

MARCHA DA MACONHA E MARCHA DA PEDOFILIA: A PERMISSIVIDADE DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO MODELO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO

MARIJUANA MARCH AND PEDOPHILY MARCH: THE PERMISSIVENESS OF FREEDOM OF SPEECH IN THE BRAZILIAN DEMOCRATIC MODEL

Antonio de Holanda Cavalcante Neto¹

Eduardo Rocha Dias²

RESUMO

Como projeções da liberdade de expressão, se colocam o direito fundamental de reunião e de manifestação (art. 5º, XVI, da CF/88), integrando o núcleo essencial daquela as faculdades do protesto e reivindicação. O direito de reunião, enquanto direito-meio para o exercício da liberdade de expressão, encontra limitações. O Supremo Tribunal Federal, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 187 e na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.274, avaliou se, no âmbito de proteção da liberdade de expressão (reunião) estaria albergada a “Marcha da Maconha”, manifestação pública em defesa da legalização de entorpecentes, ou se tal evento constituiria apologia ao crime (art. 287 do CPB) ou incitação ao uso de drogas (art. 33, § 2º, da Lei 11.343/2006), tendo-se decidido da primeira forma. O trabalho busca avaliar os fundamentos das decisões proferidas, mormente no que diz respeito ao princípio democrático, para definir qual o modelo de democracia subjaz à decisão proferida pelo STF e analisar se os mesmos fundamentos utilizados nos precedentes autorizariam, também, a realização de uma hipotética “Marcha da Pedofilia”, como forma de assegurar o coeficiente democrático do Estado de Direito brasileiro, ou se, contrariamente, há diferenças significativas entre cada situação de modo a ensejar entendimento diverso, e, caso afirmativo, quais seriam tais parâmetros.

Palavras-chave: Liberdade de expressão; Direito de reunião; Marcha da maconha; Pedofilia; Democracia.

¹ Advogado. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará – UFC. Especialista em Direito Processual Penal pela Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará – ESMEC. Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Fortaleza – CE – Brasil. Membro do LACRIM – Laboratório de Ciências Criminais da Universidade de Fortaleza – UNIFOR. E-mail: holanda.segundo@gmail.com.

² Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Procurador Federal. E-mail: eduardordias@hotmail.com.

ABSTRACT

As projections of freedom of speech are the freedoms of assembly and petition, whose core is integrated by the right to protest and to demand specific measures from the State. The freedom of assembly and association, taken as an instrument to secure freedom of speech, has limitations. The Brazilian Supreme Court, in the ADPF 187 and ADI 4.274, evaluated if the Marijuana March, a reunion of people claiming to legalize illegal drugs, would be protected by freedom of speech and association or if it would be considered an apology to crime. The Court ruled for its constitutional protection. The present work aims to analyze the motivations of the Supreme Court decisions, especially in what concerns the democratic principle, in order to establish what was the model of democracy adopted by the Court and to define whether the same motivations would also permit something such as an hypothetical March for Pedophily, as way to assure the democratic coefficient of Brazilian State of Law, or if, otherwise, it should be treated differently and, in that case, what are the parameters to motivate a different treatment.

Keywords: Freedom of speech; Freedom of assembly and association; Marijuana march; Pedophily; Democracy.

1 Delineamento do tema

A liberdade de expressão sempre se ligou umbilicalmente ao Estado Democrático de Direito, tendo relação direta com o grau de democracia ou de totalitarismo que norteia o regime de determinado Estado. Jónatas Machado (2002, p. 238), elenca, como objetivos da liberdade de expressão “a procura da verdade, a garantia de um mercado livre de ideias, a participação no processo de auto-determinação democrática, a protecção da diversidade de opiniões, a estabilidade social e a transformação pacífica da sociedade e a expressão da personalidade individual”. No Brasil republicano, a liberdade de expressão foi regulada pelas Constituições, ganhando, todavia, especiais contornos na Constituição Federal de 1988, mormente por haver sido promulgada em momento de ruptura histórica com o regime autoritário então vigente.

A liberdade de manifestação de pensamentos e de ideias e a liberdade de comunicação e informação afirmam-se inicialmente como direitos de defesa ou de protecção do cidadão frente ao Estado, fundando-se em uma “reserva de sociedade civil” (CANOTILHO; MACHADO, 2003, p. 8-9 e 14), destinada a assegurar a autonomia individual, o pluralismo, a construção de uma esfera de discurso público que atinja todos os

domínios da vida social. Trata-se de assegurar uma pluralidade de condutas expressivas, independentemente da qualidade, realidade, significado, objetivo ou efeito de seu conteúdo, bem como a utilização de qualquer meio de comunicação (MACHADO, 2002, p. 417 e 423).

