XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

JOSÉ ADÉRCIO LEITE SAMPAIO

NELSON JULIANO CARDOSO MATOS

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

C755

Constituição e democracia II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Nelson Juliano Cardoso Matos; José Adercio Leite Sampaio.– Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-532-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Sociedade. 3. Gestão. 4. Administração. XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (26 : 2017 : São Luís/MA, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade Federal do Maranhão - UFMA
São Luís – Maranhão - Brasil
www.portais.ufma.br/PortalUfma/index.jsf

XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

Apresentação

Os temas discutidos no GT foram de importância e atualidade ímpares. Questões como colonização da política pela economia e, em certa medida, pelo direito estiverem transversalmente presentes em praticamente todos os temas.. As matrizes históricas da disfuncionalidade da política brasileira também foram discutidas, bem como temas recorrentes como ativismo judicial, atuação do legislador, notadamente, dos direitos fundamentais e políticas públicas. As apresentações se fizeram em ambiente de participação e cooperação.

Prof. Dr. Nelson Juliano Cardoso Matos - UFPI

Prof. Dr. José Adercio Leite Sampaio - PUC Minas / ESDHC

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A ‘MARCHA DA MACONHA’ E O DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO SEGUNDO RONALD DWORKIN

BRAZILIAN'S FEDERAL SUPREME COURTS' DECISION ON THE 'WEED MARCH' AND THE THE RIGHT TO FREEDOM OF SPEECH ACCORDING TO RONALD DWORKIN

Vitória de Oliveira Monteiro

Resumo

O presente artigo tem como objetivo analisar a concepção de liberdade de expressão adotada pelo Min. Relator Celso de Mello no Supremo Tribunal Federal, em seu voto quanto à autorização da denominada Marcha da Maconha, à luz do que Ronald Dworkin considera como a melhor leitura moral dessa liberdade. Para isso, contextualiza-se essa interpretação judicial a partir da teoria do direito como integridade de Dworkin, em que o imperativo de congruência se impõe ao juiz-intérprete na análise dos casos. Assim, expõe-se como esse autor concebe a liberdade de expressão.

Palavras-chave: Liberdade, Stf, Manifestação, Dworkin, Democracia

Abstract/Resumen/Résumé

The present paper aims to analyze the conception of freedom of expression used by Minister Celso de Mello from the Brazilian Federal Supreme Court, in his vote on the authorization of the “weed march”, in light of what Ronald Dworkin considers as the better moral reading of said freedom. Subsequently, that judicial interpretation based on Dworkins’ law as integrity theory, in which the incongruity imperative imposes itself to the interpreter judge at the cases analysis, is contextualized. Therefore, it’s presented how this author conceives freedom of expression.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Freedom, Stf, March, Dworkin, Democracy

INTRODUÇÃO

A decisão do Supremo Tribunal Federal quanto à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 187 que pugnava pelo não enquadramento da denominada "Marcha da Maconha" no artigo 287 do Código Penal Brasileiro (tipo penal de apologia ao crime) trouxe à tona a discussão quanto ao âmbito de aplicação do princípio constitucional da liberdade de expressão, bem como o da liberdade de reunião.

Trata-se de uma jurisprudência controversa, pois decidiu sobre a possibilidade do direito à liberdade de expressão de abarcar opiniões opostas tanto às políticas adotadas pelo governo brasileiro quanto ao que pensa a maioria da população brasileira. No caso, a Marcha da Maconha tem como objetivo criticar a criminalização da maconha e propor uma nova forma de pensar a política de drogas no território nacional. Logo, ter-se-á como objeto desse artigo o voto do Ministro Relator Celso de Mello, o qual pugnou pela procedência da ADPF n. 187 e pela autorização dessa manifestação popular.

Desta forma, a teoria de Ronald Dworkin quanto à liberdade de expressão, trabalhada no livro "Direito da Liberdade", demonstra-se de suma importância para se refletir sobre a concepção adotada pela STF desse tipo de liberdade. Pretende-se, assim, dar enfoque ao capítulo denominado "Por que a liberdade de expressão?", o qual, a partir do caso *New York Times vs. Sullivan*, trabalharam-se as justificativas instrumental e constitutiva de liberdade de expressão, em que, dependendo de qual seja adotada, há consequências quanto à forma de se conceber essa liberdade como um todo.

