este anseio o grande responsável pelas mudanças históricas, fruto de uma percepção que brota da consciência de que o ser humano, por sua própria natureza, não se adapta definitivamente à dominação.” (GOMES, 2008, p. 230)

Não obstante isso, não há como deixar de ponderar que essa liberdade deve estar em sintonia com as demais liberdades previstas na Lei Fundamental, também referentes à dignidade de homem e concernentes ao seu desenvolvimento sadio em sociedade, situação que justifica, no mais das vezes, a imposição de limites pelo Estado no exercício de sua soberania e de seu dever em promover o bem comum.

Nesse espeque, preleciona PIZZOLATO, para quem

[...] o indivíduo deve incluir novamente entre suas opções de vida não apenas seu próprio bem, mas o bem comum; pois, causando dano à comunidade, na realidade danifica o tecido da solidariedade do qual ele mesmo extrai a seiva vital. Uma liberdade não comunitária é uma liberdade suicida, pois destrói o mecanismo reprodutivo do ser humano. Explica-se assim a correlação entre inseparável, pretendida pela constituição, entre direitos e deveres, entre

liberdade e solidariedade. Direitos e deveres não devem, pois, formar inventários distintos ou fileiras de soldados que se combatem em frentes opostas, mas são aspectos complementares de uma liberdade que assume a solidariedade como seu horizonte, defensora de uma mesma visão de homem e sociedade.” (PIZZOLATO, 2008, p. 119-120)

Depreende-se, pois, que ao mesmo tempo em que o indivíduo é livre para exercer o seu direito de expressar-se, há que se ter em mente que essa liberdade não é irrestrita ou ilimitada, sendo que é no caso concreto que serão visualizadas as situações em que esse direito deve ser restringido, ou mesmo tolhido quando potencialmente ofensor de valor mais significativo ao ser humano do que a livre expressão do pensamento e opinião.

Com efeito, os direitos fundamentais, além de serem salvaguardados pela ordem jurídica interna, devem também ter seus contornos bem delineados, em consonância com os anseios e realidades axiológicas da sociedade brasileira, de tal sorte que não sejam alguns preteridos e outros desproporcionalmente favorecidos, mas que haja o equilíbrio necessário para que a universalidade dos direitos fundamentais logre sua mais ampla eficácia.

Destaque-se o entendimento esposado por CORTINA e MARTINEZ (2005, p. 36), para quem

Se o homem é aquele ser que tem a dignidade e não o preço, isso se deve ao fato de ser capaz de se subtrair à ordem natural, de autolegislar, de ser autônomo. Isso significa que sua maior grandeza reside em agir segundo a lei que se impõe a si mesmo. O âmbito moral é aqui o da realização da autonomia humana, o da realização da humanidade. A grandeza do homem não consiste em ser capaz de conhecimento, como pensava o aristotelismo, mas em ser capaz de vida moral, ou seja, em ser capaz de se comportar de tal modo que alguém se torne digno de ser feliz, mesmo que não chegue a sê-lo nesta vida; porque o sentido da existência humana já não seria o de alcançar a felicidade (embora cada um procure alcançá-la segundo a própria noção que dela tiver), mas o da conservação e da promoção do absolutamente valioso: a vida de todas as pessoas e de cada uma delas.

Nessa esteira, resta indene de dúvidas que a liberdade de expressão, por se tratar de exteriorização da ideia do indivíduo, por revelar o espaço de interpretação humana sobre aquilo que contem em seu mundo interior, por evidenciar e estimular a própria criatividade, é direito fundamental cujo exercício é indispensável para a formação do caráter humano e deve observar os limites explicitados na Constituição, desde que justificados na

necessidade de se harmonizar os diferentes interesses e direitos fundamentais de outros indivíduos integrantes do corpo social.

2 A problemática da ADPF 187 e seus efeitos na ordem jurídico constitucional brasileira

Tecidas as primeiras considerações acerca do direito fundamental concernente à liberdade de expressão, faz-se oportuno mencionar recente caso prático envolvendo tal prerrogativa individual, no qual o órgão estatal, em espantosa subversão axiológica dos valores iminentes aos brasileiros e constantes na Constituição, decidiu proibir manifestações pacíficas nas ruas de algumas cidades brasileiras em virtude de o tema em discussão envolver ideias divergentes da política pública de combate às drogas.

