

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR VICE-PRESIDENTE
DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

O advogado **LEONARDO SICA**, OAB/SP nº 146.104 e a estagiária **LUISA MORAES ABREU FERREIRA**, OAB/SP nº 163.536-E, com escritório no endereço abaixo, vêm, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, com fundamento nos artigos 5º, IV, IX e LXVIII da Constituição Federal e artigos 647, 648, I e 660, § 2º, do Código de Processo Penal, impetrar a presente

**ORDEM DE HABEAS CORPUS PREVENTIVO
COM PEDIDO DE MEDIDA LIMINAR**

em favor dos **INTEGRANTES DOS MOVIMENTOS EM FAVOR DA
DESCRIMINALIZAÇÃO DA MACONHA** que pretendem participar da segunda edição da “Marcha da Maconha” (doc. nº 01), em vista de iminente e concreta possibilidade de nova intervenção do **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE**

SÃO PAULO que, anteriormente, agiu para impedir a realização da primeira “Marcha da Maconha”, pois “acredita referido evento consistir em apologia à prática de crime” (doc nº 02, Mandado de Segurança impetrado para proibir a realização da “Marcha”).

Com base nas razões expostas a seguir, instruídas com informações suficientes para viabilizar a imediata apreciação deste pedido, os Pacientes aguardam o deferimento da **tutela de urgência para expedição de salvo-conduto que assegure aos Pacientes o direito de livre e pacífica expressão do pensamento**, sem serem presos ou conduzidos coercitivamente pela imputação do delito de incitação ao crime, bem como posterior concessão da ordem.

São Paulo, 4 de fevereiro de 2009

Leonardo Sica

OAB/SP 146.104

Luisa Moraes Abreu Ferreira

OAB/SP 163.536 - E

PELOS PACIENTES

INTEGRANTES DOS MOVIMENTOS EM FAVOR DA DESCRIMINALIZAÇÃO DA MACONHA

EMINENTES MINISTROS:

1. Síntese dos fatos

O movimento *Global Marijuana March* (Marcha Global da Maconha - <http://www.globalmarijuanamarch.org>), composto por organizações civis e públicas não-governamentais internacionais e brasileiras, promoveu, no dia 04 de maio de 2008, manifestações pacíficas, performances culturais e atos de livre expressão, com objetivo de discutir políticas públicas de descriminalização da maconha.

As manifestações ocorreram em inúmeras cidades do mundo: Albuquerque, 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, Roma, San Francisco, Sevilha, Tel Aviv, Toronto, Varsóvia, Washington D.C., dentre outras (doc. nº 03).

No Brasil, a “Marcha” aconteceu em Recife, Vitória e Porto Alegre em 2008 e, neste ano, já se repetiu em Belém, durante o Fórum Social Mundial (doc. nº 04).

No entanto, apesar de seu intuito pacífico e de livre discussão, a organização da “Marcha” e a mobilização das organizações não-governamentais para divulgar os eventos suscitou, no Brasil, algumas ações judiciais, prisões e até proibições.

O Portal G1, da agência O Globo, do Rio de Janeiro, publicou, em 21.04.08, matéria sobre a prisão de 5 pessoas que simplesmente divulgavam a “Marcha”, distribuindo panfletos de forma livre e pacífica:

“Cinco jovens, que distribuía panfletos da Marcha da Maconha, passeata pela legalização da droga que será realizada no próximo dia 4, no Arpoador (zona sul do Rio), foram presos por apologia ao crime na madrugada de hoje. De acordo com a polícia, o grupo foi abordado por policiais em frente a uma casa noturna, quando preparavam uma panfletagem no local. Eles foram levados para a delegacia, onde a polícia apreendeu 1.700 panfletos e as quatro camisas promocionais da passeata que os ativistas usavam, inclusive a da única mulher do grupo” (doc. nº 05).