Embora o caso *New York Times vs. Sullivan* trate também sobre a liberdade de imprensa, as considerações feitas quanto à liberdade de expressão nos permite aplicá-las ao caso de manifestações populares, pois, como foi dito, as justificativas desse direito se referem à expressão de opiniões de forma mais geral, além de que o voto em análise apresenta a liberdade de reunião apenas como um meio para alcançar a liberdade de expressão. Logo, propõe-se uma aplicação analógica desses ensinamentos propostos por Ronald Dworkin no caso da ADPF n. 187.

Contudo, não seria possível analisar essa decisão do STF sem contextualizá-la também na teoria do direito como integridade, pois o imperativo de congruência que dela emana nos permite compreender como o juiz, ao interpretar, está constantemente reconstruindo o direito a partir da melhor correspondência possível entre as normas, princípios e valores fundamentais do sistema jurídico.

Portanto, o presente artigo se propõe a responder o seguinte problema: em que medida a concepção de liberdade de expressão adotada na decisão do STF quanto à realização da Marcha da Maconha está em consonância com a concepção desse mesmo direito segundo Ronald Dworkin?

1. A DECISÃO DO STF QUE INTERPRETOU A REALIZAÇÃO DA "MARCHA DA MACONHA" COMO DIREITO LEGÍTIMO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 187 do Distrito Federal, requerida pela Procuradora-Geral da República em exercício na época, Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira, postulou que fosse dada interpretação conforme à Constituição do art. 287 do Código Penal de tal forma que se exclua a exegese que possa criminalizar a defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive, através de manifestações e eventos públicos (BRASIL, p. 2).

Desta forma, em resumo, destaco do relatório do acórdão os seguintes aspectos que foram dados como suporte à ADPF pela PGR.

Em primeiro lugar que, no espaço público brasileiro, é cada vez mais discutido o tema da criminalização das drogas, em que há um lado que pugna pela legitimidade dessa estratégia criminal, enquanto outro defende a legalização.

Assim, na ação ajuizada, não se objetivaria questionar a política de combate às drogas adotada no Brasil, mas sim afastar a interpretação do art. 287 do Código Penal que gera indevidas restrições aos direitos fundamentais da liberdade de expressão e reunião, previstos nos arts. 5º, incisos IV e IX, e 200, CF; e art. 5º, inciso XVI, CF, respectivamente.

Posteriormente, é afirmado que, nos últimos tempos, tem sido decidido em diversos processos judiciais, quanto à proibição de atos públicos em favor da legalização das drogas, empregando o argumento de que tal fato consistiria crime.

Nesse sentido, a redação dos incisos IV e IX do art. 5º da Constituição da República e do art. 287 do Código Penal dispõe:

> VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;
> IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; (BRASIL, 2015)
>
> **Apologia de crime ou criminoso**
> **Art. 287**. Fazer, publicamente, a apologia de fato criminoso ou de autor de crime:

Pena - detenção, de 3 (três) a 6 (seis) meses, ou multa. (BRASIL, 2016)

Já em análise do mérito da ADPF, o voto do Min. Relator Celso de Mello afirma, desde logo, que o processo não tem como objetivo decidir sobre a existência de eventuais propriedades terapêuticas, virtudes medicinais ou quaisquer efeitos benéficos que possam advir da utilização de drogas ou outra substância entorpecente.

Pelo contrário, a causa judicial tem como pretensão a proteção de duas liberdades individuais: de um lado a liberdade de reunião e, de outro, o direito à livre manifestação do pensamento, em que estariam compreendidos direitos como os de petição, de crítica, de protesto, discordância e de livre circulação de ideias.

O direito à liberdade de reunião deveria ser encarado como "meio vocacionado ao exercício do direito à livre expressão das ideias, configurando, por isso mesmo, um precioso instrumento de concretização da liberdade de manifestação de pensamento, nela incluído o insuprimível direito de protestar" (BRASIL, 2011, p. 3)[1].

Em outras palavras, ficou definido que o direito à liberdade de reunião é um direito-meio, tendo em vista a condição de instrumento viabilizador em face do exercício da liberdade de expressão e de elemento propiciador da ativa participação da sociedade, a partir da exposição de ideias, opiniões, propostas, críticas e reivindicações nos processos de tomada de decisões nas instâncias de governo.

Assim, o Min. Celso de Mello considerou às liberdades de reunião, de expressão e o direito à participação dos cidadãos na vida pública dentro de um vínculo tão indissociável que o desrespeito à liberdade de reunião por parte do Estado e dos seus agentes traduz:

> inquestionável transgressão às demais liberdades cujo exercício possa supor, para realizar-se, a incolumidade do direito de reunião, tal como sucede quando autoridades públicas impedem que os cidadãos manifestem, pacificamente, [...] a suas ideias e a sua pessoal visão de mundo, para, desse modo, propor soluções, expressar o seu pensamento, exercer o direito de petição e, mediante atos de proselitismo, conquistar novos adeptos e seguidores para as causas que defendem (BRASIL, 2011, p. 14).