Conquanto esta pesquisa não se proponha a discutir essa política de criminalização das drogas, insta dispor que a atuação estatal restritiva do exercício de direito fundamental e respaldada na interpretação distorcida da legislação penal e constitucional-penal merece algumas ponderações.

Antes, portanto, para que se possa estabelecer a problemática de conflito de direitos e valores a que o presente artigo se propõe analisar, cumpre discorrer acerca da situação base utilizada como paradigma para o caso em deslinde, qual seja, a ADPF 187.

No relatório elaborado pelo Min. Celso Mello, este destaca os fundamentos utilizados pela Procuradoria na peça vestibular, o qual se traz à colação:

[...] a chamada ‘**Marcha da Maconha**’, em que manifestantes **defenderiam a legalização** da referida substância entorpecente, **foi proibida** por decisões do Poder Judiciário brasileiro, **no ano de 2008**, nas cidades de Curitiba (PR), São Paulo (SP), Rio de Janeiro (RJ), Belo Horizonte (MG), Brasília (DF), Cuiabá (MT), Salvador (BA), João Pessoa (PB) e Fortaleza (CE). Já no ano de 2009, o mesmo evento foi vedado por decisões judiciais nas cidades de Curitiba (PR), São Paulo (SP), Americana (SP), Juiz de Fora (MG), Goiânia (GO), Salvador (BA), Fortaleza (CE) e João Pessoa (PB). **10. As decisões**, em geral, **têm se assentado na equivocada premissa** de que, **como** a comercialização e o uso da maconha são ilícitos penais, **defender publicamente a sua legalização** equivaleria a fazer apologia das drogas, **estimulando** o seu consumo.”

[...] **26. Por isso**, a liberdade de expressão protege simultaneamente os direitos daqueles que desejam expor as suas opiniões ou sentimentos e os do público em geral. Quando se proíbe uma manifestação qualquer, viola-se tanto a liberdade dos que são impedidos de exprimir as suas idéias, como também os direitos dos

integrantes do público, que são privados do contato com pontos de vista que poderiam ser importantes para que formassem livremente as suas próprias opiniões. **27. Uma idéia fundamental**, subjacente à liberdade de expressão, é a de que o Estado não pode decidir pelos indivíduos o que cada um pode ou não pode ouvir.

Em suma, a Procuradoria indica a violação dos preceitos fundamentais constantes nos incisos IV, IX e XVI do artigo 5º e cabeça do artigo 220 da Carta Federal, (liberdades de expressão e de reunião), bem como indica algumas decisões do Poder Judiciário coibindo a realização de atos públicos favoráveis à legalização das drogas, as quais se fundamentaram na premissa de que o uso da maconha é ilegal e que, portanto, a referida marcha constituiria apologia às drogas. Notícia a formalização de ação direta também contra o artigo 33, § 2º, da Lei nº 11.343/2006, utilizado igualmente como base de pronunciamentos proibitivos das mencionadas manifestações públicas.

Depreende-se, pois, que a atuação repressora do Estado em face da marcha da maconha indica preocupação com a promoção do uso indiscriminado desse tipo de psicotrópico e, via de consequência, com a potencial ofensa à paz pública, mormente porque o fato jurídico que rendeu ensejo à ADPF se fundamentou, como já citado, em equivocada interpretação pelo Poder Público do artigo 287 do Código Penal, no sentido de que as manifestações públicas em favor da descriminalização do plantio e consumo da maconha fazem apologia a esses crimes e incitam sua prática.

Em seu voto, o Ministro Celso Mello revela notável habilidade de argumentação para fundamentar seu entendimento, ratificado pelos demais ministros, de que a defesa da liberdade de pensamento deve preponderar sobre a restrição imposta pelo Estado, sendo oportuno trazê-lo à colação:

