

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA COMARCA DE PORTO ALEGRE

U R G E N T E

“O direito de manifestar seu pensamento e suas opiniões, quer seja pela voz da imprensa, quer de qualquer outro modo, o direito de se reunir tranqüilamente, o livre exercício dos cultos, não podem ser interditos. A necessidade de enunciar estes direitos supõe ou a presença ou a lembrança recente do despotismo.” (Art. 8º, **Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão**, 1789)

Precedente do Supremo Tribunal Federal: *“A liberdade de expressão constitui-se em direito fundamental do cidadão, envolvendo o pensamento, a exposição de fatos atuais ou históricos e a crítica.”* (HC 83.125, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 07/11/03)

Objeto: *Habeas Corpus Preventivo*, com pedido liminar de expedição de salvo-conduto, contra ameaça à liberdade de expressão e de locomoção
Pacientes: Integrantes dos Coletivos e dos Grupos de Ação Antiproibicionista de Porto Alegre

SALO DE CARVALHO [OAB/RS 34.749] e **MARIANA DE ASSIS BRASIL E WEIGERT** [OAB/RS 65.081], advogados com escritório na Rua Eudoro Berlink 50, Moinhos de Vento, Porto Alegre/RS, vêm, respeitosamente, perante Vossa Excelência, impetrar **HABEAS CORPUS PREVENTIVO**, com pedido *liminar*, em favor dos **INTEGRANTES DOS COLETIVOS E DOS GRUPOS DE AÇÃO ANTIPROIBICIONISTA DE PORTO ALEGRE**, com fundamento no artigo 5º, inciso LXVIII, da Constituição da República, e no artigo 647 e seguintes do Código de Processo Penal, contra ameaça à liberdade expressão e de locomoção, constitucionalmente assegurados, pelos motivos passam a expor e, finalmente, requerer:

I. INTRODUÇÃO: DA CAMPANHA INTERNACIONAL CONTRA AS POLÍTICAS PROIBICIONISTAS

01. Organizações civis e públicas não-governamentais em todo o planeta realizarão, no próximo final de semana, manifestações de apoio às políticas antiproibicionistas.

02. Conhecido como *Dia Mundial pela Descriminalização da Cannabis*, 228 cidades de todo o mundo realizarão manifestações pacíficas, performances culturais e atos de livre expressão com objetivo de informar e discutir as políticas públicas que envolvem a criminalização de determinadas drogas. Trata-se do movimento *Global Marijuana March* (Marcha Global da Maconha) - <http://www.globalmarijuanamarch.org/> (**DOC. 01**).

03. Como se pode depreender das notícias veiculadas na imprensa internacional, as manifestações ocorrerão em inúmeros cidades: Alburquerque, Novo México, Zaragoza, Atenas, Auckland, Belgrado, Berlim, Boston, Budapeste, Buenos Aires, Chicago, Dublin, Frankfurt, Helsinki, Jerusalém, Johannesburgo, Las Vegas, Los Angeles, Madrid, Montevideú, Montreal, Moscou, Nova York, Paris, Praga, Rio de Janeiro, Roma, San Francisco, São Paulo, Sevilha, Tel Aviv, Toronto, Varsóvia, Washington D.C. entre outras.

04. Nota-se, inclusive, que a orientação das organizações internacionais, assim como no Brasil, é de promover o debate, sendo os participantes incentivados a não fazer uso de qualquer droga, lícita ou ilícita, especialmente o álcool (**DOC. 02**).

05. Importante, lembrar, igualmente, que manifestações ocorreram em outros anos, constituindo-se a

denominada *Marcha Global da Maconha* verdadeiro movimento social reivindicatório e de livre exposição do pensamento.

II. DAS COAÇÕES À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO E DE EXPRESSÃO PERPETRADAS NO TERRITÓRIO NACIONAL

"Acreditamos que já é hora de discutir reformas mais concretas nas políticas e leis sobre a planta e seu uso, de forma a incluir os dados científicos mais atuais e contando com uma maior participação da sociedade civil."

06. Seguindo o movimento global de manifestação da liberdade de expressão, inúmeros coletivos nacionais aderiram à *Marcha*.

