

OS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO: O CONFRONTO DE ENTENDIMENTOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NOS CASOS ELLWANGER E MARCHA DA MACONHA

THE LIMITS OF FREEDOM OF EXPRESSION: THE BRAZILIAN SUPREME COURT'S STANCE ON THE SO-CALLED "ELLWANGER" AND "MARIJUANA MARCH" CASES

BEATRIZ BASTIDE HORBACH¹

RESUMO: O artigo indica os principais argumentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal nos conhecidos casos Ellwanger e Marcha da maconha, julgados em que a Corte foi demandada a apreciar se o exercício de conduta tipificada como ilícito penal estaria protegido pelo direito fundamental de liberdade de expressão. Pretende, com isso, indicar semelhanças e possíveis divergências, sistematizando certa coerência em relação aos limites de tal direito fundamental. Para dar suporte à exposição, o trabalho apresenta, em sua primeira parte, breves aspectos doutrinários dos direitos de liberdade de expressão e de reunião, para depois passar às manifestações dos Ministros e, finalmente, à conclusão.

PALAVRAS-CHAVE: Ellwanger; Marcha da Maconha; Direitos Fundamentais; Liberdade de Expressão; Liberdade de Reunião; Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: The article points out the main arguments used by the Brazilian Supreme Court in the so called Ellwanger and Marijuana March cases, in which the Court had to analyze if the exercise of conduct typified as a criminal offense is protected by the fundamental right to freedom of expression. It aims, therefore, to indicate possible similarities and differences between those cases, systematizing the limits of such fundamental right. To support the work, it presents, in its first part, some doctrinal aspects of the freedom of expression and of assembly, then the opinion of the Justices, to finally present a conclusion.

KEYWORDS: Ellwanger; Marijuana March; Fundamental Rights; Freedom of Expression; Freedom of Assembly; Supreme Court.

Comentário de Jurisprudência recebido em 23.07.2012. Comentário de Jurisprudência aceito para publicação em 13.08.2012.

¹ Assessora de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Mestre em Direito pela Eberhard-Karls Universität Tübingen, Alemanha. Pesquisadora do grupo *Controle de Constitucionalidade e Direitos Fundamentais*, da Universidade de Brasília; Membro do Corpo Editorial do Observatório da Jurisdição Constitucional. beatriz.horbach@gmail.com

SUMÁRIO: Introdução; 1. Liberdade de Expressão; 2. Liberdade de Reunião; 3. Os Limites da Liberdade de Expressão no caso Ellwanger; 4. Os Limites da Liberdade de Expressão no caso Marcha da Maconha; 5. ADI 4.274/DF e o Confronto de Entendimentos; Conclusões; Referências.

SUMMARY: Introduction; 1. Freedom of Expression; 2. Freedom of Assembly; 3. The Limits of Freedom of Expression in the Ellwanger Case; 4. The Limits of Freedom of Expression in the Marijuana March Case; 5. The Confrontation of Understandings; Conclusions; References.

INTRODUÇÃO

Na ADI 4.274/DF², o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, por unanimidade, que manifestação como a denominada *Marcha da Maconha* não pode ser considerada crime nos termos do previsto no artigo 33, § 2º da Lei de Tóxicos³ (Lei nº 11.343/2006). Caso contrário, haveria afronta aos direitos de reunião e de livre expressão do pensamento.

Em seus votos, diversos Ministros destacaram a “dimensão democrático-funcional⁴” da liberdade de reunião e de livre expressão do pensamento, já que esses são “direitos básicos do próprio sistema democrático, são direitos individuais, mas organicamente também institucionais⁵”. No caso, sua importância manifesta-se especialmente no sentido de que “nenhuma lei pode se blindar contra discussão em praça pública de seu conteúdo, dos seus méritos e de suas virtudes⁶”.

Min. Gilmar Mendes, entretanto, defendeu ser necessário estabelecer a extensão de tais direitos fundamentais, ressaltando que a Corte precisaria manter coerência com julgados anteriores. Mencionou o famoso caso Ellwanger (HC 82.424/RS⁷), no qual a publicação de livros com conteúdo antissemita foi considerada crime de racismo, e a ADPF 187⁸, que versava, igualmente, sobre a Marcha da maconha. Para reflexão, ele questionou, em sua argumentação, se seria possível que marcha semelhante a da maconha fosse organizada para defesa da descriminalização da pedofilia ou do homicídio.

Nos dois julgados, o STF foi demandado a apreciar se o exercício de conduta tipificada como ilícito penal estaria protegido pelo direito fundamental

² ADI 4.274/DF, Rel. Min. Ayres Britto, julgada em 23.11.2011.

³ Artigo 33, § 2º, da Lei de Tóxicos: “Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias - multa. § 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga: Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa”.

⁴ Voto Min. Gilmar Mendes, ADI 4.274/DF, Rel. Min. Ayres Britto, julgada em 23.11.2011.

⁵ Voto Min. Gilmar Mendes, ADI 4.274/DF, Rel. Min. Ayres Britto, julgada em 23.11.2011.

⁶ Intervenção Min. Ayres Britto, ADI 4.274/DF, Rel. Min. Ayres Britto, julgada em 23.11.2011.

⁷ HC 82.424/RS, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 17.09.2003.

⁸ ADPF 187, Rel. Min. Celso de Mello, julgada em 15.06.2011.

de liberdade de expressão. No caso Ellwanger e no da Marcha da maconha, a fundamentação dos votos foi praticamente idêntica; porém, naquele a Corte mostrou-se mais restritiva que neste.