É desenvolvido que as praças públicas passam a ser espaço, por excelência, do debate da persuasão racional, argumentações e transmissão de ideias, fazendo com que a praça pública ocupada pelo povo converta-se em um "espaço mágico" em que as liberdades fluem sem indevidas restrições impostas pelo governo.

[1] Como o min. relator destaca que o direito à liberdade de reunião tem caráter instrumental à liberdade de expressão, estando aquele contido nesta, utilizar-se-á o direito à manifestação dentro da análise crítica de Ronald Dworkin sobre a liberdade de expressão.

Para que haja respeito a essas liberdades que se consubstanciam na liberdade de expressão, o Estado não deve nem inibir o exercício da liberdade de reunião, frustrar-lhes os seus objetivos, inviabilizar as providência preparatórias para sua realização, e nem se omitir do dever de proteger os que exercem essa liberdade contra aqueles que a ela se opõem (BRASIL, 2011).

O Estado não poderia cercear o direito de reunião a partir de fundamentos que revelem oposição governamental ao conteúdo político ou ideológico, ou também invocando argumentos de utilidade, oportunidade ou de conveniência, em que é preservado o pluralismo político no cenário democrático.

Outro argumento apresentado afirma que as minorias também titularizam as liberdades apresentadas,

> cujo exercício mostra-se essencial à propagação de suas ideias, 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 (BRASIL, 2011, p. 22).

Nesse ponto, é destacado o caráter contramajoritário desses direitos fundamentais, em que a garantia do dissenso seria essencial para a formação de uma opinião pública livre. Logo, esse tema da liberdade de expressão estaria intimamente ligado ao papel também contramajoritário do Supremo Tribunal Federal dentro do Estado democrático de direito e do plano da jurisdição das liberdades.

Esse papel do STF consiste na responsabilidade institucional de proteção das minorias contra eventuais excessos da maioria ou até contra abusos perpetrados pelo próprio poder público e seus agentes.

Desta forma, é argumentado que o art. 287 do Código Penal Brasileiro deve ser interpretado conforme as liberdades de reunião e expressão, tendo em vista os pronunciamentos judiciais que limitaram a realização de marchas ou passeatas os quais se propõem a discutir, publicamente, sobre a legalização do uso de drogas ou de substâncias correlatas, considerando-os como apologia de fato criminoso.

Não obstante essas manifestações sejam destinadas:

> a veicular ideias, a transmitir opiniões, a formular protestos e a expor reivindicações (direito de petição), com a finalidade de sensibilizar a comunidade e as autoridades governamentais, notadamente os seus legisladores, para a delicada questão da descriminalização ("*abolitio criminis*") do uso das drogas ou de qualquer substância entorpecente específica (BRASIL, 2011, p. 34).

Assim, o Min. Celso de Mello afirma que não haveria nada mais perigoso do que a pretensão do Estado de reprimir a liberdade de expressão, pois é que ele guarda "a convicção de que o pensamento há de ser livre, sempre livre, permanentemente livre, essencialmente livre" (BRASIL, 2011, p. 44), mesmo em caso de exposição de ideias ou propostas em que a maioria repudie.

Um pouco mais adiante, o ministro desenvolve essa ideia de que o direito à livre expressão do pensamento não tem caráter absoluto, tendo em vista que sofre limitações de natureza ética e de caráter jurídico, em que a incitação ao ódio público contra qualquer pessoa, povo ou grupo social não estaria protegida pela disposição constitucional que assegura a liberdade de expressão.

O ministro relator ainda chama de lógica autoritária a interpretação do art. 287 do CP que enquadra como apologia de fato criminoso os comportamentos que sustentam pela descriminalização de determinado fato punível, pois se estaria reconhecendo "a possibilidade de incriminação dos que pugnaram pela legalização da prática da capoeiragem ou que, nesta, vislumbraram manifestação de caráter folclórico ou de índole cultural" (BRASIL, 2011, p. 54), sendo que tais manifestações fizeram com que a capoeira fosse reconhecida hoje como prática integrante do Patrimônio Cultural do Brasil.