07. A organização nacional denominada "*Marcha da Maconha*" publicizou a intenção de debater o tema da proibição e dos efeitos produzidos pela atual política criminal de drogas no Brasil e na América Latina.

08. A manifestação pacífica tem como objetivos e fundamentação as seguintes premissas:

"No primeiro final de semana de maio, milhares de pessoas em todo o mundo sairão às ruas em mais de 200 cidades para lembrar a luta política contra a proibição injusta que tornou ilegal o cultivo de plantas da espécie Cannabis sativa em quase todos os países do mundo."

*O Coletivo *Marcha da Maconha* está apoiando eventos em 12 cidades em todo o país. O dia 4 será marcado com caminhadas em clima de descontração, música, concursos de fantasias, distribuição de material informativo e espaço para manifestações artísticas, performances e outras expressões culturais. Além disso, do dia 4 até o dia 9 de maio em diversas cidades ocorrerão também debates, palestras, seminários, exibições de documentários e outros tipos de eventos para discutir diversos aspectos relacionados ao tema, principalmente ligados às leis e políticas públicas sobre drogas."*

A Marcha da Maconha Brasil não é um evento de cunho apologético, nem seus organizadores incentivam o uso de maconha ou de qualquer outra substância ilícita. Respeitamos as Leis e a Constituição do país do qual somos cidadãos e procuramos respeitar não só o direito à livre manifestação de idéias e opiniões, mas também os limites legais desse e de outros direitos civis.

O objetivo do Movimento é possibilitar que todos os cidadãos brasileiros possam se manifestar de forma livre e democrática a respeito das políticas e leis sobre drogas do país, ajudando a fazer do Brasil um verdadeiro Estado Democrático de Direito. Com essas atividades procuramos tão somente ajudar a fazer com que essas leis e políticas possam ser construídas e aplicadas de forma mais transparente, justa, eficaz e pragmática, respeitando a cidadania e os Direitos Humanos.

Acreditamos que já é hora de discutir reformas mais concretas nas políticas e leis sobre a planta e seu uso, de forma a incluir os dados científicos mais atuais e contando com uma maior participação da sociedade civil.”
(DOC. 03)

09. Nota-se, assim, que a finalidade do movimento é “(...) lembrar a luta política contra a proibição injusta que tornou ilegal o cultivo de plantas da espécie *Cannabis sativa* em quase todos os países do mundo”.

10. Outrossim, trata-se de movimento com nítido caráter cultural e artístico, com atividades musicais, teatrais e performáticas em geral, além da criação de espaço de debate com palestras, seminários e exposições de documentários relacionados às políticas públicas, notadamente às ligadas às drogas - lícitas e ilícitas.

11. Por outro lado, é claro no manifesto não ser a “Marcha” evento cuja intenção seja o incentivo ao uso de maconha ou quaisquer outras substâncias ilegais - “(...) respeitamos as Leis e a Constituição do país do qual somos cidadãos e procuramos respeitar não só o direito à livre manifestação de idéias e opiniões, mas também os limites legais desse e de outros direitos civis.”

12. O núcleo central da manifestação é possibilitar a discussão democrática e a livre manifestação do pensamento acerca de política criminal que, ao longo do tempo, produziu efeitos dramáticos em termos de incremento da violência, do encarceramento massivo e da corrupção dos agentes estatais.

III. DA POSSIBILIDADE CONCRETA (*PERICULUM*) DE COAÇÃO ILEGAL EM PORTO ALEGRE: AS RECENTES PRISÕES E PROIBIÇÕES AO LIVRE EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A MANIFESTAÇÃO NA IMPRENSA LOCAL

13. A organização da “Marcha” e a mobilização das organizações não-governamentais e dos coletivos organizados para divulgar os eventos que ocorrerão no final de semana em todo o mundo - no Brasil, e especificamente Porto Alegre, no domingo dia 04.05.2008 -, suscitou inúmeras ações judiciais e, inclusive, prisões e autuação por apologia de crime (art. 287, Código Penal).