Este artigo elencará as principais definições de liberdade de expressão utilizadas pelo STF nos julgamentos do HC 82.424/RS e da ADPF 187, indicando semelhanças e possíveis divergências, com objetivo de sistematizar certa coerência em relação a seus limites. Para dar maior suporte à exposição, apresentará, em sua primeira parte, breves aspectos doutrinários dos direitos de liberdade de expressão e de reunião, para depois passar às manifestações dos Ministros nos dois casos em análise.

1. LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A liberdade de expressão representa o direito assistido a todos de manifestar seus pensamentos e convicções, sem qualquer intervenção estatal *a priori*. Essencial a qualquer regime democrático, é garantida pela Constituição 1988, que não a adota como gênero que englobe a livre manifestação de pensamento, a liberdade de consciência e de crença, a livre expressão de consciência, e outras manifestações similares. De qualquer forma, é inevitável que, pelo seu caráter, sejam tratadas em conjunto⁹.

Em relação ao âmbito de proteção, a garantia da liberdade de expressão abrange “toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público, ou não, de importância e de valor, ou não”, desde que não esteja em conflito com outro direito ou valor constitucionalmente protegido¹⁰. Pieroth e Schlink indicam que o Tribunal Constitucional Federal alemão tem reiteradamente ressaltado que *o sentido e a razão* do direito fundamental de liberdade de expressão é “assegurar o combate intelectual de opiniões” (*den geistigen Kampf der Meinung zu gewährleisten*)¹¹.

Jónatas Machado sintetiza que a doutrina constitucional costuma debruçar-se sobre alguns objetivos fundamentais da liberdade de expressão, como “a procura da verdade, a garantia de um mercado livre de ideias, a participação no processo de auto-determinação democrática, a proteção da diversidade de opiniões, a estabilidade social e a transformação pacífica da sociedade e a expressão da personalidade individual¹²”. São conceitos que se complementam e, em alguns casos, sobrepõem-se uns aos outros.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 435.

¹⁰ BRANCO, Paulo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 451.

¹¹ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte Staatsrecht II*. Heidelberg: C.F. Müller, 2007, p. 137.

¹² MACHADO, Jónatas. *Liberdade de Expressão. Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 238.

Quanto ao modo, as manifestações podem ser verbais, não verbais, por meio de música, livros, fotografia¹³. É certo que a manifestação e a divulgação de uma opinião estão estritamente ligadas uma a outra, apresentam-se de formas sempre novas, especialmente graças ao avanço da tecnologia¹⁴.

Entretanto, é certo que a liberdade de expressão não é absoluta, mas possui restrições impostas pelo constituinte, além das que resultam da colisão com outros direitos ou valores constitucionalmente protegidos. Assim, o texto constitucional especifica que é possível interferência do legislador para proibir o anonimato, proteger a imagem, a honra, a intimidade e a privacidade¹⁵. É assegurado, também, direito de resposta no caso de abuso¹⁶.

Ademais, há também as manifestações que, de acordo com seu conteúdo, podem gerar atos violentos, de conspiração, de apologia ao crime. Aqui se enquadra o denominado “discurso do ódio” (*hate speech*), que, no conceito de Winfried Brugger, teria um sentido amplo e incluiria “palavras que tendam a insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião, ou que tem capacidade de instigar a violência, ódio ou discriminação contra tais pessoas¹⁷.” Trata-se de assunto que provoca calorosos debates no mundo inteiro.

A doutrina alemã, ao analisar o direito fundamental de liberdade de pensamento (*Meinungsfreiheit*¹⁸), ressalta que as manifestações de opinião (*Meinungsäußerungen*) são “juízos de valor” (*Werturteile*), independentemente do conteúdo ou do objeto a que se refiram¹⁹.

Devem-se diferenciar manifestações de opinião das *afirmações sobre fatos* (*Tatsachenbehauptungen*). Estas podem ser verdadeiras ou falsas, enquanto aquelas não precisarão ser nem verdadeiras, nem falsas. O Tribunal Constitucional Federal alemão interpreta que afirmações fáticas que são claramente ou conscientemente falsas não estão protegidas pela liberdade de pensamento. Informações incorretas não são bens que mereçam ser protegidos, o que, para Pieroth e Schlink, evidencia que deturpações propositais de uma verdade que não reproduzem a opinião de quem as manifesta não estão incluídas no âmbito protetivo desse direito. Todavia, a quem expressa uma opinião deve ser concedida a possibilidade de que não conheça com exatidão os fatos externados. Assim, a liberdade de pensamento também abrange a liberdade de errar (*Freiheit zum Irrtum*)²⁰.

¹³ BRANCO, Paulo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 453.

¹⁴ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. Op. cit., p. 137.

¹⁵ Art. 5º, incisos IV e X, Constituição Federal.

¹⁶ Art. 5º, V, Constituição Federal.

¹⁷ BRUGGER, Winfried. Proibição ou Proteção do Discurso do Ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e americano. In: *Revista de Direito Público*, vol. 1, nº 15, 2007.

¹⁸ Cf. art. 5, 1 linha 1, Lei Fundamental Alemã.

¹⁹ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. Op. cit., 135.

²⁰ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. Op. cit., 137.

2. LIBERDADE DE REUNIÃO

O direito fundamental de liberdade de reunião vincula-se de forma direta à liberdade de expressão. Também é considerado, desse modo, instrumento de vital importância à democracia. Além disso, uma das características do direito de reunião é não permitir a ameaça de isolamento dos particulares, estimulando o desenvolvimento de sua personalidade²¹ em grupos²².