Logo, o Min. Relator Celso de Mello julgou procedente a ADPF, dando interpretação conforme à Constituição ao art. 287 do CP, reconhecendo como legítima e constitucional reuniões, passeatas, marchas ou qualquer outro encontro em espaços públicos que visem obter apoio para eventual proposta de legalização do uso de drogas, bem como para criticar a política criminal que reprime o uso de entorpecentes, propondo alterações na legislação penal pertinente.

Portanto, a decisão apresentada propõe uma leitura moral sobre o direito à liberdade de expressão previsto no inciso IX da art. 5º da Constituição da República, logo, uma análise à luz da concepção de Ronald Dworkin sobre esse direito se impõe como relevante para considerações sobre essa interpretação proposta pelo ministro relator Celso de Mello, em especial quanto à discussão sobre a justificativa constitutiva e instrumental da liberdade de expressão.

2. A MELHOR INTERPRETAÇÃO DO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO SEGUNDO RONALD DWORKIN

O imperativo da congruência defendido na teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin se apresenta como de suma importância para compreender a decisão do STF ora em análise, tendo em vista a necessidade, pregada por aquele autor, de que a interpretação do juiz seja coerente ao conjunto de valores fundamentais que rege o sistema jurídico. O direito positivo, assim, representa uma realidade dinâmica em que o juiz se propõe a trabalhar com uma série de conceitos interpretativos.

É válido ressaltar que Dworkin criou essa teoria tendo em vista a realidade do sistema jurídico norte-americano, em que as leituras morais de dispositivos constitucionais são discutidas com maior afinco por conta do sistema de precedentes que é adotado na atividade judicial. Contudo, nesse artigo, pretende-se analisar como o direito como integridade pode ser visto como uma metodologia à interpretação de conceitos em decisões judiciais no contexto do sistema jurídico brasileiro, o qual cada vez mais tem inserido, em sua jurisprudência, a utilização de precedentes.

Nessa medida, Dworkin (2005) defende como melhor interpretação da liberdade de expressão aquela que justifica esse direito como elemento constitutivo ou essencial de uma sociedade justa, desta forma, nesse tópico, pretende-se analisar como a decisão do STF que autorizou a Marcha da Maconha concebeu esse direito e se está em consonância com o defendido por Ronald Dworkin, considerando que é necessário analisar os fundamentos trazidos na proteção desse direito, e não só o seu resultado.

2.1. O direito como integridade de Ronald Dworkin

Segundo Palombella (2005), Ronald Dworkin apresenta, no livro “Império do Direito”, a concepção de que, a partir de uma ênfase no aspecto construtivo da interpretação, o Direito positivo não se constitui como uma mera prática social específica, já que o seu estudo e definição dependem das intenções do intérprete, além do seu observador. É por isso que aquele autor afirma que, de acordo com Dworkin, o direito positivo surge em decorrência de uma prática interpretativa que se constrói com o tempo, reformulando-se a todo o momento.

Contudo, a direção que o jurista exerce a sua interpretação é conduzida com fins de “produzir uma exposição global do sistema que constitua a melhor representação possível da

correspondência entre as normas, princípios e valores fundamentais que informam o ordenamento; sua atividade, de tipo prático-argumentativo [...]" (PALOMBELLA, 2005, p. 332).

Assim, o juiz, no exercício da atividade interpretativa, deve pressupor a completude a congruência do sistema, com fim de construí-la e analisando caso a caso. Por esta razão que Dworkin (1999, p. 271) concebe o direito como integridade, em que este:

> rejeita, por considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas.

O direito é constantemente reconstruído como integridade, no qual é um imperativo para o juiz de que respeite os *standards* públicos de forma a concebê-los como um conjunto coerente de princípios. A interpretação é colocada também como método e prática geral do discurso jurídico e "pressupõe que a existência de textos normativos de significado incontroverso não constitui uma específica zona de luz não passível de reconstrução (e reformulação) global dentro do sistema jurídico" (PALOMBELLA, 2005, p. 333).

Algumas peculiaridades desse imperativo de congruência podem ser ressaltadas: em primeiro lugar, não abarca considerações sobre condições formais em sentido lógico, mas sim em termos de graus, pesos e importância; em segundo lugar, que, na atividade interpretativa, o juiz busca interligar o exterior e o interior do sistema jurídico, "numa obra que expande indefinidamente seus confins na direção dos direitos" ; e, por último, a congruência se refere a um sistema de conteúdos, e não a um sistema que se fundamenta a partir das fontes (PALOMBELLA, 2005, p. 333).

Portanto, reside aí a importância de contextualizarmos a decisão do Supremo Tribunal Federal, a partir da teoria do direito como integridade do Dworkin, como pertencente a uma necessidade de congruência do sistema jurídico, em que mais que considerarmos o direito como incompleto, devemos adotar uma concepção do direito em que a atividade interpretativa do juiz dá o caráter dinâmico do direito.