No art. 5º da Carta Constitucional de 1988, dentre o extenso rol de direitos fundamentais, a Constituição assegura a livre manifestação do pensamento (IV), liberdade de consciência e crença (VI), a livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (IX), e ainda, em seu art. 220, consagra a vedação à restrição da manifestação do pensamento, da criação, da expressão e da informação, sob qualquer forma, processo ou veículo; tudo corolário do direito fundamental à liberdade de expressão. Tal garantia assegura e fomenta valores indispensáveis a qualquer sociedade, a exemplo do princípio democrático e suas projeções, tais como a autonomia individual, o livre acesso às ideias, a responsabilidade moral, consubstanciando-se em verdadeiro instrumento para busca da verdade e da tolerância.

Como projeções da liberdade de expressão, se colocam o direito fundamental de reunião e de manifestação (art. 5º, XVI, da CF/88), integrando o núcleo essencial daquela as faculdades do protesto e reivindicação. “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” (HORBACH, 2012, p. 5).

Entrementes, não há princípio ou direito fundamental absoluto, estando todos sujeitos à ponderação, ou preterição (prevalência), no caso concreto, a depender do sistema de resolução de conflitos que se adote. Assim, a própria Constituição Federal estabelece restrições (ou limites) ao exercício da liberdade de expressão, tais quais: a vedação ao anonimato (art. 5º, IV), o direito de resposta (art. 5º, V), a indenização por dano moral, material e à imagem (art. 5º, V e X), e a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (art. 5º, X), regulamentada, esta última, por diversas leis infraconstitucionais que estabelecem limitações à liberdade de expressão, como a proteção à imagem dos menores, a possibilidade de se decretar sigilo processual, a tipificação de crimes contra a honra, dentre outros.

Da mesma forma, o direito de reunião, enquanto direito-meio para o exercício da liberdade de expressão, encontra limitações, quais sejam a de que tenha finalidade lícita e de que a reunião não se dê por grupos armados. Importante questão foi discutida pelo Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 187 e na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.274, quando se avaliou se, no âmbito de proteção da liberdade de expressão (reunião) estaria albergada a chamada “Marcha da Maconha”,

manifestação pública em defesa da legalização de entorpecentes, ou se tal evento constituiria apologia ao crime (art. 287 do CPB) ou incitação ao uso de drogas (art. 33, § 2º, da Lei 11.343/2006), tendo-se decidido da primeira forma.

Todavia, a depender da interpretação que se dê e dos fundamentos que justifiquem determinada decisão, poder-se-ia, indiretamente, estar-se autorizando as mais diversas pautas de reivindicação, como, por exemplo, que pessoas se reunissem em local público para reivindicar a legalização dos atos de pedofilia, preocupação esta exteriorizada pelo Ministro Gilmar Mendes nos debates da ADI 4.274.

Deste modo, o presente trabalho busca avaliar os fundamentos das decisões proferidas em ambos os precedentes, mormente no que diz respeito ao princípio democrático em suas mais variadas vertentes e projeções, para definir qual o modelo de democracia adotado pelo STF a partir dos julgados paradigmas e analisar se os mesmos fundamentos utilizados nos precedentes autorizariam, também, a realização de uma “Marcha da Pedofilia”, como forma de assegurar o coeficiente democrático do Estado de Direito brasileiro, ou se, ao contrário, há diferenças significativas entre cada situação de modo a ensejar entendimento diverso, e, caso afirmativo, quais seriam tais parâmetros.

2 O julgamento da ADPF 187 e da ADI 4.274

A Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 187, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República, na qual figurara como *amicus curiae* a Associação Brasileira de Estudos Sociais do Uso de Psicoativos – ABESUP e o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim, visava dar interpretação conforme à Constituição ao artigo 287 do Código Penal³, para que sua exegese fosse no sentido de se excluir de seu âmbito de incidência a defesa da legalização das drogas, inclusive através de manifestações públicas. Em sua Inicial, sustenta a PGR que o enquadramento das manifestações de apoio à legalização de entorpecentes como delito de apologia ao crime constitui interpretação equivocada, que se choca com os direitos fundamentais à liberdade de expressão, essencial ao funcionamento da democracia, por possibilitar o livre intercâmbio de ideias, o controle social do exercício do poder e o livre desenvolvimento da personalidade, e à liberdade de reunião. Os posicionamentos dos *amici curiae* foram ao encontro dos argumentos expostos

³ **Apologia de crime ou criminoso**

Art. 287 - Fazer, publicamente, apologia de fato criminoso ou de autor de crime:
Pena - detenção, de três a seis meses, ou multa.

inicialmente pela PGR. A ADPF fora julgada procedente à unanimidade, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, com efeito vinculante, para dar interpretação conforme ao artigo 287 do CPB, “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”. Do julgamento, importantes notas acerca da liberdade de expressão no regime democrático podem ser extraídas dos votos dos Ministros Celso de Mello, relator, Luiz Fux e Marco Aurélio.