O direito de reunião pressupõe um agrupamento de pessoas, que possua um mínimo de coordenação (finalidade comum e consciente) e que seja passageiro, transitório – caso contrário, seria uma associação. Um mero ajuntamento ocasional ou fortuito²³, como a concentração de pessoas em torno de um acidente de trânsito ou o público de um concerto musical não se enquadram, em princípio, no conceito de reunião. Essas pessoas podem ter a mesma finalidade, mas não um fim comum. Umas não precisam das outras para atingir seus objetivos²⁴.

Jorge Miranda lista a existência de quatro tipos de reuniões: para meros fins privados, que podem ocorrer em ambientes fechados ou abertos (e.g., encontro familiar); para fins institucionais, em ambientes fechados ou abertos, mas na base de convites individuais expressos ou de ingresso; para finalidades institucionais em locais abertos ao público sem restrições de ingresso ou presença e, finalmente, a reunião em local público, sejam quais forem as suas finalidades, políticas ou não²⁵. É em relação a essas três últimas espécies que pode incidir uma figura jurídica correspondente a um direito fundamental. Na primeira, por ter como base apenas laços privados de afeto, não há ingerência do direito²⁶.

A liberdade de reunião também abrange as vertentes da liberdade de convocação, promoção, participação em reuniões (liberdade positiva) e a liberdade de não manifestação (liberdade negativa)²⁷. Deve ser pacífica, sem uso de armas, o que pressupõe que condutas dolosas, voltadas a romper a paz social, sejam igualmente vedadas²⁸. Para tanto, o Superior Tribunal Federal alemão (*Bundesgerichtshof*) utiliza o conceito de “perturbação da paz cívica” (*Störung des staatsbürgerlichen Friedens*).

A legislação alemã que dispõe sobre direito de reunião define seu caráter

²¹ Na Alemanha, o “*livre desenvolvimento da personalidade*” (*Persönlichkeitsentfaltung*) é garantido nos termos do art. 2º da Lei Fundamental: “(1) Todos têm o livre direito ao desenvolvimento de sua personalidade, desde que não violem direitos de outrem e não se choquem contra a ordem constitucional ou a lei moral”.

²² PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. Op. cit., p. 174.

²³ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo IV. Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, p. 426.

²⁴ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. Op. cit., p. 173.

²⁵ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Op. cit., p. 426.

²⁶ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Op. cit., p. 427.

²⁷ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Op. cit., p. 428.

²⁸ BRANCO, Paulo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 463.

pacífico como as manifestações que não tomem rumos violentos ou insurrecionais²⁹. A ação violenta pressupõe uso da força física do autor sobre pessoas ou coisas. Em relação ao caráter insurrecional, Pieroth e Schlink indicam que a possibilidade de externarem-se opiniões subversivas deve ser permitida nos limites da liberdade de expressão³⁰.

No Brasil, o caráter de licitude da reunião é considerado seu requisito pela doutrina e jurisprudência, ainda que não mencionado expressamente no texto constitucional³¹. Além disso, do ponto de vista penal, é certo que vale o princípio de que ninguém pode executar, em uma reunião, algo que seja proibida fora dela³². A ausência de regulamentação infraconstitucional aumenta a dificuldade de clara definição de seus limites³³.

As autoridades públicas, ao perceber que uma reunião está sendo utilizada para fins ilegais, tem o dever e o direito de interrompê-la, afastando a ocorrência do ilícito. A reunião poderá, se possível, prosseguir regularmente após essa intervenção. Fernando Dias Menezes de Almeida ainda ressalta que, em se tratando de atitudes ilícitas realizadas em uma reunião, não há de se falar em colisão de direitos, mas, sim, de tipificação de conduta delituosa³⁴.

É certo que a proibição de uma manifestação deve ser baseada em *razões fundadas*. Nesse aspecto, a doutrina italiana entende que não é suficiente a simples menção ao perigo de alteração da ordem pública ou possível agressão a bens protegidos³⁵. Tal fundamentação, por ser complexa, faz com que seja difícil o estabelecimento de regras gerais sobre limites à liberdade de expressão. É necessário, por conseguinte, analisar-se o caso concreto³⁶.

O texto constitucional brasileiro impõe duas restrições ao direito de reunião: que um encontro não frustre outro, anteriormente agendado para o mesmo local, e que a reunião seja previamente avisada à autoridade competente. Nesse ponto, “o aviso prévio abre oportunidade para que a autoridade venha a opor-se à reunião, se da notícia dada surgir claro conflito irreductível com outros valores constitucionais³⁷.”

Há, ainda, limitações quanto a sua forma de realização, quando, por exemplo, a reunião impedir descolamento de pessoas e veículos, especialmente os de emergência. Também merece especial cuidado as restrições impostas

²⁹ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. Op. cit., p. 175.

³⁰ Idem, ibidem.

³¹ BRANCO, Paulo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 464.

³² TORRES MURO, Ignacio. *El Derecho de Reunion y Manifestacion*. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1991, p. 96.

³³ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Liberdade de Reunião*. São Paulo: Max Limond, 2001, p. 101.

³⁴ Idem, p. 187.

³⁵ TORRES MURO, Ignacio. Op. cit., p. 136.

³⁶ Idem, p. 137.