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 local a tarefa de intervir no caso de os manifestantes “forçarem a barra” para realizar a “Marcha” (doc. nº 06).

Em Porto Alegre, o Jornal Zero Hora, publicado no dia 03.05.08, 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”.

Porém, por conta de *habeas corpus* preventivo impetrado em favor dos integrantes do movimento, a “Marcha” foi permitida (doc. nº 07) e diversas atividades teatrais - sempre defendendo de forma pacífica a descriminalização da maconha - foram realizadas em pontos públicos daquela capital (doc. nº 08).

Em São Paulo, as manifestações foram proibidas, pois o Ministério Público propôs Ação Cautelar com pedido de medida liminar perante a MM^a Juíza do DIPO (Departamento de Inquéritos e Polícia Judiciária) da Capital, requerendo a proibição da “Marcha”, programada para 04.05.08 (doc. nº 09).

O pedido do Ministério Público foi indeferido no dia 30.04.08, sob o fundamento de que a “Marcha da Maconha” não configuraria apologia ao crime, sendo, apenas, expressão do direito de manifestação consagrado na Constituição Federal. O Ministério Público interpôs recurso de agravo contra essa decisão, no mesmo dia.

Em 03.05.08, o Ministério Público impetrou Mandado de Segurança com pedido de liminar para que fosse obtido efeito suspensivo ao agravo, determinando-se a proibição da “Marcha da Maconha” (doc. nº 02).

A liminar foi concedida no mesmo dia e as autoridades de segurança pública foram avisadas da proibição da “Marcha” (doc. nº 10).

Em obediência àquela ordem judicial, os integrantes do movimento desmobilizaram a “Marcha” que ocorreria no Parque do Ibirapuera,

cujos responsáveis, inclusive, já tinham admitido mais essa manifestação de liberdade do pensamento naquela importante praça pública.

Mesmo discordando do teor da ordem de proibição, acataram-na, dando evidências do manifesto intento pacífico dos integrantes do movimento que, desde então, aguardam autorização do Poder Judiciário para exercer seu sagrado direito constitucional.

No dia 19.08.08, a 4ª Câmara Criminal do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, ao julgar prejudicado o Mandado de Segurança (doc. nº 11), manteve a proibição de evento cuja realização está pendente há mais de 6 meses.

2. Possibilidade concreta de coação ilegal.

Em 2008, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO atuou para impedir a realização da “Marcha da Maconha”, sob o argumento de que a manifestação pública sobre a descriminalização da maconha configura incitação ao crime:

“(…) se querem discutir a legalidade do uso da maconha, que tal discussão ocorra nas Universidades, nas dependências das Casas Legislativas, não em praça pública, ao sabor de cigarros dessa droga acesos, numa atitude ilícita em que envergonha nossos antepassados e nossos filhos. (...) Noutro prisma, indispensável afirmar que a presente medida, que ora se requer e ora se impõe, em razão da mais lúdima justiça, visa acautelar a saúde pública, que terá sua defesa na ação principal, qual seja, deflagração de ação penal incondicionada pelo Ministério Público contra os infratores da lei” (doc. nº 09, Ação Cautelar, fls. 18/20).

“No caso em testilha, a não apreciação do Agravo causará dano irreparável a sociedade ordeira, aqui representada pelo Ministério Público de São Paulo, que não deseja ver realizada a Marcha da Maconha, não reputando seu objeto como lícito, mas como criminoso, porquanto instiga e induz ao uso de estupefaciente” (doc. nº 02, Mandado de Segurança, fls. 05).

É concreta, pois, a possibilidade de nova intervenção do MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Caso qualquer requerimento do MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO para impedir a realização da Marcha da Maconha de 2009 (em Ação Cautelar ou Mandado de Segurança) seja acatado, os Pacientes poderão ser presos.