Para Celso de Mello, a liberdade de reunião constituiria um instrumento da livre manifestação do pensamento, especialmente na vertente do direito ao protesto por esta albergada, razão pela qual o Estado regido por um regime democrático deve protegê-la, para não incorrer em despotismo. Em sendo, pois, a liberdade de reunião direito-meio em relação à liberdade de expressão, o seu respeito torna-se fundamental à livre exposição de ideias e à participação popular no processo de tomada de decisões, elementos caracterizadores do princípio democrático. Aliás, o Ministro ressalta que os modelos político-jurídicos de democracia constitucional não admitem interferência do Poder Público no exercício do direito de reunião. Todavia, ao Estado caberá agir não só negativamente, pela não obstrução ao exercício de tal direito, mas também positivamente, garantindo os meios necessários à ocorrência ordeira da reunião, sem, contudo, a tal pretexto, inviabilizá-la. Celso de Mello defende ainda haver o dever de o Estado respeitar a escolha autônoma do conteúdo da manifestação pública.

Quanto à livre manifestação de opinião, o Ministro Celso de Mello ressalta a função contramajoritária da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito, de modo a proteger as minorias sob o espectro material da democracia constitucional. Em relevante passagem, aborda a (im)possibilidade de limitação de conteúdo das manifestações:

O sentido de fundamentalidade *de que se reveste* essa liberdade pública **permite** afirmar **que as minorias também titularizam, sem** qualquer exclusão **ou** limitação, **o direito de reunião**, cujo exercício mostra-se essencial à propagação de suas idéias, de seus pleitos **e** de suas reivindicações, *sendo completamente irrelevantes*, para efeito *de sua plena fruição*, **quaisquer** resistências, *por maiores que sejam*, que a coletividade **oponha** às opiniões **manifestadas** pelos grupos minoritários, *ainda que desagradáveis, atrevidas, insuportáveis, chocantes, audaciosas ou impopulares*.

Assim, o Ministro expõe que o coeficiente de legitimidade democrática das instituições do Estado comprometer-se-ia com a submissão da minoria à vontade hegemônica da maioria, pois que inadmissível em um regime democrático, cuja essência repousaria em encontrar-se um equilíbrio entre a vontade da maioria e os direitos da minoria. Defende que a concepção democrática do Estado de Direito revela consequências na organização política,

nas relações institucionais entre os Poderes e na formulação de uma teoria das liberdades públicas e do próprio regime democrático. Nesta senda, deve-se assegurar, a não mais poder, o direito de a minoria exercer os direitos fundamentais a todos assegurados, sob pena de se reduzir o regime democrático à categoria de mero conceito. Tendo em vista, pois, a perspectiva do pluralismo decorrente do princípio democrático, necessário se faz a criação de um sistema de proteção a tais direitos, para que não se subtraia o coeficiente de legitimidade jurídico-democrática do regime político vigente.

Observou ainda que o princípio democrático assegura aos cidadãos direito de participação no processo político e de tomada de decisões, sendo o direito de reunião pré-condição para essa ativa participação. Se é dado à população instaurar processo legislativo, por exemplo, visando a própria descriminalização de qualquer conduta hoje tipificada, legítimo, então, que possam reunir-se os cidadãos para discutir o assunto e angariar apoios. Para Celso de Mello, o compromisso do Constituinte em expandir às liberdades do pensamento é pressuposto essencial à prática do regime democrático. Defende, então, que os valores que dão suporte axiológico à ordem democrática conflitam com qualquer tentativa de coarctação da liberdade do pensamento.

Luiz Fux demonstrou maior cautela quanto aos fundamentos de sua decisão, preocupado, justamente, com a amplitude que se lhe pudessem dar. Defendeu que se desse uma perspectiva minimalista ao julgamento, isto é, que a deliberação dissesse respeito exclusivamente aos limites da causa proposta, por se tratar de tema em que há razoável desacordo científico e moral. Em seguida, pontua que a liberdade de expressão é fundamental para garantir-se a autonomia do indivíduo, esta vista para além da mera autonomia privada, mas, sobretudo como uma autonomia pública, consistente na inserção do cidadão no debate público, ou seja, no próprio processo democrático. Para ele, é antidemocrático que se delegue ao Estado a decisão acerca do que a sociedade civil organizada possa ou não discutir. A expressão coletiva das liberdades de expressão individuais possuiria reflexos positivos para a democracia, na medida em que possibilitaria mensurar o nível de adesão da sociedade às ideias propagadas. Noutra banda, o Ministro estabeleceu alguns limites ao exercício da liberdade de expressão neste caso, quais sejam que atendessem ao disposto no art. 5º, XVI, da CF/88, que não houvesse incitação ao uso de drogas, que não houvesse o efetivo uso de substâncias proibidas no evento e que fosse vedada a participação de crianças, diante da especial e prioritária proteção da criança, do adolescente e do jovem quanto à saúde e dignidade, posta no art. 227 do texto constitucional.