³⁷ BRANCO, Paulo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 467.

a reuniões particulares, cuja proibição apenas pode se dar em caráter excepcional, por grave e imperioso motivo³⁸.

4. OS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO CASO ELLWANGER

Siegfried Ellwanger era proprietário de editora que publicava livros seus e de outros autores que defendem ideias que negam ou minimizam a ocorrência do holocausto, na que é conhecida como *teoria revisionista* ou *negacionista*.

O caso chegou ao Supremo Tribunal Federal em sede de *habeas corpus*, no qual o paciente informou que foi condenado pelo delito de discriminação contra judeus, nos termos do art. 20, Lei 7.716/89 com redação dada pela Lei 8.081/90³⁹. Alegou que tal crime não possui conotação racial que enseje a imprescritibilidade prevista no art. 5º, XLII⁴⁰, da Constituição, já que os judeus não seriam raça.

A Corte, ao avaliar a questão, debruçou-se sobre a caracterização do conceito de raça, assim como dos motivos que levaram o constituinte a inserir dispositivo sobre racismo na Constituição Federal, que teria especial direcionamento ao combate da discriminação à população negra.

Todavia, um ponto que teve, necessariamente, destaque foi a análise dos limites da liberdade de expressão e a partir de qual ponto passou o livreiro a cometer o crime de racismo. Conforme ressaltado pelo Min. Sepúlveda Pertence: “creio que a beleza da discussão sobre conceito de racismo está deixando um pouco na sobra uma outra discussão relevante: o livro como instrumento de um crime, cujo verbo central é ‘incitar’”.

O livreiro, por meio de obras como “Holocausto – Judeu ou alemão? Nos bastidores da mentira do século” ou “O judeu internacional”, de Henry Ford, procurou “incitar e induzir a discriminação racial, semeando em seus leitores sentimentos de ódio, desprezo e preconceito contra o povo de origem judaica.⁴¹”, “incentivando a discriminação racial e imputando-lhes (aos judeus) os males do mundo, o que justificaria, a exemplo da doutrina nazista, sua inferiorização e segregação⁴²”.

A maioria dos Ministros votou pela imprescritibilidade do crime, ressaltando que “não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais”. Entretanto, “a divisão dos seres humanos em raças resulta

³⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 329.

³⁹ Art. 20, Lei 7.716/89 com redação dada pela Lei 8.081/90: “Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, religião, etnia ou procedência nacional. Pena de reclusão de dois a cinco anos”.

⁴⁰ Art. 5º, XLII, CF: XLII – “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”.

⁴¹ Voto Min. Mauricio Correia.

⁴² Idem.

de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista⁴³.

Min. Celso de Mello deixou claro que a incitação ao ódio público contra o povo judeu não estaria protegida pela cláusula constitucional que assegura a liberdade de expressão. Para tanto, justificou do seguinte modo:

É que publicações – como as de que trata esta impetração – que extravasam os **limites da indagação científica e da pesquisa histórica**, degradando-se ao nível primário do insulto, da ofensa e, sobretudo, do estímulo à intolerância e ao ódio público pelos judeus, não merecem a **dignidade da proteção constitucional que assegura a liberdade de expressão do pensamento, que não pode compreender, em seu âmbito de tutela, manifestações revestidas de ilicitude penal.**

Isso significa, portanto, que a prerrogativa concernente à liberdade de manifestação do pensamento, por mais abrangente que deva ser o seu campo de incidência, **não constitui meio que possa legitimar a exteriorização de propósitos criminosos**, especialmente quando as expressões de ódio racial – veiculadas com evidente superação dos limites da crítica política ou da opinião histórica – transgridem, de modo inaceitável, valores tutelados pela própria ordem constitucional (grifo nosso).

Sobre existência de possível tensão dialética entre liberdade de expressão e outros direitos ou valores essenciais, o Ministro continuou seu voto indicando que não haveria, no caso em análise, ocorrência de situação de conflitualidade. Comportamentos abusivos devem ser contidos com base na preservação da dignidade da pessoa humana. De modo a estabelecer critério que justifique que a conduta do paciente não está protegida pelo direito fundamental de liberdade de expressão, ressaltou que:

Cabe reconhecer que os postulados da igualdade e da dignidade pessoal dos seres humanos constituem limitações externas à liberdade de expressão, que não pode, e não deve, ser exercida com o propósito subalterno de veicular práticas criminosas, tendentes a fomentar e a estimular situações de intolerância e de ódio público.

O Ministro indicou, ainda, que, para superação de antagonismos, o Supremo Tribunal Federal deve utilizar critérios que lhe permitam ponderar e avaliar qual o direito deve prevalecer, levando-se em consideração determinado contexto e perspectiva axiológica. Desse modo, a preponderância dos direitos fundamentais em conflito com outros ou com valores constitucionalmente protegidos deve ser analisada individualmente, caso a caso, e tomando-se como base o contexto atual da sociedade em que a discussão está inserida.

⁴³ Ementa.

O direito à livre expressão do pensamento, contudo, não se reveste de caráter absoluto, pois sofre limitações de natureza ética e de caráter jurídico. Os abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento, quando praticados, legitimarão, sempre “*a posteriori*”, a reação estatal, expondo aqueles que os praticarem a sanções jurídicas, de índole penal ou de caráter civil.

Se assim não fosse, os atos de caluniar, de difamar, de injuriar e de fazer apologia de fatos criminosos, por exemplo, não seriam suscetíveis de qualquer reação ou punição, porque supostamente protegidos pela cláusula da liberdade de expressão.