É por isso que se impõe construir espaços de liberdade, em tudo compatíveis com o sentido democrático que anima nossas instituições políticas, jurídicas e sociais, para que o pensamento não seja reprimido e, o que se mostra fundamental, para que as idéias possam florescer, sem indevidas restrições, em um ambiente de plena tolerância, que, longe de sufocar opiniões divergentes, legitime a instauração do dissenso e viabilize, pelo conteúdo argumentativo do discurso fundado em convicções divergentes, a concretização de um dos valores essenciais à configuração do Estado democrático de direito: o respeito ao pluralismo político. A livre circulação de idéias, portanto, representa um signo

inerente às formações democráticas que convivem com a diversidade, vale dizer, com pensamentos antagônicos que se contrapõem, em permanente movimento dialético, a padrões, convicções e opiniões que exprimem, em dado momento histórico-cultural, o “mainstream”, ou seja, a corrente dominante em determinada sociedade. É por isso que a defesa, em espaços públicos, da legalização das drogas, longe de significar um ilícito penal, supostamente caracterizador do delito de apologia de fato criminoso, representa, na realidade, a prática legítima do direito à livre manifestação do pensamento, propiciada pelo exercício do direito de reunião, sendo irrelevante, para efeito da proteção constitucional de tais prerrogativas jurídicas, a maior ou a menor receptividade social da proposta submetida, por seus autores e adeptos, ao exame e consideração da própria coletividade.

Também o voto do Min. Marco Aurélio sobejou sabedoria e prudência, ao tratar da do caso em deslinde:

Argumentam os magistrados que o efeito secundário de tais protestos públicos é o estímulo ao consumo de substâncias entorpecentes e, por conseguinte, ao tráfico ilícito dessas substâncias. Falam do prejuízo à saúde pública decorrente do uso de entorpecentes e da proteção à infância e à juventude, valores igualmente constitucionais. Dizem da inobservância a princípios morais e éticos socialmente consagrados. Os manuais de Direito Penal assentam, de maneira uniforme, que a figura típica – apologia de crime – tem como bem jurídico tutelado a paz pública (assim, Fernando Capez, *Curso de direito penal*, v. 3, 2006, p. 251; Luiz Regis Prado, *Curso de direito penal brasileiro*, v. 3, 2010, p. 225). Cezar Roberto Bittencourt afirma, em tom dissonante, que o bem jurídico tutelado seria “o sentimento coletivo de segurança na ordem e proteção pelo direito” (*Tratado de direito penal*, v. 4, 2011, p. 355). Essas razões, conquanto relevantes, não me convencem da adequação típica da marcha da maconha.

[...]Nesse sentido, a democracia compreende simplesmente a possibilidade de ir a público e emitir opiniões sobre os mais diversos assuntos concernentes à vida em sociedade. Embora a versão de democracia de hoje não seja idêntica à adotada pelos gregos, citada por Constant, o cerne do que se entende por governo democrático encontra-se, ao menos parcialmente, contido nessa ideia de possibilidade de participação pública. E o veículo básico para o exercício desse direito é a prerrogativa de emitir opiniões livremente.

Conforme salientado pelo próprio Procurador Geral da República, a ADPF não teve o objetivo de “questionar a política nacional de combate às drogas adotada pelo legislador brasileiro”, mas apenas de viabilizar o livre exercício do direito fundamental de reunião pública e liberdade de expressão, inconstitucionalmente tolhidos com base em argumentos falhos e interpretação em desconformidade com a Constituição Federal.

Tendo em vista que a limitação a direitos fundamentais só é permitida mediante previsão expressa no texto constitucional (BORNHOLDT, 2005, p. 93) não é admissível que o Estado, sob o respaldo de uma interpretação equivocada e restritiva da legislação penal combinada com leitura ainda mais tacanha da própria Constituição.

No caso em apreciação, parece clara a intenção do Estado em apoiar sua política de combate às drogas mediante a interpretação recrudescida do dispositivo penal em relação à Constituição, o que remete à ideia já difundida por ZAGREBELSKY (2005, p. 88) de que não é a Constituição que, diz, mas nós que a fazemos dizer.

Na situação concreta apresentada, o Estado a fez dizer e, quando apreciada a matéria por aquele que é o Guardião da Constituição, o STF posicionou-se de maneira a fazer a Lei Fundamental dizer outra coisa, em interpretação completamente distinta dos juízes de direito que apreciaram originariamente a questão da marcha da maconha.

Nesse sentido, HESSE (1991, p. 15) destaca com clareza que

A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que simples reflexão das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia de condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas.

Nesse espeque, o Tribunal julgou procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental, para dar ao artigo 287 do Código Penal, "com efeito vinculante" interpretação conforme à Constituição, "de forma a excluir qualquer exegese que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos".

É possível asseverar, pois, que a partir da resolução do caso concreto em epígrafe, as discussões acerca da legalização das drogas são autorizadas no espaço público, o que certamente refletirá na sociedade.