Marco Aurélio afirma que a democracia grega significava a possibilidade de ir a público e emitir opiniões sobre os temas relevantes para a *polis*. Hoje, embora tenha conceito bem mais amplo, a participação pública continua contida no cerne do regime democrático. Assim, os direitos fundamentais serviriam também para assegurar um espaço público democrático, garantindo a abertura de espaços comunicativos e a possibilidade de participação geral. Essa seria uma visão procedimental dos direitos fundamentais, convergente com o princípio democrático e com um modelo de democracia deliberativa. A contestação de políticas públicas ou de leis consideradas injustas seria essencial ao aperfeiçoamento da democracia.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.274, da relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, foi proposta pela Procuradoria-Geral da República, tendo como *amicus curiae* a Associação Brasileira de Estudos Sociais do Uso de Psicoativos – ABESUP, e visava a dar interpretação conforme a Constituição ao § 2º do artigo 33 da Lei 11.343/2006⁴, para excluir de sua exegese qualquer interpretação que “possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos”, sob os mesmos fundamentos expostos na ADPF 187, a qual fora deferida à unanimidade. Os fundamentos dos votos deste julgamento repisam os do julgamento anterior, da ADPF 187, merecendo, contudo, destacar-se o teor do debate levantado pelo Ministro Gilmar Mendes, que não participara daquele primeiro julgamento.

Destacou o Ministro que se estava diante de direitos fundamentais de enfoque democrático-funcional, vez que constituiriam a base do próprio sistema democrático e de seu funcionamento. Posteriormente, Mendes lançou a indagação acerca de que atitude a Corte tomaria caso um grupo de pessoas resolvesse se reunir para defender a descriminalização da pedofilia. Ayres Britto respondeu que nenhuma lei pode se blindar da discussão acerca de seu conteúdo. Já Celso de Mello afirmou que não haveria impedimento a que corrente minoritária de pessoas defendessem alternativa outra para a questão que não a penalização. Para ele, uma sociedade regida pelo princípio democrático não deveria temer ou reprimir ideias, por mais que fossem hostis aos padrões morais hegemônicos. Ao contrário, as ideias deveriam ser combatidas com ideias. De outro lado, Luiz Fux disse não conceber, sob o ângulo da razoabilidade e proporcionalidade, que se admitisse reunião com tal propósito. Para ele, a solução de *hard cases* como o da Marcha da Maconha, impõe esse tipo de problemática, no sentido de não se poder estender seus fundamentos a qualquer outro caso que pareça similar, à

⁴ § 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.

primeira vista. Lewandowski ainda atentou para o fato que a fictícia Marcha da Pedofilia atentaria contra a paz social, por se tratar de violência contra a pessoa. César Peluso expôs que não se pode conferir caráter absoluto à manifestação do pensamento ao ponto de se autorizar manifestações atentatórias ao convívio ético e democrático, como, por exemplo, seria a autorização de uma marcha pela descriminalização do homicídio.

3 O modelo de democracia auferível dos julgamentos e sua permissividade quanto à liberdade de expressão e à autorização para a marcha da pedofilia

Modernamente, é de se distinguir três noções ou conceitos de democracia, assim expostos por Habermas (2002), que os dividiu em duas categorias normativas de democracia, a liberal e a republicana, para, empós, estabelecer um terceiro conceito, jungindo aspectos positivos de ambas, o qual denominou democracia discursiva, ou deliberativa, ou, ainda, para muitos, democracia habermasiana.

Na democracia liberal, o indivíduo é posto em primeiro plano, sobrepujando-se à comunidade, sendo a integração daquele nesta promovida pelo Estado e pelo mercado, servindo a política como mera função do mercado, tudo dirigido a propósitos econômicos. A democracia liberal privilegiaria, pois, “a otimização do funcionamento do mercado para ampliação da utilidade de indivíduos movidos por interesses bem compreendidos, de forma que a comunidade não sobrepuja seus integrantes” (SILVA, 2011). Já para a democracia republicana, a política, ao contrário, serviria como fator proeminente na integração entre a comunidade e seus integrantes, de modo que estes estão subpostos àquela. “É apenas em interação com seus semelhantes que a pessoa ganha status de cidadão e encontra oportunidade para se realizar com plenitude” (SILVA, 2011). Comungando aspectos positivos de ambas as noções, Habermas teorizou a democracia deliberativa, assim sintetizada por Edvaldo Fernandes da Silva (2011):

Logo, haveria dois mecanismos complementares a operar a integração social. O principal seria o auto-entendimento mútuo de caráter ético, extraído do modelo republicano. O segundo, de caráter suplementar, seguiria a lógica liberal da negociação, mas com mediação do Direito e da moral.