Logo, tratam-se de conceitos interpretativos, tal como, no caso da Marcha da Maconha, o tipo penal de apologia ao crime, o qual foi afastado por uma interpretação que se pretendeu coerente aos princípios constitucionais previstos no art. 5º da Constituição da República e que adveio de uma prática argumentativa, e não de uma constatação de fato do intérprete. Contudo, é válido ressaltar ainda que, segundo Palombella (2005, p. 335), há essas limitações de contexto interno e externo em face da atividade do juiz as quais residem tanto

nos paradigmas dominantes ("modelos de comportamento comumente aceitos como conformes a determinados valores") quanto nas instituições jurídicas e culturais.

2.2. As justificativas instrumental e constitutiva da liberdade de expressão segundo Ronald Dworkin

O livro "Direito da Liberdade" de Ronald Dworkin tem como objetivo geral ilustrar um método particular de se interpretar a constituição política, o qual é denominado de leitura moral. Esse método se impõe como uma forma de interpretação e aplicação de dispositivos morais abstratos, como é o caso da regra constitucional genérica que proíbe a censura à liberdade de expressão; logo, nesse caso, a leitura moral seria para saber se ela se aplica também a determinadas situações de pornografia, de imprensa etc.

Esse tipo de interpretação e aplicação de dispositivos constitucionais pressupõe que existam alguns que sejam cunhados de tal forma com uma linguagem moral excessivamente abstrata que necessitam desses complementos interpretativos, em que as pessoas encarregadas de formar essa opinião devem decidir qual a melhor maneira de compreender esse assunto.

Assim, é ressaltado que a leitura moral "insere a moralidade política no próprio âmago do direito constitucional" (DWORKIN, 2006, p. 2). Contudo, ela é em si mesma controversa, fazendo com que o sistema de governo tenha que decidir quem terá a autoridade suprema para compreendê-los e interpretá-los. No caso do sistema norte-americano, cabe em última instância à Suprema Corte e, no Brasil, ao Supremo Tribunal Federal.

Desta forma, Dworkin (2006) apresenta, no capítulo denominado "Por que a liberdade de expressão?", uma análise a respeito do direito à liberdade de expressão previsto na Primeira Emenda da Constituição norte-americana. Desta forma, ele faz um estudo sobre a decisão de *New York Times vs. Sullivan* para investigar as consequências desse precedente na concepção desse direito na interpretação de casos difíceis.

Muito embora o caso Sullivan tenha relação mais diretamente ao direito à liberdade de expressão dentro do contexto da liberdade de imprensa, Dworkin ressalta que ele teve efeitos na concepção da liberdade de expressão como um todo. Logo, as considerações que esse autor apresenta estabelecem críticas as quais podem ser consideradas em casos que não, necessariamente, tenham relação com a imprensa.

Este artigo empregará de forma analógica essas observações com fim de analisar, criticamente, a concepção de liberdade de expressão aplicada na decisão do Supremo Tribunal

Federal que autorizou a realização da Marcha da Maconha no Brasil, muito embora este julgado não verse sobre liberdade de imprensa.

De início, Dworkin (2006) ressalta que existem, essencialmente, duas justificativas diferentes para a liberdade de expressão: uma que afirma que a liberdade de expressão tem importância instrumental e outra que ela não tem importância só pelas suas consequências, mas sim porque se trata de um traço constitutivo ou essencial de uma sociedade justa.

A primeira justificativa se baseia na ideia de que a liberdade de expressão deve ser protegida não por ser um direito moral intrínseco, mas sim por que ela produz efeitos benéficos para a sociedade. Nesse caso, enquadram-se argumentações no sentido de que "a liberdade de expressão ajuda a proteger o poder de autogoverno do povo" ou que "o governo tende a se tornar menos corrupto quando não tem o poder de punir aqueles que o criticam" (DWORKIN, 2006, p. 319).

Em outras palavras, Dworkin (2006, p. 319) afirma que essas concepções instrumentais concebem a liberdade de expressão como uma estratégia especial, uma aposta coletiva na ideia de que "a longo prazo, a liberdade de expressão nos fará mais bem do que mal".

Por outro lado, a segunda justificativa de liberdade de expressão consiste na ideia de que ela é importante porque o Estado teria a obrigação de tratar todos os cidadãos como agentes morais responsáveis, o que representa um traço "constitutivo" de uma sociedade política justa.