12. O Jornal Extra Online, da agência O Globo, do Rio de Janeiro, divulgou em 30.04.08 ocorrência de prisão de 05 pessoas que divulgavam a “Marcha” através da distribuição de panfletos:

“No Rio a marcha marcada para acontecer no Arpoador também causou polêmica. Há nove dias, cinco pessoas foram presas em Laranjeiras por distribuírem folhetos convocando a população a participar da marcha. O grupo, formado por quatro homens e uma mulher, foi preso por policiais do 2º BPM (Botafogo) e levado para a 9ª DP (Catete), onde todos foram autuados por apologia de crime. O objetivo do grupo era distribuir 1.700 panfletos do evento que propõe pesquisas e debates sobre a ampla utilização da droga.” (DOC. 04)

13. Além das prisões, a imprensa nacional noticiou a proibição das manifestações em Cuiabá, João Pessoa e Salvador (DOC. 04 e 05).

14. Outrossim, segundo o periódico eletrônico WSCom OnLine - Jornal Eletrônico do Nordeste, além da instauração de Inquérito Policial contra os idealizadores da "Marcha" em João Pessoa, o Ministério Público da Paraíba, através de manifestação da Procuradora-Geral, atribuiu à Polícia a tarefa de intervir no caso de os manifestantes "forçarem a barra" para realizar a "Marcha" (DOC. 06).

15. Em Porto Alegre, o Jornal Zero Hora publicado nesta data descreve manifestação do Sub-Comandante Geral da Brigada Militar, Coronel Paulo Roberto Mendes:

"Não vamos tolerar apologia às drogas. Nenhuma manifestação a favor do uso da maconha será tolerada. Já estamos avisando antes, para que eles nem tentem fazer nada do tipo."

"(...) A ordem é clara: recolher todo o material e recolher ao judiciário. Em princípio, quem fizer apologia será alvo de um termo circunstanciado." (DOC. 07)

16. Nítida, portanto, em face do histórico recentíssimo das reações formais advindas das principais instituições que compõem o sistema penal (Ministério Público e Poder Judiciário), a possibilidade (perigo) concreta de intervenção coativa pelas agências da Segurança Pública do Estado do Rio Grande do Sul em caso de ocorrerem manifestações, mesmo que pacíficas, de adesão ao movimento internacional antiproibicionista.

17. A ameaça potencial, mas concreta, de atividade persecutória de limitação/restrição da liberdade de locomoção e de expressão dos integrantes dos coletivos organizados que se inseriram no debate global acerca das políticas de proibição das drogas, legitima e aufere as condições de cabimento da presente ação constitucional autônoma de liberdade.

IV. DA NÃO-CONFIGURAÇÃO DO DELITO DE APOLOGIA DE FATO CRIMINOSO: AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS MÍNIMOS DE TIPICIDADE

18. Segundo o Código Penal, constitui delito *“fazer, publicamente, apologia de fato criminoso ou de autor de crime”* (art. 287).

19. O bem jurídico tutelado pela norma é a paz pública. Assim, a conduta, para constituir materialmente delito deve, necessariamente, gerar, no seio social, perturbação.

20. Segundo a doutrina, *“fazer apologia significa defender, justificar, elogiar, enaltecer, defender. Trata-se da conduta daquele que, publicamente, enaltece o fato criminoso ou o autor do crime”* (SILVA FRANCO, Alberto & STOCCO, Rui. *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, 8. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 1.348).

21. Ocorre que no caso em tela, não há, no movimento mundial de debate sobre as políticas públicas, qualquer espécie de enaltecimento, defesa ou justificativa do porte para consumo ou do tráfico de drogas ilícitas - figuras tipificadas nos art. 28 e 33 da Lei 11.343/06.

22. O que fica claro é a tentativa de pautar importante (e necessário) debate acerca das políticas públicas e dos efeitos do proibicionismo.