(...)

O fato é que a liberdade de expressão não pode amparar comportamentos delituosos que tenham, na manifestação do pensamento, um de seus meios de exteriorização, notadamente naqueles casos em que a conduta desenvolvida pelo agente encontra repulsa no próprio texto da Constituição, que não admite gestos de intolerância que ofendem, no plano penal, valores fundamentais, como o da dignidade da pessoa humana, consagrados como verdadeiros princípios estruturantes do sistema jurídico de declaração dos direitos essenciais que assistem à generalidade das pessoas e dos grupos humanos.

Isso não significa, contudo, que a prerrogativa da livre manifestação do pensamento ampare exteriorizações contrárias à própria lei penal, pois o direito à liberdade de expressão, que não é absoluto, não autoriza condutas sobre as quais já haja incidido, mediante prévia definição típica emanada do Congresso Nacional, juízo de reprovabilidade penal que se revele em tudo compatível com os valores cuja intangibilidade a própria Constituição da República deseja ver preservada. (grifos nossos).

Ele frisou que, em se tratando de direitos humanos, qualquer interpretação deve se dar com base não apenas nas regras e nas cláusulas de direito interno, mas nas de direito internacional. Há diversos tratados que indicam a necessidade de punirem-se manifestações que pretendam negar ou minimizar o holocausto.

Em seu voto, Min. Gilmar Mendes ressaltou que “a liberdade de expressão, em todas as suas formas, constitui pedra angular do próprio sistema democrático.” Para o caso em tela, indicou, citando trechos do livro *Hate speech*, de Kevin Boyle, que “a discriminação racial levada a efeito pelo exercício da liberdade de expressão compromete um dos pilares do sistema democrático, a própria ideia de igualdade”.

O Ministro defendeu que, com a ocorrência de tensões dialéticas como a que se coloca nessa hipótese, é necessária aplicação do princípio da proporcionalidade. A liberdade de expressão não é absoluta em nosso texto constitucional, mas encontra limites, inclusive no que diz respeito às manifestações de conteúdo discriminatório ou de conteúdo racista.

“Trata-se, como já assinalado, de uma elementar exigência do próprio sistema democrático, que pressupõe a igualdade e a tolerância entre os diversos grupos”.

Ao falar sobre os limites da liberdade de expressão, Min. Ayres Britto apontou que, em seu exercício e nas atividades artísticas, científicas, literárias e de comunicação, há três excludentes de abusividade, amparadas em aspectos fundamentais da ontologia humana:

O anseio de infinito (que é a busca da religação da criatura com o Criador), a inata curiosidade pela produção de um tipo tão especulativo quanto universalizante do saber (núcleo duro de toda investigação filosófica) e, finalmente, a formulação de doutrinas e teorias que tenham na estruturação e funcionalização otimizadas dos Estados e dos Governos o seu específico objeto (fórmula simplificada de compreensão da Política enquanto Ciência e enquanto arte de governar).

Em seu voto, afirmou que “leu e releu” as obras do paciente e que em nenhuma passagem encontrou trechos que pudessem exprimir alguma espécie de agressão infundada ao povo judeu.

Ainda que não tenha concordado com essas teses, o Ministro reconheceu que as ideias estão fundamentadas, bem desencadeadas e elaboradas. “É que os episódios e personalidades que marcaram a Segunda Grande Guerra comportam mais de uma explicação e toda pessoa é livre para se posicionar nessa ou naquela direção. A menos que, a pretexto de escrever um livro, em realidade passe a trilhar os aleivosos caminhos do panfleto, da ridicularia ou da pasquinada (...) do achincalhe e da prestidigitação intelectual.”

De acordo com seu entendimento, não é crime apoiar uma ideologia, por pior que ela seja. A Constituição Federal também defende o pluralismo político e impede a privação de direitos por motivo, justamente, de convicção política ou filosófica.

O Min. Marco Aurélio, em posicionamento semelhante ao do Min. Ayres Britto, votou no sentido de que a todos deve ser garantido o direito de manifestar qualquer ideia, por mais absurda e radical que esta possa parecer, ainda que seja afrontosa ao pensamento oficial ou majoritário. “A liberdade de expressão serve como instrumento decisivo de controle da atividade governamental e do próprio exercício do poder.” E complementa:

Quando somente a opinião oficial pode ser divulgada ou defendida, e se privem dessa liberdade as opiniões discordantes ou minoritárias, enclausura-se a sociedade em uma redoma que retira o oxigênio da democracia e, por consequência, aumenta-se o risco de ter-se um povo dirigido, escravo dos governantes e da mídia, uma massa de manobra sem liberdade.

Desse modo, a possibilidade de qualquer tema ou ideia ser defendida afasta seu caráter de obscuridade, permitindo a publicidade, o debate público, o estímulo a reações contrárias. A importância da diversidade como característica dos países modernos e a necessidade de acomodarem-se diferentes opiniões deve ser assegurada, para que os indivíduos, com base nas informações que recebem, possam eles mesmos ter posicionamento sobre suas preferências e convicções.

Qualquer tentativa de limitação do conteúdo da liberdade de expressão ocorrerá a partir dos olhos da maioria e da ideologia dominante. O Ministro fundamenta que a única restrição possível seria em relação à forma como seu conteúdo é difundido. Entende que o crime de racismo estaria configurado caso o paciente tivesse distribuído panfletos com dizeres como “morte aos judeus”. Ao contrário, suas ideias foram externadas em livros, a partir de pesquisa cientificamente embasada, o que seria legal.