Garantido o exercício da liberdade de expressão do pensamento e opinião, não se pode olvidar que o tema virá à discussão e, em razão da promoção das drogas nos meios de comunicação e vias públicas, certamente alguma medida estatal deverá ser tomada para que seja efetivamente possível estabelecer um debate público maduro e bem elaborado acerca de tão sensível situação que abala não somente a segurança e a paz pública, mas, inclusive, a saúde física e psíquica de muitos cidadãos brasileiros que são dependentes de substâncias psicotrópicas, principalmente jovens.

Partindo das premissas abordadas no presente tópico e evidenciado o conflito axiológico, será o tópico seguinte terreno fértil para a argumentação e ponderação dos valores e direitos fundamentais em conflito.

3 Liberdade de expressão no Estado Democrático de Direito e seu conflito com as políticas públicas nacionais: ponderações.

Ao analisar a preocupação estatal com a manifestação popular dissidente, é possível concluir que a repressão ao exercício dos direitos de liberdade de expressão e reunião se deu sob um argumento juridicamente equivocado e “faticamente” mentiroso, uma vez que a discussão de tema como a legalização da maconha e outros entorpecentes levaria a população a discutir políticas públicas envolvendo outros direitos, também fundamentais (a exemplo da saúde, da segurança e paz pública, etc.), o que viria a revelar a fragilidade do sistema, que para legitimar sua política de combate às drogas, teria que investir em campanhas de conscientização e orientação da população para possibilitar um diálogo consciente entre aqueles que realmente tem uma opinião a favor das drogas e os que pensam ter.

Não é por outro motivo que GOMES (2008, p. 102) indica que

“as possibilidades de compreensão do alcance da opção a se fazer, especialmente no âmbito de uma sociedade complexa como a contemporânea, estão diretamente vinculadas *ao processo educacional*. Sem este não seria viável o desenvolvimento das ‘potencialidades hermenêuticas’ presentes em todo ser humano, cujo evoluir tem por condição necessária a educação”.

Vislumbra-se, pois, que o Estado teria que investir em educação para a conscientização popular, e essas coisas custam dinheiro e levam tempo para serem implementadas. O desgaste com a repressão a direitos fundamentais parece mais rápido e eficaz, mormente se o exercício desses direitos coibidos conflita com outros direitos fundamentais e colocam em risco a paz pública.

Diante do “hard case” apresentado, é preciso destacar com precisão e sobriedade o real “conflito de direitos” presente no caso “sub judice” sob a forma de ADPF. Ao se buscar uma interpretação do dispositivo penal (art. 287 do Código Penal) em conformidade com a constituição, pode-se constatar que ao ser viabilizada a discussão a que se propõe a marcha da maconha gerar-se-ia, incontestavelmente, um desconforto nos seguimentos sociais que temem o tráfico de drogas e a violência dele decorrente, razão pela qual o livre exercício desse direito da forma como pretendida pelos manifestantes retiram da sociedade e do governo a tranquilidade interior, a sensação de segurança proporcionada através da repressão pela polícia estatal do uso de substâncias psicotrópicas.

Embora a decisão do STF tenha exarado entendimento unanime pela procedência da ADPF 187, algumas ponderações devem ser feitas em relação aos fundamentos e termos da referida decisão.

Antes, porém, cumpre indagar: como ponderar?

Ao tratar da ponderação, BORNHOLDT (2005, p. 114) destaca que “não há, evidentemente, um critério automático”, pelo que assevera, baseado em CAPELO DE SOUSA (1995, p. 546), que é necessário buscar “critérios normativos de preferência”, quando então pontua três possíveis situações:

[...] a estrutura formal e o fundamento axiológico-normativo dos direitos residirem em interesses de qualidade e grau idênticos; de grau e qualidade diversos, mas equilibrados; ou haverá predominância de interesses. No primeiro caso, difícil de ser encontrado, tem-se o exemplo de pessoas com o mesmo nome, com a mesma profissão, exercida no mesmo lugar; no segundo caso, um exemplo é o conflito entre liberdade de expressão e direitos de intimidade; no terceiro caso, bifurcável, uma das situações se dá quando a mesma tutela é atribuída a duas pessoas, como o direito de se sentar no ônibus [...] uma segunda situação, dentro deste terceiro caso, se dá não mediante uma hierarquização axiológica *per se* dos diversos valores em jogo, mas antes pela valoração de todas as circunstâncias fáticas, que permitirão apontar, com certa facilidade, a

predominância de um dos valores sobre o outro. Assim, ocorrerá com a acumulação de interesses, bem como com a intensidade de cada um dos interesses. Nesses casos, muitas vezes desaparecerá o critério interesse público-interesse privado (tão comuns, aliás, na apreciação das chamadas 'lei de ordem pública', no Brasil). É que a própria noção de personalidade exigirá a consideração da dimensão privada. (BORNHOLDT, 2005, p. 114-115)

Certamente, o objeto da ADPF (interpretação do art. 287, CP em conformidade com a Constituição, no sentido de desconsiderar qualquer "exegese" de que a defesa pela legalização das drogas seja crime) revela questão polêmica, onde há conflitos de valores, uma vez que a posição que defende a liberação das drogas gera preocupação geral no sentido de aumento da criminalidade (principalmente a de caráter infato-juvenil) e, inclusive, casos de dependentes químicos, tráfico, entre outras consequências presumíveis, o que envolve questões morais e de direito, já que a paz pública, a segurança e a tranquilidade de muitos pais, que terão que se preocupar com a facilidade de seus filhos terem acesso às drogas e se tornarem dependentes químicos será colocada em situação de risco majorado.

Conforme salientado no primeiro capítulo do presente artigo, é inconteste que a liberdade constitui primado da dignidade da pessoa humana, mas não se pode deixar de analisar essa prerrogativa sob o prisma de Kant, quando trata da limitação necessária desta liberdade no âmbito social.

Tendo em vista que o caso em análise envolve conflito de valor (liberdade de opinião a favor das drogas x saúde; liberdade de pensamento pela legalização das drogas x paz pública; liberdade de expressão em marcha pela maconha x segurança pública), é importante salientar que, em se tratando de um país como o Brasil, a questão se torna ainda mais sensível, uma vez que a sociedade brasileira é pluralista e, conforme bem salientado por HABERMAS (2007, p. 321-323), neste tipo de sociedade constituída sob a forma de um

Estado de direito, evidentemente não se poderia reger uma situação 'eticamente controversa' como essa, ao menos não por meio da descrição eticamente marcada – a partir da visão do universo dos jurisconsortes – de uma autocompreensão particular (mesmo que se tratasse da autocompreensão da cultura majoritária). [...] Eis o preço a pagar pela convivência nos limites de uma comunidade juridicamente igualitária, na qual diversos grupos de origem cultural e étnica distintas precisassem relacionar uns com os outros. É necessário haver

tolerância, caso se pretenda que permaneça intacto o fundamento do respeito recíproco das pessoas do direito umas pelas outras. O preço por suportar diferenças éticas.

Essa tolerância a que se refere Habermas deve ser exercida de maneira madura e não apenas no plano horizontal das relações jurídicas (entre indivíduos), mas também no plano vertical (Estado x indivíduo), de tal sorte que mesmo diante de opiniões divergentes, a paz pública jamais se abale por haver dissidência tolerada.

Ora, a liberdade de expressão é requisito “sine qua non” para a vivência democrática. A democracia é incompatível com a imposição e com a dominação, razão pela qual é necessário o diálogo para que ela possa ser construída solidamente, sendo que somente na capacidade de ouvir o outro é que se estabelece uma verdadeira comunicação entre governantes e governados, capaz de infundir a cultura de um Estado verdadeiramente do povo e para o povo.

Contudo, é dever do Estado formar pessoas para o exercício livre e consciente desse direito fundamental, sendo essa a finalidade da educação, uma vez que esta consiste em “formar para a liberdade que vem do conhecimento, pela possibilidade de opções e alternativas: formar para a cidadania, a plenitude dos direitos e, por último, formar para a dignidade da pessoa” (GARCIA, 1998, p. 59), motivo pelo qual, é possível indagar se haveria razões para o Estado se preocupar com a marcha da maconha se realmente tivesse educado seus cidadãos para discutirem, com maturidade e consciência, a legalização da maconha, e analisarem seus prós e contras, num discurso dialógico condizente de um Estado que se diz “Democrático de Direito”.