23. Note-se, conforme demonstrado nos **DOCs. 02 e 03**, que os organizadores nacionais e internacionais do movimento deixam clara a posição:

“Es de vital importancia resaltar que las organizaciones y ciudadanos convocantes no alientan ni promueven el consumo de ninguna sustancia lícita o ilícita, igualmente hacemos un especial énfasis en evitar el consumo de alcohol durante las actividades de la manifestación. Para este propósito habrá a disposición de los participantes puestos con agua para desincentivar el consumo de otro tipo de bebidas y se invitará a los

asistentes a participar en diversas dinámicas colectivas, como el tapete gigante de gis y las Estatuas de Marfil. También contaremos con exposiciones artísticas y stands informativos." (DOC. 02)

"A Marcha da Maconha Brasil não é um evento de cunho apologético, nem seus organizadores incentivam o uso de maconha ou de qualquer outra substância ilícita. Respeitamos as Leis e a Constituição do país do qual somos cidadãos e procuramos respeitar não só o direito à livre manifestação de idéias e opiniões, mas também os limites legais desse e de outros direitos civis.

O objetivo do Movimento é possibilitar que todos os cidadãos brasileiros possam se manifestar de forma livre e democrática a respeito das políticas e leis sobre drogas do país, ajudando a fazer do Brasil um verdadeiro Estado Democrático de Direito. Com essas atividades procuramos tão somente ajudar a fazer com que essas leis e políticas possam ser construídas e aplicadas de forma mais transparente, justa, eficaz e pragmática, respeitando a cidadania e os Direitos Humanos." (DOC. 03)

24. A propósito, nota-se em todo material publicitário, no Brasil e nos demais países, indicação para que não seja consumido nenhum tipo de substância tóxica, lícita ou ilícita, sobretudo álcool.

25. Ademais, importante lembrar, com Magalhães Noronha, que "(...) não é apologista quem se limita a justificar ou explicar a conduta delituosa, bem como apontar qualidades ou atributos do delinqüente. Muito menos o será a crítica ou apreciação de dispositivo legal ou de uma decisão. Mesmo o apoio moral, o conforto etc..., em determinadas circunstâncias, não é apologia de criminoso (...)" (NORONHA, Magalhães. *Direito Penal: Parte Especial*, vol. 04, 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 85 - grifou-se).

26. Do contrário, se a crítica constituísse delito, incorreriam em crime os Magistrados que, desde a vigência da Lei 6.368/76, têm considerado inconstitucional a proibição¹, os políticos que atuam no sentido da

¹ Neste sentido, exemplificativamente:

"PENAL. ART. 16 DA LEI 6368/76. AUSÊNCIA DE LESÃO A BEM JURÍDICO PENALMENTE RELEVANTE. INCONSTITUCIONALIDADE. A lei anti-tóxicos

descriminalização², os artistas que se manifestam favoráveis à liberalização e os inúmeros autores que

brasileira é caracterizada por dispositivos viciados nos quais prepondera o "emprego constante de normas penais em branco (...) E de tipos penais abertos, isentos de precisão semântica e dotados de elaborações genéricas" (ver: Salo de Carvalho, "A Política Criminal de Drogas no Brasil: do discurso oficial às razões da descriminalização", Rio de Janeiro: Luam, 1997, p. 33-34). Diante destes dados, tenho como limites ao labor na matéria, a principiologia constitucional impositora de freios à insurgências punitiva estatal. Aqui interessam primordialmente os princípios da dignidade, humanidade (racionalidade e proporcionalidade) e da ofensividade. No direito penal de viés libertário, orientado pela ideologia iluminista, ficam vedadas as punições dirigidas à autolesão (caso em tela), crimes impossíveis, atos preparatórios: o direito penal se presta, exclusivamente, à tutela de lesão a bens jurídicos de terceiros. Prever como delitos fatos dirigidos contra a própria pessoa é resquício de sistemas punitivos pré-modernos. O sistema penal moderno, garantista e democrático não admite crime sem vítima. Repito, a lei não pode punir aquele que contra a própria saúde ou contra a própria vida - bem jurídico maior - atenta: fatos sem lesividade a outrem, punição desproporcional e irracional! Lições de Eugênio Raul Zaffaroni, Nilo Batista, Vera Malaguti Batista, Rosa Del Olmo, Maria Lúcia Karam e Salo de Carvalho." (TJRS, 5ª CÂMARA CRIMINAL, AC 70004802740, REL. AMILTON BUENO DE CARVALHO, J. 07.05.2003.)