3. Fixação da competência

Contra a decisão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO que concedeu medida liminar em Mandado de Segurança impetrado pelo Ministério Público, impetrou-se ordem de *habeas corpus* perante o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA para que fosse suspensa a proibição da realização da “Marcha” ou, alternativamente, que fosse expedido salvo-conduto para assegurar aos Pacientes o direito de livre e pacífica expressão do pensamento, sem serem presos ou conduzidos coercitivamente pela imputação do delito de apologia de crime (doc. nº 12).

O *habeas corpus* não foi conhecido, pois a Ministra relatora entendeu que a impetração estava prejudicada e que, se a intenção era obter *habeas corpus* preventivo, o tribunal competente para apreciar o writ seria o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO:

“(…) Com efeito, o óbice à realização do movimento em tela adveio do deferimento da medida liminar postulada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em mandado de segurança, impetração que foi julgada prejudicada em razão da não-realização da manifestação na data aprazada. Verifica-se, assim, que não há constrangimento ilegal a ser sanado por meio de *habeas corpus*, que seja imputável ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Já, se a intenção, no caso, fosse obter um *habeas corpus* preventivo, relativamente à suposta prática de incitação a crime, o instrumento deveria ter sido **interposto perante o Tribunal de Justiça**, não podendo este Superior Tribunal de Justiça apreciar a matéria diretamente, sob pena de supressão de instância.” (doc. nº 13).

Para evitar qualquer alegação de supressão de instância, foi impetrado *habeas corpus* preventivo no DIPO em razão de iminente e concreta ameaça de intervenção coativa pelas autoridades de segurança pública do estado de São Paulo.

O *habeas corpus* também não foi conhecido porque, de acordo com a MM^a Juíza, o pedido foi feito em nome de sujeitos indeterminados e, como a autoridade coatora poderia ser o Ministério Público, o tribunal competente seria o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO:

“Ao revés, os impetrantes formulam pedido preventivo, em prol de sujeitos indeterminados (...). Não obstante, não apontam a autoridade coatora; ao que se extrai dos autos, a autoridade impetrada poderia ser o representante do Ministério Público, considerando que já manejaram anteriormente ação cautelar, mas nada está claro a esse respeito. Neste aspecto, relembro que este Juízo, caso confirmada a hipótese, não seria competente para apreciação do pedido, **a ser apreciado pelo Tribunal de Justiça**”. (doc. nº 14).

Tendo em vista, portanto, que (i) a última decisão de mérito sobre a “Marcha” é a concessão da liminar pelo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO para proibir sua realização, (ii) o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA considerou a matéria superada, indicando a necessidade de novo acionamento do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO; (iii) já foi impetrado *habeas corpus* perante o Juízo de 1ª instância; e (iv) o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA e o juízo de primeira instância manifestaram-se pela competência do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO; tornou-se imperiosa a impetração do presente *writ* para assegurar aos Pacientes o direito de livre e pacífica expressão do pensamento, sem serem presos ou conduzidos coercitivamente pela imputação do delito de incitação ao crime.

4. Não configuração do delito de incitação ao crime. Exercício legítimo de direito constitucionalmente assegurado: liberdade de reunião e de expressão do pensamento.

É certo que nenhum direito se afigura absoluto na Constituição Federal.

Por isso, quando verificada restrição a determinado direito fundamental ou conflito entre distintos princípios constitucionais, aplica-se o princípio da proporcionalidade, que “pode ser formulado como uma lei de ponderação, cuja fórmula mais simples voltada para direitos fundamentais diz: quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção”¹.

Na aplicação do princípio da proporcionalidade é preciso verificar se, em face do conflito entre dois bens constitucionais

¹ Robert Alexy, em palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em 10.12.1998.

contrapostos, o ato impugnado afigura-se adequado (apto para produzir o resultado desejado), necessário (insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e proporcional em sentido estrito (estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto).