Não se pode deixar de considerar, contudo, que por vezes essa preocupação com a falta de conscientização do homem diante da divulgação de opiniões favoráveis às drogas se justifica na visão opaca que os cidadãos brasileiros, em sua esmagadora maioria, possuem em relação ao direito e ao valor do ordenamento jurídico possui no bojo social, bem como se fundamenta, em boa parte, na omissão do Estado em promover mais debates sobre a prejudicialidade do uso deliberado de entorpecentes. Assim,

“na produção de sua vida social, os homens realizam cotidianamente uma enorme quantidade de atos com sentido e efeitos jurídicos, dos quais boa parte – sem dúvida a maioria deles – não é percebida como tal. Isto é, os ditos atos não são ‘compreendidos’ em seus alcances e significações legais.[...] Existe, pois, uma opacidade do jurídico.” (CARCOVA, 1998, p. 14-15)

Ao final da referida obra o jurista argentino conclui que “uma parte da opacidade do direito não é uma fatalidade. É manipulação intencional do saber, estratégia de reprodução do poder”, quando então frisa que “esse estado das coisas pode ser democraticamente modificado. E que vale a pena modificá-lo”. (CARCOVA, 1998, p. 193)

Portanto, não há como fugir do fato de que o Estado deve promover esse saber, conscientizar e estimular as discussões públicas, pois são elas que fomentam o espírito humano e promovem a formação do caráter do homem.

Conforme bem destacado por PERELMAN (1999, p. 27)

[...] todos os que creem na existência de escolhas razoáveis, precedida por uma deliberação ou por discussões, nas quais as diferentes soluções são confrontadas umas com as outras, não poderão dispensar, se desejam adquirir uma consciência clara dos métodos intelectuais utilizados, uma teoria da argumentação tal como a nova retórica apresenta.”

Destarte, é necessário apreciar o discurso jurídico sob um novo viés, a fim de que ele seja reconhecido como conhecimento prudencial e ético, verdadeiramente capacitado para fazer escolhas razoáveis em todos os atos que envolvem deliberação.

No caso em baila, a despeito das políticas públicas envolvidas, o verdadeiro conflito encontra-se imiscuído em assuntos que envolvem não somente direitos fundamentais, mas valores dissolvidos no ordenamento jurídico e refutados pela parcela da sociedade que resolveu se insurgir.

Em razão desse conflito de direitos, o caso trazido à discussão deve ser resolvido por uma norma de decisão, uma vez que as normas de organização (ordenamento jurídico que criminaliza as drogas e apologia a seu uso x liberdade de expressão) não foram suficientemente capazes de lidar com as situações do caso concreto. (GOMES, 2008)

Nesse sentido é preciso considerar que

[...] toda relação capaz de trazer consequências positivas ou negativas consideradas relevantes, na esfera pública ou privada, deve merecer do Direito – por meio de suas normas e instituições – a tutela necessária a fim de que haja a salvaguarda dos valores envolvidos em tal relação, seja esta afetiva, econômica, religiosa, política ou de qualquer outra natureza. É neste sentido que um valor, quando assim contemplado pelo Direito, passa a ser identificado como elemento axiológico que configura como um ‘bem jurídico’. São os valores a serem salvaguardados que orientam a construção de sentido da norma. (GOMES, 2008, p. 97)

O caso em apreço, no entanto, envolve nítida situação que só se resolve por meio da hermenêutica constitucional no que tange à análise de conflitos de direitos fundamentais, sendo que STRECK (2002, p. 692) bem pontua que “é preciso ter claro que a hermenêutica não quer ter a última palavra”, sendo ela “um processo que implica uma eterna vigilância. É um processo de angústia permanente.”

A busca pela justiça e pela concretização dos princípios insertos na Constituição Federal é medida que se impõe, tendo em vista que

A justiça é a mola ética e espiritual dos direitos da dignidade humana e de sua hermenêutica de valores. Sendo ela, de conseguinte, o bem supremo de organização da vida social, incorpora do mesmo passo a natureza dos princípios. E como os princípios governam as Constituições, toda Lei Maior de cuja concretização a justiça se tenha apartado deixou de ser Constituição. É tão-somente carta régia, despacho de arbítrio, estatuto de violência, medida provisória, decreto-lei, ato institucional. (BONAVIDES, 2003, p. 376)

Assim, no caso em baila, não obstante o potencial receio de lesão a outros direitos e valores morais em decorrência da discussão da legalização das drogas, não se pode deixar de valorar a liberdade de expressão como norma-princípio mais valiosa.