² Neste sentido a Exposição de Motivos do Projeto de Lei 5.824/01, apresentado pelo Deputado Marcos Rolim, que alterava o dispositivo do art. 16 da Lei 6.368/76, criando cláusula de barreira à criminalização do porte para uso pessoal: "(...) há que se perguntar se é moralmente aceitável que o Estado defina padrões de comportamento e/ou consumo circunscritos à esfera privada da existência. A Lei penal, por óbvio, ao tipificar condutas, procura preservar os direitos da cidadania e resguardar a paz pública. Como, então, sustentar como típica uma conduta que não viola qualquer direito, nem ameaça a paz pública? Tal pergunta, sustentada historicamente pela melhor tradição liberal, não encerra tão somente uma dúvida procedente. Com ela, procura-se evidenciar que a liberdade dos indivíduos estará sempre ameaçada se permitirmos que o Estado passe a regradar condutas cuja prática, na pior das hipóteses, só pode agregar efeitos danosos aos próprios autores. A concepção moderna de democracia não pode conviver com a pretensão tutelar do Estado sobre a cidadania, ainda que tal pretensão envolva a tutela da saúde dos indivíduos. Foi por não aceitar esse princípio que o governo Taliban no Afeganistão, por exemplo, organizou o "Ministério para a Promoção da Virtude e Combate ao Vício", de triste memória. Por esse princípio, deveríamos entender que o consumo de drogas, de qualquer droga, constitui ato irrelevante para o direito penal. As preocupações com o consumo de drogas deveriam estar circunscritas ao debate pertinente na área de saúde pública e, portanto, voltar-se para a prevenção e o tratamento da dependência química. Nesse caso, os esforços públicos deveriam considerar, inclusive, a prioridade para a prevenção e o tratamento do alcoolismo e do tabagismo" (Projeto de Lei 5.824/01, Exposição de Motivos).

sustentam a ilegitimidade da intervenção estatal na esfera da privacidade e da vida íntima.³

³ Neste sentido, exemplificativamente:

ARAÚJO Jr. João Marcelo de. A problemática das drogas na América Latina: primeiras conclusões do Projeto Alternativo do Rio de Janeiro. *Drogas: abordagem interdisciplinar*. Fascículos de Ciências Penais. Porto Alegre: Fabris, 1990. ano 3, V. 3; ARBEX JR., José. O Estado Narcoterrorista. *Caros Amigos* (16). São Paulo: Casa Amarela, 1998; BARATTA, Alessandro. *Introducción a la Criminología de la Droga*. Nuevo Foro Penal (41). Bogota: Temis, 1988; BARATTA, Alessandro. *Introducción a una Sociología de la Droga: problemas y contradicciones del control penal de las drogodependencias*. Seminario de Derecho Penal e Instituto de Criminología: Estudios Penales en Memoria del Profesor Augustin Fernandez-Albor, 1989; BATISTA, Nilo. *Algumas Palavras Sobre Descriminalização*. Revista de Direito Penal (13/14). São Paulo, 1974. BATISTA, Nilo. *Política Criminal com Derramamento de Sangue*. Discursos Sediciosos (05/06). RJ: Freitas Bastos/Instituto Carioca de Criminologia, 1998; BATISTA, Vera. *Difíceis Ganhos Fáceis: Drogas e Juventude Pobre no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: ICC/Freitas Bastos, 1998; BATISTA, Vera. *O Tribunal de Drogas e o Tigre de Papel*. Revista de Estudos Criminais (04). Sapucaia do Sul: !TEC/PPGCCrim PUCRS/Nota Dez, 2001; BIZZOTTO, Alexandre & RODRIGUES, Andréia de Brito. *Nova Lei de Drogas: comentários à Lei 11.343/06*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; BOITEUX, Luciana. *Controle Penal Sobre as Drogas Ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. Tese apresentada no Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006; CANESTRI, Francisco. Los Procesos de Decriminalización desde un punto de vista Criminológico: especial referencia del medio latinoamericano. *Revista de Estudios Jurídicos* (14), São Leopoldo: Unisinos, 1975; CARVALHO, Salo. *A Política Criminal de Drogas no Brasil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; CHAVES, CÍNTIA TOLEDO Miranda & KATO, Maria Ignez Baldez. 'Judiciário dá um Tempo!' Em Homenagem à Bezerra da Silva... ou à Constituição Federal. in *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais* (151). São Paulo: IBCCrim, 2005; COSTA, Helena Regina Lobo. Análise das Finalidades da Pena nos Crimes de Tóxicos. in *Drogas: Aspectos Penais e Criminológicos*. REALE JR., Miguel (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2005; FAYET DE SOUZA, Ney. A Crise da Pena e a Descriminalização. *Revista da Ajuris* (11). Porto Alegre: Ajuris, 1977; FERRAJOLI, Luigi. Proibizionismo e Diritto. in *Legalizzare la Droga: Una Ragionevole Proposta di Sperimentazione*. MANCONI, Luigi (curatore). Milano: Feltrinelli, s/d; GAUER, Ruth Ma. Chittó. Uma Leitura Antropológica do Uso de Drogas. in *Drogas: abordagem interdisciplinar*. Fascículos de Ciências Penais (03). Porto Alegre: Fabris, 1990; HULSMAN, Louk. Descriminalização. in *Revista de Direito Penal* (09/10). Rio de Janeiro: Forense, 1973; KARAM, Maria Lúcia. *A Lei 11.343/06 e os Repetidos Danos do Proibicionismo*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (167). SP: IBCCrim, 2006; LUISI, Luiz. A Legislação Penal Brasileira sobre Entorpecentes. in *Drogas: abordagem interdisciplinar*. Fascículos de Ciências Penais (03). Porto Alegre: Fabris, 1990; MANCONI, Luigi (curatore). *Legalizzare la Droga: una Ragionevole Proposta di Sperimentazione*. Milano: Feltrinelli, s/d; MANZANOS, Cezar. Apuntes sobre la Deconstrucción del 'Problema Droga'. In *Los Agentes Sociales ante las Drogas*. ARANA, Xabier & MÁRKEZ, Iñaki (coord.) Madrid: Dykinson, 1997;

27. Aliás, neste caso deveriam ser incriminados os Magistrados e Desembargadores que, ao longo da semana, autorizaram a “Marcha da Maconha” em São Paulo e no Rio de Janeiro (DOC. 08).

28. Deveriam responder por associação ao delito previsto no art. 287 do Código Penal o comando da Polícia Militar carioca que designou Policiais Militares para, no dia 06.05, garantir a realização da “Marcha” na Praia de Ipanema - neste sentido, conferir reportagem do Jornal da Mídia intitulada: “‘Marcha da Maconha’ tem Proteção Especial da PM” (DOC. 09).

29. Mencionam, ainda, doutrinadores do porte de Fragoso, Bento de Faria, Noronha e Delmanto que o referido “fato criminoso”, elementar objetiva do tipo, deve ser crime efetivamente ocorrido, e não apenas ilação em abstrato de figura legal.

“É mister, pois, a apologia concreta, tendo em vista um crime ocorrido, ficando, portanto, excluídas as contravenções e as infrações disciplinares” (BENTO DE FARIA