No caso concreto, é preciso analisar se diante do conflito entre o direito à liberdade de expressão e o direito à segurança e à paz pública, a proibição da “Marcha” atendeu às máximas do princípio da proporcionalidade, admitindo-se, apenas por apego ao argumento, que a “Marcha” represente algum risco à segurança e à paz pública, hipótese que sequer se sustenta, ante o evidente pacifismo do movimento, confirmado nos locais onde não foi vedado (doc. nº 15).

A proibição da “Marcha” seria *adequada* para se alcançar o fim almejado, isto é, assegurar a paz pública e coibir “prática de conduta ilícita, de conduta criminosa”, se a simples manifestação sobre a descriminalização da maconha tivesse o potencial de abalar a segurança pública.

É evidente, no entanto, que a proibição não é *necessária*, tendo em vista a existência de meios menos gravosos e igualmente eficazes para assegurar o fim almejado. No lugar da proibição, a Prefeitura e a Secretaria de Segurança Pública poderiam ter sido avisadas para acompanhar a “Marcha” e somente intervir no caso de eventual uso de substâncias ilícitas ou de outros atos ilícitos igualmente condenáveis.

A paz pública seria, assim, assegurada sem limitar os direitos, constitucionalmente garantidos, à liberdade de reunião e de livre manifestação do pensamento.

É inegável que a tolerância política, pressuposto de qualquer democracia, é valor mais importante a ser assegurado do que a repressão de hipotética e questionável “prática de conduta ilícita”, especialmente se nada existe que indique a sua ocorrência.

Logo, a proibição da “Marcha” é contrária à ordem constitucional vigente, pois limita, de forma desproporcional, o direito à liberdade de expressão.

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL enfrentou conflitos envolvendo o direito à liberdade de expressão, assegurando, sempre, o direito de manifestação pacífica de crítica a políticas do governo, por servir como proteção da autodeterminação democrática da comunidade política e da preservação da soberania popular.

Vejamos.

Em 2003, o Ministério Público Militar denunciou 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”.

A Suprema Corte trancou a ação penal movida contra JERMIR PINTO DE MELO, sob o fundamento de que “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 nº 83.125/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 16/09/2003).

É no mesmo sentido a decisão do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL na Ação Direta de Inconstitucionalidade² dirigida contra o Decreto nº 20.098, de 15.03.99, que proibiu a utilização de carros, aparelhos e objetos sonoros nas manifestações públicas a serem realizadas na Praça dos Três Poderes, na Esplanada dos Ministérios e na Praça do Buriti, em Brasília.

Foi declarada a inconstitucionalidade do Decreto, por violar os direitos à liberdade de reunião e de expressão do pensamento:

² ADI 1969/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, data do julgamento: 28/06/2007, Tribunal Pleno

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO 20.098/99, DO DISTRITO FEDERAL. LIBERDADE DE REUNIÃO E DE MANIFESTAÇÃO PÚBLICA. LIMITAÇÕES. OFENSA AO ART. 5º, XVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

I. A liberdade de reunião e de associação para fins lícitos constitui uma das mais importantes conquistas da civilização, enquanto fundamento das modernas democracias políticas.

II. A restrição ao direito de reunião estabelecida pelo Decreto distrital 20.098/99, a toda evidência, mostra-se inadequada, desnecessária e desproporcional quando confrontada com a vontade da Constituição (*Wille zur Verfassung*).

III. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do Decreto distrital 20.098/99.”

Na mesma esteira da jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, é importante lembrar o notório processo de imputação de apologia ao crime de tráfico de entorpecentes contra o *rapper* MV Bill³, cujo caso tem evidentes similitudes com a proibição da “Marcha”.

A polícia carioca instaurou Inquérito Policial contra ALEX PEREIRA BARBOSA (MV Bill), pela produção e protagonismo no videoclipe “Soldado do Morro”, no qual são utilizadas imagens de traficantes armados.

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.**

No mesmo sentido dessas decisões, a conduta dos Pacientes é exercício legítimo de direitos constitucionalmente assegurados: liberdade de reunião e de expressão do pensamento.