Min. Marco Aurélio ressaltou que a liberdade de expressão não é um direito ilimitado e que, na hipótese de colisão com outros direitos e valores, deve-se verificar se, na espécie:

A liberdade de expressão está configurada, se o ato atacado está protegido por esta cláusula constitucional, se de fato a dignidade de determinada pessoa ou grupo está correndo perigo, se essa ameaça é grave o suficiente a ponto de limitar a liberdade de expressão ou se, ao contrário, é um mero receio subjetivo ou uma vontade individual de que a opinião exarada não seja divulgada, se o meio empregado de divulgação de opinião representa uma afronta violenta contra essa dignidade, entre outras questões.

Dessa forma, a análise do caso passa, necessariamente, pelo modo como a informação foi divulgada e pela realidade da sociedade brasileira. “Como é possível que um livro (...) transforme-se em um perigo iminente de extermínio do povo judeu, especialmente em um país que nunca cultivou quaisquer sentimentos de repulsa a esse povo?”

Concluiu que não é razoável, em uma “sociedade plural como a nossa, restringir-se determinada manifestação de opinião por meio de um livro, ainda que preconceituosa e despropositada”, já que inexistem indícios de que isso causará alguma reação na sociedade brasileira.

Em relação ao tema proposto nesse artigo, a ementa do julgado restou assim formulada:

As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, art. 5º, parágrafo 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra um **“direito de incitação ao racismo”**, dado que um direito individual

não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade humana e da igualdade jurídica⁴⁴. (grifo nosso).

Com base, essencialmente, nas questões aqui apresentadas, o Tribunal indeferiu o *habeas corpus* por maioria, vencidos os Ministros Moreira Alves e Marco Aurélio, que concediam a ordem para reconhecer a prescrição da pretensão punitiva do delito, e o Min. Ayres Britto, que a concedia, *ex officio*, para absolver o paciente por falta de tipicidade de conduta.

5. OS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA MARCHA DA MACONHA

A ADPF 187 foi proposta pela Procuradoria-Geral da República para análise da interpretação que se pode dar ao art. 287, com vistas a evitar ou reparar lesão decorrente de entendimento no sentido de criminalizar a liberdade de expressão e reunião pela defesa da legalização do consumo da maconha (nas denominadas *Marchas da Maconha*). Tal norma legal encontra-se inserida no título dedicado aos crimes contra paz pública, que “consistem no ato de produzir, executar ou dar origem a louvor, elogio ou discurso de defesa de prática criminosa ou de autor de crime⁴⁵”

Em seu voto, o Min. Luiz Fux observou que tais marchas não constituem crime por dois motivos: em primeiro lugar, “a emissão de opinião favorável à descriminalização de uso de entorpecentes – **ou qualquer outra conduta** – não pode ser considerada, *de per se*, como apologia ao crime”, já que não se exalta sua prática, mas entendimento de que não deveria constituir ilícito. Em segundo lugar, “a proteção constitucional da liberdade de expressão garante a livre emissão de opinião, inclusive quanto à descriminalização de condutas”.

Além disso, Min. Luiz Fux ressaltou que “a liberdade de expressão é crucial para a participação do cidadão no processo democrático”, que tal direito constitui um “mecanismo de controle dos abusos do Estado” e que “o tema não pode ser varrido para baixo do tapete”. Nesse aspecto, questionou:

Quais as consequências dessa repressão? A clandestinidade da discussão é uma delas. O tema da descriminalização da maconha e de outras drogas, se reprimido o debate, fica subterrâneo, estimulando-se a formulação de juízos parciais e míopes, com elevado risco de surgimento de visões maniqueístas de ambos os lados. Para o *establishment*, o consumo de entorpecentes de associa ao desvio, à marginalidade; para os excluídos do debate, o consumo da droga se transforma em ilusório instrumento de libertação. (...) A questão precisa ser profunda e permanentemente debatida.

⁴⁴ Ementa HC 82.424.

⁴⁵ NUCCI, Guilherme de Souza apud Min. Luiz Fux.

O Ministro continuou, indicando o papel do Supremo Tribunal Federal:

É por essas razões que o Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição e, destarte, do regime democrático, deve reconhecer a legitimidade e a necessidade do debate. A realização de manifestações públicas, a favor ou contra a descriminalização do consumo de entorpecentes, é um elemento caracterizador do amadurecimento da sociedade civil, que precisa ser valorizado.

A ideia de que a liberdade de expressão é essencial à manutenção e desenvolvimento da democracia também está presente no voto do Min. Cezar Peluso:

(...) A livre circulação de ideias 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 determinado momento histórico-cultural, o mainstream, ou seja, a corrente dominante em determinada sociedade.

Ao mencionar casos americanos, ele procurou sintetizar entendimento dos seus colegas do seguinte modo:

(...) o governo não pode proibir expressões, verbais ou não verbais, apenas porque a sociedade as repute desagradáveis, ofensivas e, acrescido eu, incompatíveis com o pensamento coletivo dominante. E, que é preciso manter permanentemente aberto o campo social de debate, até porque o que denomino silêncio imposto não é o modo nem o meio mais curial de resposta ou de combate a ideias ou propostas discutíveis, senão a discussão livre, de onde nascem a consciência e o convencimento.