Ao tecer comentários acerca do dispositivo do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos que trata da liberdade de expressão e reunião, COMPARATO (2005, p. 312-314) destaca que “a liberdade de expressão é incompatível com o estabelecimento de censura prévia”, bem como enfatiza que, não obstante haja a previsão de restrições ao direito de reunião “as autoridades estatais não podem impor condições tais para a reunião do povo em locais públicos que tornem o exercício desse direito praticamente impossível”.

Neste último caso, o referido jurista conclui que “como contraposição a um abuso de liberdade, haveria aí um autêntico abuso de poder”.

Logo, não havendo por parte dos dissidentes o abuso no exercício de suas prerrogativas, conforme assegurado através da procedência da ADPF 187/DF, cuja decisão goza de efeito vinculante, não há como coibir a livre manifestação do pensamento, por mais imoral que possa parecer, uma vez que os demais direitos e princípios que com ele conflitam não gozam de força suficiente para poderem se sobrepor a ele, até porque o conflito é presumido (não se pode afirmar em absoluto que de ouvir falas e protestos em favor da maconha a população passará a se drogar de forma indiscriminada ou cultivá-la em seus jardins).

Tal coibição implicaria em regressão às conquistas obtidas pelo povo através das lutas travadas contra o Estado soberano desde há muito tempo, sendo que se pode falar que a luta popular contra a opressão gerou uma inversão de perspectiva, mormente no início da idade moderna, como delineado por BOBBIO (1997, p. 4), quando então se passa a afirmar o direito de resistência à opressão, que pressupõe direito “ainda mais substancial e originário”, que é o do indivíduo não ser oprimido, ou seja, o direito de se “gozar de algumas liberdades fundamentais: fundamentais porque naturais, e naturais porque cabem ao homem enquanto tal e não dependem do beneplácito do soberano.”

Pensar de forma diferente com relação à situação aventada seria corroborar a tese já defendida pelo historiador Reiner de que “a história sempre foi a mesma, campeada por um autoritarismo sem paralelos na história do mundo (LERIAS, 2009, p. 260), o que não se pode permitir no seio de uma sociedade democrática como a brasileira, erigida sobre ideais republicanos.

Portanto, outra norma de decisão não se poderia confeccionar para no caso concreto analisado que não a de preponderância da livre manifestação do pensamento e liberdade de reunião sobre os demais direitos, principalmente se apreciada sob o prisma da liberdade idealizada no artigo 29 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, onde não só se afirma que um indivíduo tem deveres para com a comunidade, “fora da qual não é possível o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade” como se descreve que no gozo dos direitos e das liberdades “ninguém está sujeito senão às limitações estabelecidas pela lei com vistas exclusivamente a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e

liberdades dos outros e a fim de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem estar numa sociedade democrática” e se acrescenta que, em caso algum, os direitos e liberdades poderão ser exercidos “contra os fins e os princípios das Nações Unidas”. (MIRANDA, 1999, p. 140)

Logo, no caso trazido à apreciação, foi possível constatar que a questão levada ao Supremo Tribunal Federal não se trata de apologia ao uso de drogas, mas sim da defesa do direito fundamental de liberdade de expressão e reunião, cujos efeitos devem ser revertidos em benefício da sociedade se arquitetadas respostas bem elaboradas pelo Estado e a implementação de políticas públicas para conscientização em escolas, meios de comunicação, etc, acerca dos malefícios ocasionados pelo uso das drogas e, assim, preparar as pessoas para o debate e para que exerçam seu poder democrático de forma consciente e responsável.

Conclusão

Não obstante o ordenamento jurídico pátrio tenha buscado salvaguardar no corpo de sua Lei Fundamental, exemplificativamente, os direitos fundamentais, situações há em que se faz imprescindível abdicar de determinada proteção jurídica a certos interesses e direitos fundamentais a fim de que os valores e ideais sobre os quais foi erigido o Estado Democrático de Direito não venha a desfalecer.

Nesse espeque, impõe-se uma análise acurada dos valores e direitos em jogo e qual a dimensão do dano a ser causado em caso de certo direito ser preterido em benefício de outro.