Nessa medida, Dworkin (2006, p. 319) ressalta ainda as duas dimensões dessa última justificativa: "em primeiro lugar, as pessoas moralmente responsáveis fazem questão de tomar suas próprias decisões acerca do que é bom ou mal na vida e na política e do que é verdadeiro ou falso na justiça ou na fé". Assim, também se tem que é uma ofensa do Estado em face dos seus cidadãos e lhes nega a responsabilidade quando é decidido "que eles não têm qualidade moral suficiente para ouvir opiniões que possam persuadi-los de convicções perigosas ou desagradáveis".

Desta forma, funciona como essencial à dignidade individual quando não deixamos ninguém nos impedir de ouvir outras opiniões por medo de que não sejamos aptos a ouvi-la e ponderá-la de acordo com as nossas próprias convicções.

Essa responsabilidade moral pode ter ainda outro aspecto: a de não somente constituir convicções próprias, mas justamente a de expressá-las com o fim de respeitar as outras pessoas a ponto de que a verdade seja conhecida e a justiça seja feita. Da mesma forma,

o Estado pode frustrar essa dimensão quando impedem essas manifestações pela razão de que as suas opiniões as desqualificam.

É ressaltado ainda que por mais odiosas as opiniões que essas pessoas queiram propagar, não pode lhes ser negados quaisquer um desses aspectos da responsabilidade moral, sendo esse respeito um dos aspectos fundamentais da reivindicação do poder legítimo estatal.

Contudo, os dois tipos de justificativa para o direito da liberdade de expressão não se excluem. Dworkin (2006) apresenta posicionamentos que afirmam, inclusive, que a Primeira Emenda norte-americana só pode ser suficientemente explicada com o caráter instrumental e o constitutivo da liberdade de expressão. Nesse sentido, há pontos em comum nessas duas justificativas, como o fato de que nenhum dos dois confere caráter absoluto à liberdade de expressão.

Uma das diferenças apresentadas entre essas duas justificações é que a instrumental é frágil e limitada. Assim, Dworkin (2006) desenvolve a ideia de que ela não é a justificativa mais adequada da liberdade de expressão prevista na Constituição norte-americana, recomendando que se utilize a justificativa constitutiva da liberdade de expressão.

O uso dessa instrumentalidade da liberdade de expressão se demonstra perigosa na medida em que o argumento "de que a liberdade de expressão é necessária para que o povo governe a si mesmo, explica de fato por que não se deve deixar que o Estado exerça uma censura clandestina, que o povo rejeitaria se dela tivesse consciência" (DWORKIN, 2006, p. 324), porém, esse argumento não consegue sustentar a ideia de que a maioria não pode impor uma censura que ela queira e aprove.

Assim, é destacada a necessidade da Suprema Corte de proteger até as formas de expressão que odiamos, "isso é importantíssimo pelo motivo sublinhado pela justificação constitutiva da liberdade de expressão: porque somos uma sociedade liberal comprometida com a responsabilidade moral individual, e *nenhuma* censura de conteúdo é compatível com esse compromisso" (DWORKIN, 2006, p. 327).

Portanto, esse autor apresenta o quanto a justificativa constitutiva da liberdade de expressão é importante para que se dê como precedente a decisões que possam proteger expressões de opiniões minoritárias, as quais ele define que tanto o caráter ofensivo das ideias ou quanto o fato de que elas põem em xeque ideias tradicionais e aceitas não devem servir de motivos válidos para a censura, sob pena de nem se saber o que significa a liberdade de expressão.

2.3 Da possibilidade de aplicação analógica da leitura moral de Ronald Dworkin à realidade brasileira

Como foi dito no subtópico anterior, pretende-se, nesse artigo, aplicar de forma analógica as considerações de Ronald Dworkin quanto ao que lhe seria a melhor leitura moral da liberdade de expressão. Contudo, a analogia não se encerra nesse aspecto, tendo em vista que a interpretação proposta por ele e a própria finalidade do método da leitura moral é correspondente a um tipo de sistema jurídico voltado a uma sociedade específica.

No caso, Dworkin se baseia no sistema jurídico norte-americano, o qual é caracterizado como *Common Law*, fazendo com que a ideia do Direito positivo como sendo constantemente reconstruído ao longo do tempo seja desenvolvida com mais afinco na teoria do direito como integridade. Isso se dá porque o sistema de precedentes adotado determina que conceitos interpretados hoje pelo juiz sejam considerados com maior peso nos próximos julgados, logo, as leituras morais adotadas para dispositivos constitucionais abstratos são tão discutidas e levadas a sério por esse autor.