Min. Celso de Mello também ressaltou a necessidade de livre circulação de ideias, sem intervenção estatal *a priori*, “ainda que impopulares, contrárias ao pensamento dominante ou representativas de concepções peculiares a grupos minoritários.” E, sobre a impossibilidade de que o Estado diga aos cidadãos o que é certo ou errado, disse que:

Nenhuma autoridade pode prescrever o que será ortodoxo em política, ou em outras questões que envolvam temas de natureza filosófica, jurídica, social, ideológica ou confessional nem estabelecer padrões de conduta cuja observância implique restrição à própria manifestação de pensamento. Isso porque “o direito de pensar, falar e escrever livremente, sem censura, sem restrições ou sem interferência governamental” representa, conforme adverte Hugo Lafayette Black, que integrou a Suprema Corte dos Estados Unidos, “o mais precioso privilégio dos cidadãos”.

Ele fez a ressalva de que o direito à livre expressão do pensamento não se reveste de caráter absoluto. “É por tal razão que a incitação ao ódio público contra qualquer pessoa, povo ou grupo social não está protegida pela cláusula constitucional que assegura a liberdade de expressão.”

O Tribunal, por unanimidade, 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”.

6. ADI 4.274/DF E O CONFRONTO DE ENTENDIMENTOS

A possibilidade de manifestações favoráveis à descriminalização do uso de entorpecentes foi novamente apreciada pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 4.274/DF.

Min. Gilmar Mendes, que não participara da votação da ADPF 187, questionou, em seu voto, quais valores poderiam limitar a liberdade de expressão e reunião, de acordo com o entendimento da Corte. Mencionou o caso *Ellwanger*, introduzindo a polêmica: “(...) o caso da prática do racismo, se nós traduzíssemos a liberdade de expressão, que foi objeto daquele debate, para o campo da liberdade de reunião, difundir aquelas ideias, atacar grupos numa praça pública, poderia isso ser aceito?”. Min. Ayes Britto respondeu que, de acordo com sua percepção, a manifestação não pode ter proposta beligerante, de incitação, de instigação, de alijamento.

Ainda que a discussão versasse sobre descriminalização de entorpecentes, Min. Gilmar Mendes procurou definir a posição do STF em relação à extensão da liberdade de expressão. Questionou se seria possível que um grupo realizasse manifestações que defendessem a descriminalização da pedofilia ou do homicídio, propondo debate sobre seus limites.

Em relação a esses dois exemplos, Min. Celso de Mello entendeu que seria possível a ocorrência dessas marchas, já que:

Nada impede que correntes minoritárias possam, reunindo-se publicamente e de modo pacífico, preconizar para a questão gravíssima da pedofilia soluções outras que não a de natureza penal; nada impede que esses grupos expressem livremente as suas ideias. Podem ser absolutamente inconvenientes, conflitantes com o pensamento dominante, mas a mera expressão, a mera formulação de um pensamento não pode constituir objeto, numa situação específica como essa, de restrição.

Min. Luiz Fux interveio para ressaltar que tais questões específicas devem ser submetidas aos princípios interpretativos materiais da Constituição. Disse que, com base nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, uma possível marcha que defendesse a pedofilia seria inadmissível. “Eu não posso crer que, em nome da liberdade de manifestação de pensamento,

se admitisse uma reunião para discutir, eventualmente, a descriminalização da pedofilia sob o ângulo da razoabilidade e da proporcionalidade”, concluiu o Ministro.

No mesmo sentido, Min. Ricardo Lewandowski, que disse que, nesse caso, estar-se-ia também se atentando contra a própria paz social, já que a pedofilia é uma violência contra a pessoa.

Ao procurar resumir o que entendeu da preocupação externada pelo Min. Gilmar Mendes, Min. Ayres Britto concluiu:

(...) a única vedação constitucional na matéria se direciona para uma reunião cuja base de inspiração e de termos de convocação revelem propósitos e métodos de apologia ao crime, de violência física armada ou beligerante.

Para o Min. Celso de Mello, entretanto, tal síntese implicaria restrição. Para ele:

(...) há limites que derivam do próprio texto constitucional, basicamente aqueles que se mostram incompatíveis com o exercício do direito de livre expressão do pensamento, quer dizer, extrai a questão da incitação ao ódio racial, ao ódio étnico, ao ódio religioso. (...) As leis são essencialmente revogáveis. O que me parece importante é não permitir que a expressão de ideias fique subordinada a determinados conceitos impostos pela autoridade pública.

Com a ressalva do Min. Luiz Fux de que a Corte deve ficar adstrita ao que foi pleiteado, ou seja, que não houvesse criminalização da manifestação no sentido de descriminalização do uso da maconha, bem como que cada situação deveria ser especificamente analisada, caso a caso, a discussão foi encerrada.