³ O caso está relatado no livro: Falcão Mulheres e o Tráfico. São Paulo: Objetiva, 2007, p. 255-261.

A proibição, baseada na premissa de que os integrantes da “Marcha” estariam praticando crime de incitação ou apologia, não se justifica no atual estágio de desenvolvimento da democracia brasileira.

Basta lembrar que nas recentes discussões sobre a liberação de pesquisas com células-tronco embrionárias ou sobre a interrupção da gestação de fetos anencéfalos, diversos grupos valeram-se da oportunidade para se manifestarem em prol da legalização do aborto.

Aborto que ainda é crime previsto pelo Código Penal.

Mas isso não impede – e não impediu – que cidadãos comuns, médicos, juristas e grupos de mulheres organizassem manifestações públicas pedindo a descriminalização do aborto, tal qual pretendem os integrantes da “Marcha”: fomentar a discussão sobre a revisão de um texto legal. É apenas isso.

Da mesma maneira, não é incomum que pessoas manifestem-se, até por meio da imprensa, em favor da pena de morte, que é constitucionalmente vedada em nosso país. Nem por isso, aqueles que defendem a instituição da pena capital são acusados de incitação ao crime de homicídio ou ofensa à Constituição Federal.

Tanto uns, como outros, apenas exercem o direito fundamental de se expressar livremente.

Numa sociedade plural e democrática, é razoável aceitar a repulsa de alguns à idéia de descriminalização da maconha.

Nunca é demais lembrar que, em tempos passados, a abolição da escravidão, a criminalização do racismo ou a descriminalização do adultério já foram idéias que também chocaram o senso comum dos cidadãos da época.

Muitos se mobilizaram contra a escravidão, contra o racismo e em prol de um tratamento jurídico mais apropriado aos problemas familiares. Não fossem por aquelas mobilizações, ou pior, fossem elas proibidas, nossa sociedade não teria evoluído.

Tanto é legítima, necessária e bem vinda a opinião daqueles que não aceitam os motivos da “Marcha”, quanto é relevante e imprescindível à construção de uma sociedade plural, na qual os jovens que queiram marchar e apenas marchar pacificamente para expressar o anseio de reformar a legislação de drogas possam fazê-lo, sem obstrução de qualquer espécie.

5. Não configuração do delito de incitação ao crime. Ausência de tipicidade.

Não há, no movimento mundial de debate sobre as políticas públicas de descriminalização da maconha, qualquer espécie de enaltecimento, defesa ou justificativa do porte para consumo ou do tráfico de drogas ilícitas.

A todo momento, os organizadores da “Marcha” deixaram claro que o objetivo das manifestações é o de pautar importante - e necessário - debate acerca das políticas públicas e dos efeitos do proibicionismo:

“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” (*press release* do evento, (doc. nº 16).

Além disso, em todo o material divulgado havia indicação expressa para que não fosse consumido nenhum tipo de substância tóxica ilícita (doc. nº 17).

Para que a conduta dos organizadores da “Marcha” fosse crime, seria necessário defender, justificar, elogiar ou enaltecer publicamente o fato criminoso ou o autor do crime.⁴

Nas palavras de MAGALHÃES NORONHA:

“(...) 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 (...)”⁵.

Nesse sentido, há importante acórdão do TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO:

“HABEAS CORPUS - PRISÃO PREVENTIVA - MEDIDA DE EXCEÇÃO - SINDICATO - INTERFERÊNCIA DO ESTADO - INCITAÇÃO À LUTA - ESTELIONATO - INSTRUÇÃO CRIMINAL

.....
Num Estado democrático de direito, qualquer cidadão pode reclamar providências das autoridades contra as invasões de

4 Alberto Silva Franco e Rui Stocco. Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, 8. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 1.348.

5 Direito Penal: Parte Especial, vol. 4, 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p.85

terras, não constituindo por isso, absolutamente, incitamento à luta de classes, à vingança privada.