OLIVEIRA, Carmem; WOLFF, Maria Palma; CONTE, Marta; HENN, Ronaldo César. ‘Passes’ e Impasses: adolescência - droga - lei. in www.reduc.org.br, acesso em 15.11.06; OLMO, Rosa. A Face Oculta da Droga. Rio de Janeiro: Revan, 1990; POSTALOFF, Miriam Gicovate. *Los Procesos de Descriminalización*. Caracas: Universidad Nacional de Venezuela, 1982; ROLIM, Marcos. *A Síndrome da Rainha Vermelha: policiamento e segurança pública no século XXI*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006; SÁ, Domingos Bernardo. Projeto para uma Nova Política de Drogas no País. in *Drogas e Cidadania*. ZALUAR, Alba (org.). São Paulo: Brasiliense, 1904; SANTOS, Daniela Sousa. A Inconstitucionalidade do Art. 16 da Lei 6.368/76: breve estudo sobre a descriminalização do uso de substâncias entorpecentes. in *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais* (158). São Paulo: IBCCrim, 2006; SANTOS, Lycurgo de Castro. Tóxicos: algumas considerações penais. in *Revista Brasileira de Ciências Criminais* (05). São Paulo: RT, 1994; SORIANO SORIANO, José Jamon. La Cualificación de la Notória Importancia en los Delitos de Tráfico de Drogas. in *Delitos Contra La Salud Pública y Contrabando*. SORIANO SORIANO, José Ramón (dir.). Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2000; TORON, Alberto Zacharias. A Proteção Constitucional da Intimidade e o art. 16 da Lei de Tóxicos. in *Livro de Estudos Jurídicos* (03). BUSTAMANTE, Ricardo Silva de & TUBENCHLAK, James (coord.). Rio de Janeiro: IEJ, 1991.

Apud SILVA FRANCO, Alberto & STOCCO, Rui. *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, 8. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 1.349).

30. Para além da razoável dúvida referente à possibilidade de o tipo antecedente poder ser “infração de menor potencial ofensivo”, nota-se a necessidade de que a referência apologética dos sujeitos seja em relação à situação passada, efetivamente perpetrada, reconhecida por sentença criminal condenatória transitada em julgado.

31. Tais circunstâncias, desde o plano legal, nas esferas objetiva e subjetiva da tipicidade, descaracterizam qualquer possibilidade de imputação de delito aos organizadores, apoiadores e/ou simpatizantes do movimento, motivo pelo qual há de ser assegurado o direito de expressão através da concessão do salvo-conduto.

V. DA NÃO-CONFIGURAÇÃO DO DELITO DE APOLOGIA DE CRIME: EXERCÍCIO LEGÍTIMO DE DIREITO CONSTITUCIONALMENTE ASSEGURADO: *LEADING CASE* DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

32. O direito à liberdade de expressão está previsto nos incisos IV e IX do artigo 5º da Constituição da República.

33. Logicamente que, como todos os direitos constitucionalmente previstos, não é absoluto, devendo ser devidamente ponderado com os demais interesses assegurados pela Carta Política. Veja-se, p. ex., o caso do conflito entre o direito de expressão e a apologia do crime de racismo.

34. Em relação ao crime de preconceito racial, o Supremo Tribunal Federal entendeu ser inadmissível a preponderância do direito à liberdade de expressão, notadamente pelo fato de o anti-semitismo constituir delito imprescritível, previsto nas principais legislações

internacionais como delito de lesa humanidade e cujo exercício produziu os maiores atos de barbárie do século XX⁴.

35. Ocorre que, diferentemente do caso julgado pelo STF, o direito de manifestar crítica às políticas proibicionistas vem sendo constantemente assegurado, quando não as próprias críticas produzem importantes alterações

⁴ Neste sentido:

"HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. 1. Escrever, editar, divulgar e comerciar livros 'fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias' contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). (...) 9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo. 10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discrimen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam. 11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso. 12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as conseqüências gravosas que o acompanham. 13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que impliquem ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o 'direito à 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 da pessoa humana e da igualdade jurídica. (...) Ordem denegada." (HC 82424/RS, Relator Min. MOREIRA ALVES, Relator p/ Acórdão Min. MAURÍCIO CORRÊA, j. 17/09/2003, Tribunal Pleno, DJ 19-03-2004, pp. 00524).

nas legislações, com no caso de inúmeros países europeus - v.g. Portugal, Espanha, Itália, Inglaterra e, por todos, a tradicional experiência da Holanda.