Portanto, o modelo deliberativo pressupõe a solidariedade política como fonte primária de integração social, mas admite questões residuais conflitivas, que só se resolvem por meio de transações e de outros institutos do modelo liberal.

Dos julgados do Supremo Tribunal Federal se infere que houve uma opção clara por um modelo de democracia de dimensão funcional, de caráter liberal, o que pode ser percebido em diversas passagens. A adoção de um caráter de instrumentalidade para o direito de

reunião, como mero direito-meio da liberdade de expressão, direito-fim, revela a sobreposição de um direito fundamental mais comumente visualizado sob uma ótica individualista a outro direito de face preponderantemente social, coletiva. Neste sentido, inclusive, a crítica de Edvaldo Fernandes da Silva (2011):

Poderia ter-se estribado no valor das reuniões públicas como ritos para avivamento do pacto republicano, o que colocaria em evidência o modelo de democracia republicano; ou ter destacado a importância das reuniões públicas como procedimentos discursivos, na chave da democracia deliberativa. Em vez disso, o voto trouxe como lastro constitucional referência a vetustos princípios liberais. Ao subsumir o direito de reunião (direito de perfil social) à liberdade de expressão (direito de perfil individual), o relator revela sua adesão a um tipo de democracia mais superficial, de corte subjetivista, individualista, enfim, liberal.

A despeito da menção à democracia deliberativa efetuada pelo Ministro Marco Aurélio, a opção pelo modelo liberal também resta clara quando há menção à impossibilidade de interferência estatal no exercício das liberdades, para se viabilizar o livre mercado de ideias, devendo o Estado respeitar a escolha autônoma do conteúdo da manifestação pública, considerando-se, ainda, irrelevantes “quaisquer resistências, por maiores que sejam, que a coletividade oponha às opiniões manifestadas pelos grupos minoritários, ainda que desagradáveis, atrevidas, insuportáveis, chocantes, audaciosas ou impopulares”. Considerou-se, por fim, ser antidemocrático delegar ao Estado a decisão sobre o que poderia ser discutido.

Todavia, a grande questão é saber até que ponto se estende tal liberdade em um regime democrático liberal, como parece haver assentado o STF, de modo que a amplitude da liberdade de manifestação do pensamento através da reunião albergue a defesa de tudo quanto possa a autonomia do indivíduo imaginar, como, por exemplo, a marcha da pedofilia. Durante o próprio julgamento da ADI tal questionamento fora levantado por Gilmar Mendes, tendo gerado dissenso entre seus pares, os quais definiram que o julgado era restrito ao caso específico da defesa da legalização de entorpecentes.

Mesmo em se tratando de uma democracia liberal, não há liberdades absolutas, as quais não possam sofrer restrições estatais, principalmente diante da observação de que “a ênfase demasiada conferida ao princípio da liberdade pode levar, muitas vezes, a uma violação do princípio da isonomia, principalmente, quando aquela é tomada no sentido de um excesso na autodeterminação individual” (MEYER-PFLUG, 2009, p. 77). Tome-se, por exemplo, a democracia ateniense, na qual o debate público e a realização do homem com a participação na vida pública eram os pressupostos da liberdade dos antigos (CONSTANT, 2001). Ainda assim tal liberdade não estava imune ao controle da Assembleia, pois que aquela “significava o predomínio da lei e a participação no processo decisório, não a posse de

direitos inalienáveis” (FINLEY, 1988, p. 133). Sobre o papel do Estado na regulação das liberdades, Owen Fiss (2005, p. 55-57) pontua:

Ao falar do Estado como mediador, Meiklejohn e Kalven trataram a sociedade como se fosse ela um gigantesco encontro em praça pública. Recentemente o Professor Robert Post insistiu que tal visão repousa em última análise em premissas antidemocráticas e criticou esse modo de entender a sociedade. De acordo com Post, enquanto verdadeiros encontros em praça pública ocorrem a partir de um acordo prévio dos participantes sobre a agenda – às vezes de forma implícita ou informal –, tal premissa não pode ser adotada em relação à sociedade civil. Na constante conversação que é a sociedade civil, ninguém nem nada está completamente descartado ou fora de cogitação. A sociedade civil, argumentou ele, só pode ser pensada como um encontro em praça pública se ela também tiver uma agenda, mas o estabelecimento dessa agenda exigiria uma certa medida de ação ditatorial da parte do Estado, restringindo assim as possibilidades radicalmente democráticas – quase anárquicas – que possam ser cogitadas. Princípios democráticos genuínos, segundo Post, exigem que os cidadãos definam a agenda pública e sejam sempre livres para redefini-la.