Assim, não basta que determinado direito seja resguardado na decisão, mas sim *como* ele foi justificado e interpretado na jurisprudência, pois isso terá consequências em decisões futuras sobre aquele mesmo direito.

Exemplo disso é a leitura moral proposta sobre liberdade de expressão e a crítica estabelecida quanto à decisão no caso *New York Times vs. Sullivan*. O juiz que decidiu esse caso foi favorável ao direito da liberdade de expressão, de fato, mas, mesmo assim, Dworkin (2006) criticou a justificativa instrumental utilizada pelo magistrado, não sendo a melhor interpretação, segundo a sua concepção, por corresponder a uma concepção de liberdade de expressão perigosamente limitada em sua aplicação a casos futuros.

Já, na realidade brasileira, embora se contextualize em um sistema de *Civil Law*, os precedentes correspondem, atualmente, a um recurso argumentativo cada vez mais utilizado, em que a concepção de direitos, como o da liberdade de expressão, é interferida diretamente pelas interpretações judiciais anteriores sobre o assunto. Cada vez mais se preza pela coerência do sistema jurídico brasileiro, buscando-se que a integridade dos valores, princípios e normas fundamentais do sistema seja respeitada.

Em suma, tendo em vista essa realidade da utilização dos precedentes pelo judiciário brasileiro, as preocupações de Dworkin (2006) quanto à leitura moral da liberdade de expressão são oportunas e aplicáveis analogicamente à decisão do STF, principalmente, por se

considerar que se trata de um conceito interpretativo e cujos fundamentos podem interferir na concepção desse direito em jurisprudências posteriores.

2.4 A concepção de liberdade de expressão pelo STF e a utilização da justificativa constitutiva da liberdade de expressão para proteção de opiniões minoritárias

O direito à liberdade de reunião, como bem destaca o voto do Min. Relator Celso de Mello, é analisado, nesse julgado, como um meio para se alcançar a liberdade de expressão, tendo esta um fim em si mesma. Desta forma, quando os indivíduos utilizam espaços públicos para expressarem um descontentamento com alguma política pública, o direito quanto à ocupação desses espaços é protegido com o fim de que seja preservada essa expressão de opiniões.

À primeira vista, isso representaria um atendimento à teoria de Ronald Dworkin de que a melhor forma de interpretar a liberdade de expressão é a partir de uma justificativa constitutiva. Contudo, como bem alertou Dworkin (2006), é necessário analisar mais a fundo os fundamentos que esse ministro utiliza quando afirma que a liberdade de expressão tem um fim em si mesma, tendo em vista o precedente que é criado com essa decisão, o qual produz efeitos para a interpretação e aplicação desse direito como um todo para casos futuros.

Quando o Min. Celso de Mello afirma que é completamente irrelevante para a proteção da liberdade de expressão se se tratam de opiniões majoritárias e minoritárias, ou até que sejam opiniões "desagradáveis, atrevidas, insuportáveis, chocantes, audaciosas ou impopulares" (BRASIL, 2011), ele não instrumentaliza a liberdade de dizê-las, ou seja, quanto aos seus efeitos para a democracia, pois trata como traço essencial à liberdade a responsabilidade moral que cada indivíduo tem de expressá-las, bem como dos outros indivíduos de recebê-las, não importando o conteúdo delas ou as suas consequências para a construção de uma sociedade política justa.

O Supremo Tribunal Federal assume papel contramajoritário quando impede que as opiniões sejam censuradas só porque a maioria da população não queira essa censura ou a aprove. Nesse sentido, Dworkin (2006) assume uma postura favorável e uma concepção constitucional de democracia, rejeitando a premissa majoritária a qual prega que o resultado justo de um processo político é aquele aprovado pela maioria.

Essa concepção constitucional compreende como valor da democracia a ideia de que:

> as decisões coletivas sejam tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e modo de operação dediquem a todos os membros da

> comunidade, enquanto indivíduos, a mesma consideração e o mesmo respeito (DWORKIN, 2006, p. 26)

Essa ideia de democracia defendida por Dworkin (2006) a partir de uma concepção constitucional permite que se empregue procedimentos não-majoritários, em ocasiões especiais, com vistas a promover a igualdade a qual é a própria essência da democracia.