CONCLUSÕES

Nos julgamentos do caso Ellwanger e da Marcha da maconha, há argumentos comuns, amparados no entendimento doutrinário majoritário, que ressaltam a importância de garantir-se a liberdade de manifestação e de reunião no Estado democrático de direito. Algumas premissas, indicadas nas duas decisões, podem ser sintetizadas na seguinte listagem:

- a) a liberdade de expressão não é absoluta, mas encontra limites na própria Constituição e em outros valores constitucionalmente protegidos;
- b) a liberdade de expressão é essencial para a manutenção do regime democrático;
- c) a liberdade de expressão, especialmente quando demonstrada por meio de reuniões e manifestações, auxilia o desenvolvimento da consciência dos cidadãos, que passam a ter acesso a novas informações. A diversidade de ideias instiga o debate de temas polêmicos pela sociedade;

- d) qualquer espécie de censura injustificada à liberdade de expressão constitui abuso de autoridade e tentativa de imposição do entendimento majoritário a um grupo específico;
- e) manifestações não podem ser proibidas pelo governo apenas porque possuem conteúdo impopular, desagradável, contrárias ao pensamento dominante ou representativas de concepções peculiares a grupos minoritários;
- f) a liberdade de expressão não protege manifestações que extravasam limites da indagação científica e da pesquisa histórica e que se apresentam em forma de meros insultos e agressões. Incitação ao ódio público contra qualquer pessoa ou povo não é assegurada pela liberdade de expressão;
- g) a colisão da liberdade de expressão com outros direitos e valores constitucionalmente protegidos deve ser verificada em cada caso concreto, com base no princípio da proporcionalidade;
- h) a colisão da liberdade de expressão com outros direitos e valores constitucionalmente protegidos precisa ser avaliada considerando-se o contexto em que a situação encontra-se inserida.

É evidente que o conceito e os limites dados à liberdade de expressão foram semelhantes nos dois julgamentos, sobre isso não há controvérsia. A principal diferença nos casos Ellwanger e Marcha da maconha é que, na situação concreta, a colisão de seu conteúdo com determinados direitos e valores foi considerada mais ou menos gravosa, resultando consequências diversas.

Ressalte-se que o grande diferencial do caso Ellwanger tenha sido, possivelmente, a existência de tratados e instrumentos internacionais que determinam que os países devem combater as teorias revisionistas ou negatórias do holocausto judeu. Ainda que se procure embasar e dar suporte científico a tais ideais, estes deveriam ser reprimidos pelos Estados, de modo a não fomentar novas perseguições e sofrimentos a esse povo.

Por outro lado, o entendimento do Min. Marco Aurélio, no sentido de que a sociedade brasileira não é conhecida como hostil em relação ao povo judeu, é ponto que merece destaque. De fato, mesmo que possua índole subjetiva, o pressuposto de que se deve analisar o caso concreto, de acordo com a história e o atual estágio da sociedade a qual está vinculado, parece indicar ser importante.

Manifestações favoráveis ao casamento homossexual, que sofreriam restrições há algumas décadas, são aceitas nos tempos atuais. Uma marcha favorável à pedofilia, que hoje não seria permitida, de acordo com intervenções dos Ministros Luiz Fux e Ricardo Lewandowski, poderia ser considerada lícita no futuro ou em uma sociedade que tenha outros valores como prioritários. Livros com conteúdo racista contra negros teriam, em nossa cultura, impactos bem maiores do que os publicados com ideias antisemitas.

Como se vê, a definição desses limites não é, por certo, tarefa simples. A determinação de quais direitos ou valores constitucionalmente protegidos devem prevalecer, em caso de colisão, pode conduzir a diferentes compreensões, inclusive com base no juízo de ponderação dos julgadores e percepção dos valores da sociedade.

De forma objetiva, nos dois casos houve reiterados entendimentos de quais valores *usualmente* podem imperar em nosso ordenamento constitucional, como a defesa da vida, da dignidade da pessoa humana; a defesa da paz social; a defesa do menor. “Postulados de igualdade e dignidade pessoal dos seres humanos seriam limitações externas à liberdade de expressão”, sustentou Min. Celso de Mello, em seu voto no caso Ellwanger.

Por outro lado, na discussão travada na ADI 4.274/DF, Min. Celso de Mello mostrou-se favorável ao caráter lícito de uma possível marcha a favor da pedofilia ou do homicídio, já que tais manifestações, por pior que sejam as ideias defendidas, devem ser asseguradas pelo Estado democrático, inclusive para estimular o debate público do tema.

Desse modo, é flagrante, pelos pontos aqui elencadas, que a extensão da liberdade de expressão não é estanque, mas deve ser apreciada com cuidado, utilizando-se critérios objetivos e coerentes. Possíveis limitações a manifestações favoráveis à prática de aborto, descriminalização do homicídio, pedofilia, contrárias a judeus, negros, nordestinos ou, inclusive, que defendam adoção da pena de morte pelo Estado, precisariam ser fundamentadas atentando-se a todos as perspectivas que envolvem o direito de liberdade de expressão.

A discussão foi concluída com a ressalva de que apenas a descriminalização de entorpecentes estava sendo discutida naquele momento e que as demais situações deverão ser apreciadas a cada caso. Por ora, os questionamentos feitos pelo Min. Gilmar Mendes continuam sem clara resposta.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Liberdade de Reunião*. São Paulo: Max Limond, 2001.

BRANCO, Paulo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRUGGER, Winfried. Proibição ou Proteção do Discurso do Ódio? Algumas Observações sobre o Direito Alemão e Americano. *In: Revista de Direito Público*, vol. 1, nº 15, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

JARASS, Hans; PIEROTH, Bodo. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland – Kommentar*. Munique: C. H. Beck, 2007.

MACHADO, Jónatas. *Liberdade de Expressão. Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.
- PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte Staatsrecht II*. Heidelberg: C. F. Müller, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- SARMENTO, Daniel. A Liberdade de Expressão e o Problema do *Hate Speech*. In: *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- SARMENTO, Daniel. Liberdade de Expressão, Pluralismo e o Papel Promocional do Estado. In: *Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais*. Nº 7, jan./jun. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- TORRES MURO, Ignacio. *El Derecho de Reunion y Manifestacion*. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1991.