A noção de um encontro em praça pública pressupõe de fato uma agenda – deve haver algum parâmetro de relevância –, mas agendas, tanto de encontros em praça pública ou de tipos mais metafóricos, não precisam ser estabelecidas pela ação deliberada dos participantes nem impostas por uma força externa, tal como o Estado. Elas podem evoluir organicamente.

Em sociedades democráticas sempre há uma agenda estruturando a discussão pública – uma semana, proliferação nuclear, na semana seguinte, assistência médica –, embora tal agenda não seja definida por um agente ou autoridade particular.

A sociedade é mais que um encontro em praça pública, e o Estado significativamente mais que um mediador. O Estado é também a corporificação de políticas substantivas individualizadas, e aqueles no controle do poder têm um interesse natural em como os debates são resolvidos. Políticos astuciosos podem dizer que estão regulando conteúdo com vistas a enriquecer o debate público e a assegurar que o público ouça todos os lados, mas seu propósito pode ser, de fato, determinar o resultado ou promover certas políticas. [...]

Embora uma democracia real exija que o espaço público permita o debate dos mais diversos temas de maneira franca e com liberdade, a fim de se proporcionar uma opinião pública livre, “as posições incompatíveis com as bases fundamentais de uma sociedade democrática não devem ser toleradas, para evitar-se o risco de que a democracia se converta numa empreitada suicida”. Desta forma, uma atividade estatal proibitiva, neste tocante, não deve ser aprioristicamente enxergada como vedação ao dissenso, mas como meio de assegurar o próprio debate público saudável, em um contexto democrático pluralista. (SARMENTO, [2009], p. 33-35).

Lembre-se que há uma visível distinção, quanto à possibilidade de regulação estatal da liberdade de expressão, entre as posições presentes nos Estados Unidos da América e na Europa. Como lembra John C. Knechtle (2008, p. 42-43), referindo-se à regulação da *hate speech*, ou seja, do discurso do ódio, enquanto nos Estados Unidos prevalece a proteção do direito do indivíduo a se expressar e a se manifestar, em detrimento da dignidade de grupos ou pessoas, na Europa o entendimento é de que o conteúdo da liberdade de expressão pode ser

limitado em benefício de grupos ou indivíduos tradicionalmente situados em posição de desvantagem. No entanto, pondera que é necessário estabelecer critérios para se proteger determinados grupos, limitando a liberdade de expressão.

Estabelecidas estas premissas, no sentido de se concluir pela possibilidade de intervenção proibitiva do Estado nas liberdades individuais, é necessário analisar se, no caso de uma virtual manifestação pública em defesa da legalização da pedofilia, os mesmos fundamentos que autorizaram a realização da marcha da maconha autorizariam a hipótese aventada.

Em um primeiro momento, poder-se-ia imaginar que a marcha da pedofilia estaria autorizada, diante do fundamento exposto no voto do Ministro Celso de Mello, relator da ADPF 187, segundo o qual seriam irrelevantes “quaisquer resistências, por maiores que sejam, que a coletividade oponha às opiniões manifestadas pelos grupos minoritários, ainda que desagradáveis, atrevidas, insuportáveis, chocantes, audaciosas ou impopulares”, bem como de que, se é dado à população instaurar processo legislativo, por exemplo, visando a própria descriminalização de qualquer conduta hoje tipificada, legítimo, então, que possam reunir-se os cidadãos para discutir o assunto e angariar apoios.

Todavia, há de se fazer ressalva a esse entendimento. De fato, a sociedade detém legitimidade para propor projetos de lei de iniciativa popular, inclusive visando a abolir determinado crime. Contudo, tal proposição deverá obrigatoriamente observar os direitos e garantias fundamentais, em especial as cláusulas pétreas, contidas no texto constitucional. Deste modo, um projeto de lei que visasse à descriminalização do homicídio seria inviável, em vista da proteção quase absoluta que se confere à vida. Do mesmo modo, seria natimorta qualquer proposição legislativa no sentido de conferir legalidade a atos de pedofilia, em face da especial proteção conferida à criança e ao adolescente no art. 227 da Constituição⁵, o qual, em seu § 4º, determina que a “a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”, razão esta, inclusive, que motivou Luiz Fux a consignar em seu voto na ADPF 187 que da marcha da maconha não poderiam participar crianças e adolescentes. Neste sentido é que Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco (2011, p. 451) aduzem que a garantia da liberdade de expressão abrange “toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa,

⁵ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

envolvendo tema de interesse público, ou não, de importância e de valor, ou não”, desde que não estejam em conflito com outro direito ou valor constitucionalmente protegido.