O pretense ‘ânimo beligerante’ das manifestações do paciente – pelo menos ao que se depreende de suas declarações inseridas em matéria de um certo “Jornal liberal”, que acompanha a peça vestibular – absolutamente não é mais forte do que tantos outros pronunciamentos veiculados todos os dias pela grande imprensa nacional, a propósito dos mais variados assuntos (alguns até, esses sim intoleráveis, perpetrados por importantes figuras do cenário político). De todo modo, **reclamar providências das autoridades contra as invasões de terra – mesmo apontando a inoperância de algum juiz ou promotor de justiça – nada mais é do que direito inalienável de qualquer cidadão. Isso de modo nenhum constitui incitamento à luta de classes, à vingança privada, ao exercício arbitrário das próprias razões, nem põe em risco a ordem pública.** Ao contrário, é legítimo exercício de elementar prerrogativa da cidadania, num Estado Democrático de Direito”

(TRF 4ª Região – HC 1999.04.01.053413-8, Rel. Amir José Finocchiaro Sarti – j. 03.08.1999 – RTFR 4ª Região 35/234).

Situação diversa da manifestação pública - e pacífica - de críticas a políticas públicas do governo é o incentivo à desobediência de ordem legal ou a verdadeira incitação à prática de violência:

“Caracteriza o delito de incitação ao crime, previsto no art. 286 do CP, a conduta do agente que, **publicamente, incita moradores a desobedecerem ordem legal de desocupação se imóvel objeto de invasão, incentivando a agredirem os policiais,** mediante o uso de paus e pedras, de molde a impedir que os agentes públicos executassem o ato”

(TJDF AC. 19.788/99, Rel. Des. Joazil M. Gardés, j. 02.03.2000, RT 779/621).

“Narra a denúncia que, no dia 27 de dezembro de 1998, próximo à Danceteria Remix, na Cidade de Mercês, os apelantes, juntamente com três outros denunciados que foram absolvidos, unidos pelo mesmo liame psicológico, **incitaram publicamente um grupo aproximado de vinte pessoas a causarem ofensas físicas em pessoas originárias da vizinha Cidade de Rio Pomba, bem como os funcionários do referido estabelecimento comercial, mediante emprego de violência e ameaças**, que culminaram com a destruição de telhas, arrancamento de placa de identificação, quebra de elementos de iluminação e fios elétricos caídos ao solo da danceteria aludida.

.....
De fato, revela a prova que, na tentativa de lincharem Antônio Simeão, Luiz Carlos, a quem as testemunhas se referem como "Cal", incitou os presentes à prática de crime, conclamando-os a participarem do desiderato criminoso, atividade da qual tomou frente, liderando o grupo. No transcorrer dessa tentativa, o segundo apelante, Nelson, danificou o veículo de propriedade do município, que servia ao transporte dos militares, os quais, no momento, envidavam esforços para retirar do local, preso, Antônio Simeão, que tinha esfaqueado a vítima Jair (...)

(TJMG, AC 2.0000.00.354299-4/000, Rel. Des. Eli Lucas de Mendonça, Data da publicação 18/6/2002).

Se a crítica constituísse delito, incorreriam em crime os Magistrados que, desde a vigência da Lei 6.368/76, declaram publicamente a

inconstitucionalidade da proibição do uso⁶, os políticos que atuam no sentido da descriminalização⁷, os artistas que se manifestam favoráveis à liberalização

6 Neste sentido, exemplificativamente: “Penal. Art. 16 da lei 6368/76. Ausência de lesão a bem JURÍDICO penalmente relevante. Inconstitucionalidade. A lei anti-tóxicos 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.)