Logo, Palombella (2005, p. 336) afirma que esse autor contrapõe o papel do judiciário ao do legislativo nesse aspecto:

> [Dworkin] opõe-se radicalmente às teorias segundo as quais está excluída a possibilidade de que a tutela dos direitos seja perseguida de modo contrastante com as decisões da maioria, ou seja, com a lei [...]. Dworkin contrapõe substancialmente o poder judiciário ao legislativo, pressupondo que o primeiro tem um fundamento constitucional autônomo que o determina como – note-se – funcional para a proteção dos direitos contra o poder das maiorias políticas

Quando Supremo Tribunal Federal permite que manifestantes ocupem espaços públicos para expressão quanto à descriminalização da maconha, opondo-se a uma política de governo, não basta uma justificativa instrumental da liberdade de expressão, por ela não ser suficiente para proteger opiniões minoritárias, como é o presente caso. Da mesma forma, está de acordo com a concepção constitucional de democracia defendida por Dworkin (2006), quando afirma que não irá censurar esses eventos mesmo que a maioria não concorde.

Desta forma, segundo Palombella (2005), Ronald Dworkin nos ensina como os juízes não devem apresentar argumentações com base em política do direito (*policy*), as quais priorizam as consequências ou objetivos das decisões em termos de bem estar coletivo, mas sim em termos de princípios. Logo, Dworkin busca escapar de concepções consequencialistas ou utilitaristas quanto aos direitos, sendo esta a sua reinterpretação do caráter "liberal" da garantia dos direitos.

É por esta razão que Palombella (2005, p. 331) acrescenta que, na teoria de Dworkin, os juízes assumem um papel de tutela dos direitos individuais em face do poder das maiorias. Quanto à prática interpretativa dos juízes, ainda é ressaltado que não existiria um direito positivo em si próprio, tendo em vista que ele "é fruto de uma prática interpretativa e argumentativa que o constitui e reformula no tempo".

Portanto, a decisão do Supremo Tribunal Federal de afastar a aplicação do tipo penal de apologia ao crime, no caso da Marcha da Maconha, está em consonância com a concepção de Ronald Dworkin sobre liberdade de expressão, em que a justificativa constitutiva desta é utilizada como uma forma de respeitar a responsabilidade moral dos indivíduos. Tanto aqueles os que participam dessa manifestação política quanto os que recebem essa expressão

tem a sua dignidade preservada nesse aspecto, buscando proteger mesmo aquelas opiniões consideradas minoritárias ou até repulsivas pela maioria política.

CONCLUSÃO

O presente artigo pretendeu demonstrar como o Supremo Tribunal Federal consagrou o direito constitucional à liberdade de expressão na decisão da ADPF n. 187, mais especificamente quanto ao voto do Min. Relator Celso de Mello, e se os fundamentos trazidos estão em consonância com concepção defendida por Dworkin (2006). Destacou-se, em especial, no que diz respeito à justificativa constitutiva ou essencial dessa liberdade a qual é considerada pelo autor como a mais apropriada, em face da que se apresenta como instrumental.

Nessa medida, a justificativa instrumental se apresenta como ineficaz à proteção de opiniões minoritárias em face de maiorias políticas, considerando que ela instrumentaliza esse direito de tal forma que este é considerado relevante somente pelas suas consequências na construção de uma sociedade justa, o que limita a força e amplitude dessa liberdade.

Já a constitutiva, por considerar os indivíduos com responsabilidade moral tanto para emitir opiniões quanto para recebê-las, demonstra-se mais apropriada e dá maior consistência à proteção de minorias políticas. É, nesse sentido, que o voto do ministro do STF se manifestou: independente de serem opiniões minoritárias é elemento essencial de uma sociedade justa que se defenda o direito das pessoas de a manifestarem.

Esse posicionamento também está em consonância com a teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin, pois essa decisão judicial visou interpretar o direito positivo como um conjunto coerente de normas, princípios e valores, buscando a melhor interpretação possível dentro de um imperativo de congruência.

Portanto, afirma-se que o STF adotou o tipo de interpretação que não instrumentaliza a liberdade de expressão, utilizando a justificativa que melhor atende a proteção de minorias políticas, como é o caso do grupo que defende a descriminalização da maconha e propõe a revisão da política de drogas no Brasil. Considerando-se ainda que o sistema de precedentes vem ganhando força na realidade do sistema jurídico brasileiro e o que foi decidido quanto à essa liberdade tem grandes possibilidade de ser adotado em decisões futuras.

REFERÊNCIAS

PALOMBELLA, Gianluigi. **Filosofia do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade:** A leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 189/DF. Relator: MELLO, Celso de. Disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5956195. Acessado em 22 jul. 2017.

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Vade mecum**. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Vade mecum**. São Paulo: Saraiva, 2016.