Tais situações complexas fazem parte da “práxis” jurídica, de tal sorte que ao magistrado e demais órgãos representativos da função estatal resta ponderar e chegar a uma norma de decisão, a qual mais se aproxime dos valores e princípios que compõem a essência da Constituição.

No presente artigo discorreu-se, num primeiro momento, acerca dos direitos fundamentais, quando foram tecidas breves considerações sobre sua definição, importância e complexidade.

Num segundo momento foi analisado o caso concreto levado a juízo para aplicação de interpretação conforme a Constituição do artigo 287 do Código Penal, que estava sendo utilizado para tolher essas manifestações intituladas “marcha da maconha”, em nítida afronta aos princípios constitucionais, uma vez que os fins pretendidos eram o de cessarem as coibições ao direito de livre manifestação do pensamento.

A marcha na verdade, tem por finalidade suscitar um debate público em relação à legalização das drogas, mormente a maconha, o que deve ser permitido como medida salutar para que as autoridades responsáveis possam discutir o problema de forma aberta e de sorte que a população seja alertada dos possíveis perigos de uma flexibilização da legislação.

É cediço que as ruas tem sido a via mais prática e rápida de se chegar aos assuntos da pauta governamental e legislativa, seja para reivindicar melhores salários, algum direito político.

Ao final, vislumbrou-se que determinadas situações, que aprioristicamente pareçam conflitar com princípios e valores mais importantes, merecem ser ponderadas para que se chegue, verdadeiramente, a uma norma de decisão que mais se aproxime dos princípios constitucionais e que reafirme os ideais democráticos ínsitos no texto constitucional.

No caso concreto em apreciação no presente artigo foi possível inferir que cabe aos que detém o poder de decisão permitir o diálogo entre cidadãos de opiniões divergentes entre si e entre estes e o governo, sendo certo reconhecer aqui que a mudança principia do povo, mas se efetiva pelo Estado soberano que o representa, seja como administrador, como julgador ou como legislador. A liberdade de expressão, exercida dentro dos limites da lei, não pode ser restrito em razão de interpretação extensiva de forma que o dispositivo legal proibitivo seja orientado a dizer mais do que queira dizer, inibindo o livre exercício dos direitos fundamentais.

Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de Almeida. *Curso de Filosofia do Direito*. 6 ed. Revista e Atualizada. São Paulo: Atlas, 2008.

BOBBIO, Norberto. *Dicionário de Política*. 10 ed. Brasília: UnB, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa, por um direito constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. 2. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. *Métodos para resolução de Conflito entre Direitos Fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

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

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. Ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPELO DE SOUZA, Rabindranath V.A. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 546 in BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. *Métodos para resolução de Conflito entre Direitos Fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

CARCOVA, Carlos Maria. *A opacidade do Direito*. São Paulo: LTr, 1998.

COMPARATO, Fabio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. IV Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CORTINA, Adela. *Cidadãos do mundo: para uma teoria da cidadania*. São Paulo: Loyola, 2005.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

GARCIA, Maria. *A Nova Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional*. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política* São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 23. abr./jun.1998.

GOMES, Sergio Alves. *Hermenêutica Constitucional. Um contributo à Construção do Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá, 2008.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro – estudos de teoria política*. 3. Ed. São Paulo: Loyola, 2007.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 241.

LERIAS, Reinerio Antonio. *As Constituições Brasileiras: Direitos Fundamentais e Cidadania*. In: KLOCK, Andrea Bulgakov; CAMBI, Eduardo Augusto Salomão; ALVES, Fernando de Brito (Orgs.). *Direitos Fundamentais Revisitados*. 1. Ed. Curitiba: Juruá, 2009.

MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais. Introdução Geral. Apontamentos das aulas*. Lisboa, 1999.

PERELMAN, Chaim. *O Império Retórico: Retórica e Argumentação*. Lisboa: Asa, 1999.

PIZZOLATO, Filippo. *A Fraternidade no ordenamento jurídico italiano*. In: *O princípio esquecido: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas*. Antonio Maria Baggio (organizador); traduções Durval Cordas, Iolanda Gaspar, José Maria de Almeida. Vargem Grande Paulista/SP: Editora Cidade Nova, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9. Ed. revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

_____. *Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

STF – Plenário - ADPF 187/DF – Rel. Min. Celso de Mello. Informativo STF, nº 10. Jun. 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *História y Constitución*. Tradução de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2005.