7 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 reger 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).

e os inúmeros autores que sustentam a ilegitimidade da intervenção estatal na esfera de privacidade e da vida íntima.⁸

Da mesma forma, poderíamos chegar ao absurdo de incriminar, inclusive, o Magistrado de primeiro grau que autorizou a “Marcha da Maconha” em São Paulo, o Magistrado que deferiu a medida liminar em

8 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; 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; 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; 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; 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; 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; 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; TORON, Alberto Zacharias. A Proteção Constitucional da Intimidade e o art. 16 da Lei de Tóxicos. in Livro

habeas corpus para assegurar aos participantes da “Marcha” o direito de livre expressão sem serem presos, em Porto Alegre (doc. nº 18) e o comando da Polícia Militar carioca que designou Policiais Militares para, no dia 06.05.08, garantir a realização da “Marcha” na Praia de Ipanema (reportagem do Jornal da Mídia intitulada: “‘*Marcha da Maconha*’ tem *Proteção Especial da PM*”, (doc. nº 19).

Dessa forma, como a conduta dos Pacientes não configura o delito de incitação ao crime, a ameaça à proibição da “Marcha da Maconha” e a prisão de seus manifestantes, sob esse argumento, caracteriza iminente constrangimento ilegal.

6. O pedido liminar.

Os Pacientes fazem jus à tutela de urgência, conforme já demonstrado no corpo da impetração.

Requer-se a concessão de medida liminar para que seja ordenado por esse Egrégio Tribunal para assegurar aos Pacientes o direito de livre e pacífica expressão do pensamento, sem serem presos ou conduzidos coercitivamente pela imputação do delito de apologia de crime, desde logo evitando-se a os danosos efeitos da coação ilegal a que estão ameaçados.

Estão presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, apontando para a necessidade de se adotar a medida excepcional *ad cautelam*.

O bom direito decorre dos próprios argumentos detalhadamente expostos no corpo da impetração: a proibição da “Marcha” é medida que limita, de forma desproporcional, o direito à liberdade de expressão

e, além disso, a conduta dos Pacientes não configura o delito de incitação ao crime.

O perigo de perecimento do direito pelo decurso do tempo reside no fato de que, até o julgamento final deste *habeas corpus* os Pacientes arcarão com agressões a direitos que lhe são extremamente caros, inclusive o seu *status libertatis* e *dignitatis*, sem que a concessão da ordem, ao fim de tudo, reponha o quanto subtraído mediante injusta proibição.

7. Expedição de salvo-conduto.

Os impetrantes requerem seja deferida a medida liminar para expedição de salvo-conduto que assegure aos Pacientes o direito de livre e pacífica expressão do pensamento, sem serem presos ou conduzidos coercitivamente pela imputação do delito de apologia ao crime, sendo comunicado o MINISTÉRIO PÚBLICO e as autoridades de segurança pública do estado de São Paulo.

Em face do já mencionado histórico recente das reações formais das instituições judiciárias e policiais do país, é concreta a possibilidade de intervenção coativa em caso de ocorrerem manifestações, mesmo que pacíficas, de adesão ao movimento internacional antiproibicionista.

A ameaça concreta legitima as condições de cabimento da presente ação constitucional autônoma de liberdade.

* * *

Ante o exposto, os **INTEGRANTES DOS MOVIMENTOS EM FAVOR DA DESCRIMINALIZAÇÃO DA MACONHA** aguardam a concessão da medida liminar e, posteriormente, também da presente ordem de *habeas corpus*, expedindo-se salvo-conduto que assegure aos Pacientes o direito de livre e

pacífica expressão do pensamento, sem serem presos ou conduzidos coercitivamente pela imputação do delito de apologia de crime, sendo a decisão comunicada MINISTÉRIO PÚBLICO e as autoridades de segurança pública do estado de São Paulo, por serem medidas compatíveis com os ditames do nosso ordenamento jurídico.

São Paulo, 4 de fevereiro de 2009

Leonardo Sica

OAB/SP 146.104

Luisa Moraes Abreu Ferreira

OAB/SP 163.536 - E