36. Em 2003 a Suprema Corte enfrentou o conflito entre liberdade de expressão e imputação de delito.

37. No caso, o Ministério Público Militar havia denunciado Jermir Pinto de Melo, autor do livro "*Feridas da Ditadura Militar*", pelo art. 219 do CPM - "*propalar fatos, que sabe inverídicos, capazes de ofender a dignidade ou abalar o crédito das forças armadas ou a confiança que estas merecem do público: Pena - detenção, de seis meses a um ano.*"

38. O Relator, Ministro Marco Aurélio, no voto proferido no HC 83.125 (**DOC. 10**), inicia afirmando que "*não há Estado Democrático de direito sem observância da liberdade de expressão*" (fl. 555). E epigrafa a decisão com a seguinte ementa, trancando ação penal movida contra o paciente:

"A liberdade de expressão constitui-se em direito fundamental do cidadão, envolvendo o pensamento, a exposição de fatos atuais ou históricos e a crítica." (HC 83.125, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 07/11/03)

39. No caso proposto, trata-se, igualmente, de exercício de livre manifestação do pensamento e de crítica, o que deve ser assegurado, na qualidade de direito fundamental, pelo Judiciário, contra atos de coação como os divulgados na data de hoje pela imprensa (**DOC. 07**).

VI. O IMPORTANTE LEADING CASE NACIONAL: O CASO DO RAPPER MV BILL

40. Importante lembrar, ainda, a título de conclusão, o notório caso de imputação de apologia do crime de tráfico de entorpecentes imputado ao *rapper* MV Bill,

anexado ao livro *Falcão Mulheres e o Tráfico* (São Paulo: Objetiva, 2007, pp. 255-261).

41. No *Post-Scriptum* do livro, os autores juntam o parecer do Ministério Público carioca no Inquérito Policial 066/00 DRE (**DOC. 11**), instaurado contra Alex Pereira Barbosa (MV Bill), pela produção e protagonismo no videoclipe *Soldado do Morro*, no qual são utilizadas imagens de traficantes “reais” armados.

42. A Polícia carioca instaurou Inquérito por apologia ao tráfico. Contudo, o Ministério Público, em manifestação datada de 30.03.03, requereu o arquivamento da investigação, sustentando estar o indiciado exercendo importante direito de crítica.

43. Têm os impetrantes que o caso se assemelha ao proposto para análise, não sendo crível que numa República seja inviabilizado o direito de livre manifestação do pensamento.

VII. DA NECESSIDADE DO DEFERIMENTO DO PEDIDO LIMINAR: CONFIGURAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS CAUTELARES (*FUMUS BONI IURIS* E *PERICULUM IN MORA*)

44. Em sendo nítida a possibilidade de coação ilegal, demonstrada pelas prisões e Inquéritos instaurados no país durante esta semana e, sobretudo, pela intolerante manifestação da Brigada Militar gaúcha nos periódicos de hoje, constata-se a adequação e a razoabilidade (*fumus boni iuris*) do pedido de deferimento liminar do *Habeas Corpus*.

45. O *periculum in mora* é atribuído ao fato de estarem as manifestações da “Marcha” programadas, em todo o país, para o dia de amanhã (04.05.08).

46. Fundamental, pois, em estando justificado o pedido, seja deferida a liminar para assegurar aos participantes da "Marcha" o direito de livre expressão do pensamento sem serem presos.

VIII. DO PEDIDO

47. Assiste, pois, aos integrantes dos coletivos e dos grupos de ação antiproibicionista de Porto Alegre, o direito de não serem submetidos à prisão arbitrária ou à Inquérito Policial sob imputação de apologia de crime, em face de exercerem seu direito constitucional de crítica e expressão.

48. **P O S T O I S T O**, requerem os impetrantes, em preliminar, seja deferida a *liminar* para assegurar aos participantes da "Marcha" o direito de livre e pacífica expressão do pensamento, sem serem presos ou conduzidos coercitivamente pela imputação do delito de apologia de crime, sendo comunicado o Comando da Brigada Militar de Porto Alegre para que assegure/garanta aos manifestantes seu direito constitucional.

49. No *mérito*, postulam a concessão definitiva da ordem.

50. Por fim, requerem seja dado à presente ação de liberdade o processamento de estilo, juntando-se os documento, cuja autenticidade se reconhece sob as penas da Lei.

51. Nestes termos, pedem deferimento.

Porto Alegre, 03 de maio de 2008.

Salo de Carvalho
OAB/RS 34.749

Mariana Weigert
OAB/RS 65.081