O argumento de que a possibilidade de propor lei que se coadune com o objeto da manifestação, aplicável para a marcha da maconha, não se aplicaria para a da pedofilia. No entanto, somente isto não seria suficiente para se afastar a proteção constitucional à antedita manifestação, sendo necessário ainda estabelecer alguns parâmetros para se definir a questão.

O primeiro deles deve ser a necessária diferenciação que se deve fazer entre a defesa (apologia) de um crime e a defesa de sua legalização. Uma coisa é sair às ruas defendendo que todos devam usar psicotrópicos, o que se enquadraria em fato penalmente tipificado; outra é manifestar a defesa da descriminalização dos entorpecentes, discutir medidas alternativas de combate e prevenção à drogadição, etc. Por este aspecto, assumindo que se tratasse a marcha da pedofilia de reunião pública sem vistas a estimular que se pratiquem tais atos, mas visando a discutir sua despenalização ou o uso da justiça terapêutica, etc. crê-se que ela também estaria agasalhada pela liberdade de reunião e de expressão.

Outro aspecto a ser levado em conta diz com a existência de razoável desacordo moral e legal sobre a questão. Enquanto, de um lado, a questão da toxicodependência gera os mais diversos posicionamentos no debate público, angariando adeptos de escol tanto a teses que defendem a máxima punição como as que postulam a legalização, existindo, inclusive, diversos países que já a operaram, de outro a questão se afigura pacífica. A prática da pedofilia, a despeito de já haver angariado, no passado, defensores que integravam movimentos ativistas que visavam mudanças legislativas a abolir ou reduzir a idade mínima de consentimento para o ato sexual, não deixou de ser considerada repulsiva e criminosa. Reivindicações como reconhecer a pedofilia como orientação sexual, tal qual a homoafetividade, retirá-la das listas oficiais de transtornos mentais, etc., como propugnavam tais movimentos, foram rechaçadas, tendo sido marginalizadas do debate público e as sociedades internas e internacionais de psiquiatria rejeitam deixar de considerar a pedofilia como uma parafilia (ATIVISMO... 2013). Não fosse o bastante, a pedofilia é praticamente universalmente tipificada como crime, ademais de, na maioria das sociedades modernas, ser tida como prática abjeta e degradante. Neste tocante, Eduardo Rocha Dias (DIAS, 2006, p. 176) afirma:

Defende-se, porém, o argumento de que somente as situações caracterizadas como ilícitos penais materiais de forma incontroversa e universal (matar, roubar, destruir o patrimônio alheio, violar, dentre outras), e não toda e qualquer situação circunstancialmente contida na previsão normativa de uma norma penal incriminadora, e as situações que, mesmo não passíveis de sanção criminal, sejam radicalmente incompatíveis com a vida em sociedade e ensejem uma reprovação

social e jurídica consensuais, é que podem ser consideradas como excluídas do âmbito de proteção de normas de direitos fundamentais.

Assim, diante dos argumentos expendidos, não se assemelha razoável⁶ crer que o direito de reunião e de expressão pudessem albergar manifestações de conteúdo tão abrangentes ao ponto de se permitir uma marcha pela legalização da pedofilia, de modo que tal proibição não afeta o coeficiente de legitimidade democrática do Estado brasileiro, mesmo que se adote, como fizera o STF, um modelo liberal de democracia. A questão não resistiria a um juízo ponderativo do caso concreto⁷, em que contrapostas as liberdades de reunião e manifestação do pensamento à dignidade da criança e do adolescente.

4 Considerações finais

Os julgamentos da ADPF 187 e da ADI 4.274 pelo Supremo Tribunal Federal assentaram o entendimento segundo o qual a liberdade de reunião, enquanto instrumento de concretização da liberdade de expressão do pensamento e da opinião, não pode sofrer restrição de conteúdo por parte do Estado, especialmente quando se discute o mérito de uma lei penal incriminadora, o que não se confundiria com defender que se pratique o ato incriminado.

Os fundamentos veiculados pelos Ministros em ambos os julgados demonstraram a opção da Corte por uma democracia de viés liberalista, em contraposição à democracia republicana ou à deliberativa, uma vez que se assentou o privilégio de direito fundamental individual em face de direito social, bem como um respeito absoluto por parte do Estado à escolha livre e autônoma do que se queira discutir.

No entanto, mesmo em uma democracia liberal, as liberdades individuais e públicas não se encontram imunes ao controle do Estado, o qual deve exercer sua regulação justamente no sentido de evitar práticas discursivas atentatórias à própria sobrevivência do regime democrático e ao convívio social harmônico (paz social), viabilizando um espaço público propício ao debate saudável.

⁶ Não se deve confundir proporcionalidade com razoabilidade. Enquanto a primeira possui um método de aplicação definível, a segunda está mais ligada à ideia de bom senso, recorrentemente utilizada no direito americano, em que a confiança nos juízes assume contornos relevantes. Assim, diferentemente da razoabilidade, a proporcionalidade “não é uma simples pauta que, vagamente, sugere que os atos estatais devem ser razoáveis, nem uma simples análise da relação meio-fim” (SILVA, 2002, p. 30).

⁷ Jorge Reis Novais (2010, p. 672) diferencia a ponderação *ad hoc*, voltada para a solução de conflitos no caso concreto, da ponderação definitiva, ou ponderação abstrata de interesses, a qual busca definir regras de solução de colisão entre interesses constitucionalmente assegurados que possam balizar os casos concretos posteriores.

À marcha da pedofilia não se poderia estender os fundamentos que autorizaram a marcha da maconha, vez que há parâmetros definitórios de ambas as situações que as distinguem e impõem que se confira tratamento diverso. Enquanto há razoável desacordo moral, científico e jurídico quanto ao tratamento legal que se deva dar à questão dos entorpecentes, no que tange à pedofilia, esta se encontra pacífica e universalmente rechaçada, qualquer proposição legislativa que visasse conferir-lhe legalidade padeceria de inconstitucionalidade *ab ovo*, em face da especial proteção constitucional conferida à criança e ao adolescente, as sociedades de psiquiatria rejeitam retirá-la das listas de parafilias, enfim, é prática abjeta e consensualmente reprovada em toda a sociedade.

Por tais razões, mesmo em um modelo de democracia liberal, o Estado poderia e deveria atuar proibitivamente no caso de uma eventual manifestação pela legalização dos atos de pedofilia, sendo esta situação absolutamente distinta da manifestação pela legalização dos psicotrópicos, não se lhe aproveitando os mesmos fundamentos que nortearam os julgamentos da ADPF 187 e da ADI 4.274.

REFERÊNCIAS

ATIVISMO pró-pedofilia. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Ativismo_pró-pedofilia>. Acesso em: 09 nov. 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.

_____. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de janeiro de 1940. **Código Penal**. Rio de Janeiro, RJ.

_____. Lei nº 11.343, de 23 de janeiro de 2006. **Lei**. Brasília, DF.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 187/DF**. Requerente: Procuradoria Geral da República. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.274/DF**. Requerente: Procuradoria Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 2011.

CANOTILHO, J.J. GOMES e MACHADO, Jónatas. **“Reality Shows” e Liberdade de Programação**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

CONSTANT, Benjamin. **A liberdade dos antigos comparada à liberdade dos modernos**. Coimbra: Edições Tenacitas, 2001.

DIAS, Eduardo Rocha. Os limites às restrições de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988. In: **Democracia, Direito e Política**: estudos internacionais em homenagem

a Friedrich Müller, org. LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

FINLEY, Moses. **Democracia antiga e moderna**. Tradução de Waldéa Barcellos e Sandra Bedran e Revisão Técnica de Neyde Theml. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

FISS, Owen. **A ironia da liberdade de expressão**: estado, regulação e diversidade na esfera pública. Tradução de Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. In: HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro**: Estudos de Teoria Política. São Paulo: Loyola, 2002. p. 277-292.

HORBACH, Beatriz Bastide. Os limites da liberdade de expressão: o confronto de entendimentos do Supremo Tribunal Federal nos casos Ellwanger e marcha da maconha. **Direitos Fundamentais & Justiça**. Porto Alegre, ano 6, n. 20, p. 218-235, jul./set. 2012.

KNECHTLE, John C. Holocaust denial and the concept of dignity in the European Union. In **Florida State University Law Review**, Vol. 36, n. 1, p. 41-65, Fall 2008.

MACHADO, Jónatas. **Liberdade de expressão**: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra, 2010.

SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do "hate speech"**. Disponível em <http://www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/a-liberdade-expressao-e-o-problema-do-hate-speech.pdf>. Consulta em 21/09/2013.

SILVA, Edvaldo Fernandes da. Que modelo de democracia se deduz da decisão do STF que liberou as marchas da maconha?. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 3019, 7 out. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20164>>. Acesso em: 28 out. 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. RT, São Paulo, ano 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002.