



DESCRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Regina Célia Martinez¹
Fábio Gallinaro²

RESUMO: O presente artigo confronta a liberdade de expressão na sociedade da informação com as manifestações pela descriminalização do uso de substâncias psicoativas. Considerações são formuladas acerca da liberdade da manifestação do pensamento e liberdade de expressão, notadamente no que concerne à tutela constitucional. Tratou-se de analisar, ainda, possíveis incursões em infrações penais em contraposição à liberdade de expressão na sociedade da informação. O método qualitativo-dedutivo foi utilizado para a elaboração do artigo, por intermédio de pesquisas a obras bibliográficas e casuísticas, sendo encontrados possíveis obstáculos à plena exteriorização sobre a descriminalização das drogas.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos e Deveres Individuais e Coletivos. Liberdade de Pensamento. Liberdade de Expressão. Sociedade da informação. Descriminalização das Drogas.

DRUGS DECRIMINALIZATION IN THE INFORMATION SOCIETY

ABSTRACT: This article confronts freedom of expression in the information society with manifestations of the decriminalization of the use of psychoactive substances. Considerations are made about the freedom of expression of thought and freedom of expression, especially as regards constitutional tutelage. It also sought to analyze possible incursions in criminal offenses against freedom of expression in the information society. The qualitative-deductive method was used for the elaboration of the article, through research to bibliographical and casuistic works, being possible obstacles to the full exteriorization on the drugs decriminalization.

Keywords: Individual and Collective Rights and Duties. Freedom of Thought. Freedom of Expression. Information Society. Drugs Decriminalization.

¹ Mestre e Doutora em Direito. Advogada. Pesquisadora.

² Mestrando em Direito da Sociedade da informação das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Pós-graduado em Interesses Difusos e Coletivos pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. Pós-graduado em Direito Processual Penal pela Escola Paulista da Magistratura. Professor das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Professor da Escola Judicial do Servidor (EJUS). Assistente Jurídico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.



INTRODUÇÃO

Entre os direitos e garantias fundamentais, previstos na ordem constitucional, bem como em tratados internacionais, é possível afirmar que a liberdade se afigura com um dos principais. A sociedade pós-moderna não tem mais espaço para governos opressores, que vedam a liberdade de manifestação do pensamento, que restringem a imprensa ou que impedem seus cidadãos de se expressarem livremente, seja por intermédio da arte, da intelectualidade ou da cultura.

Nesse passo, o Estado só poderia intervir contra a liberdade de expressão em hipóteses excepcionabilíssimas e quando confrontada com outro direito fundamental, tendo em vista que nenhum indivíduo seria pleno e integral sem a possibilidade de expressar livremente suas ideias e opiniões.

No primeiro capítulo, será analisada a liberdade de manifestação do pensamento como direito fundamental e inerente do ser humano. No segundo capítulo, considerações serão formuladas sobre casuísticas acerca da liberdade de expressão pela descriminalização ao uso de drogas, relativamente ao movimento denominado *marcha da maconha*, que foi objeto de pronunciamento pelo Supremo Tribunal Federal. No terceiro capítulo, alterações serão externadas em relação às manifestações sobre descriminalização do uso de drogas na sociedade da informação, bem como sobre possível incursão em tipos penais que proíbem apologia ao crime ou ao criminoso.

1 – LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Entre os direitos inerentes do ser humano, é possível afirmar que a liberdade se afigura com um dos principais. Sem olvidar o direito à vida e à dignidade, que talvez sejam aqueles de maior importância e hierarquia, a liberdade do indivíduo é fundamental para o desenvolvimento e amadurecimento da sociedade.

Já nos primórdios do cristianismo, Paulo de Tarso, durante a terceira viagem relatada nos textos bíblicos, no final da sua estadia em Éfeso, escreve a sua primeira epístola aos coríntios³ e, dentre tantas assertivas, combate a imoralidade, estabelecendo no capítulo 6,

³ Corinto é citada no Novo Testamento da Bíblia como uma das cidades visitadas pelo apóstolo Paulo em suas viagens missionárias. De acordo com o livro dos Atos dos Apóstolos, Paulo, quando esteve nessa cidade, em sua segunda viagem missionária, estabeleceu, nela, uma igreja e, mais tarde, escreveu provavelmente quatro epístolas



versículo 12: “Tudo me é lícito, mas nem tudo convém. Tudo me é lícito, mas não me deixarei dominar por coisa alguma”.⁴ Assim, ensinava o Apóstolo dos Gentios que os seguidores do cristianismo poderiam falar e agir consoante o seu alvedrio, porém, advertia que nem todo comportamento era condizente com os ensinamentos da doutrina por eles seguida.

A sábia definição acima transcrita mostra que liberdade sem controle e discernimento pode constituir sinônimo de aprisionamento, diante de equívocos porventura cometidos em razão do mau uso dessa autonomia. Afinal, não há posições do mundo em que o homem pode gozar de uma liberdade absoluta, uma vez que necessitamos uns dos outros. Somente o eremita, no deserto ou na montanha, teria o condão de desfrutar de independência absoluta, pois, desde que haja dois homens juntos, eles têm direitos a respeitar e não têm mais, por conseguinte, liberdade sem restrições.

Importante considerar, ainda, que por duas vezes, Paulo de Tarso visitou a região da Galácia⁵, no início da segunda e da terceira viagens missionárias e, impedido de prosseguir viagem por causa de uma enfermidade, pregou ali o evangelho do Cristo durante alguns meses. Após deixar a região, sua autoridade de apóstolo passou a ser minada pelos judaizantes, judeu-cristãos que requeriam que os gentios seguissem leis mosaicas. Informado da grave ameaça para a fé cristã, Paulo escreve aos Gálatas uma epístola cheia de ira e paixão, provavelmente de Éfeso, por volta do ano 56 ou 57 d.C., recomendando, no capítulo 5, versículo 1: “É para a liberdade que Cristo nos libertou! Ficai, portanto, firmes e não vos curveis de novo sob o jugo da escravidão”⁶.

Observa-se, por conseguinte, que desde tempos remotos, é grande a preocupação do homem em relação à liberdade, como um corolário do desenvolvimento de suas faculdades anímicas e recônditas, compreendendo-se que a liberdade é, sem qualquer sombra de dúvidas, um dos temas mais intrigantes e controvertidos da ordem jurídica mundial. Cretella Jr (1997, p. 96), com muita propriedade, traz significativa definição sobre a *liberdade natural*, expondo que

aos cristãos dessa congregação cristã, dando-lhes vários conselhos pastorais. Dessas epístolas, apenas duas estão no cânon bíblico: a segunda (I Coríntios) e a quarta (II Coríntios). Disponível em: < <https://pt.wikipedia.org/wiki/Corinto>>. Acesso em: 16 fev. 17.

⁴ Bíblia Sagrada. 31.ed. Petrópolis: Vozes, 1995.

⁵ Nome de uma região da Anatólia central que abrangia Ancara e Çorum, na província de Yozgat da moderna Turquia. Ela recebeu este nome por causa dos imigrantes gauleses vindos da Trácia que se assentaram ali e formaram a classe dominante do século III a.C. em diante, logo depois da invasão gaulesa dos Balcãs em 279 a.C. Disponível em: < <https://pt.wikipedia.org/wiki/Gal%C3%A1cia>>. Acesso em: 16 fev. 17.

⁶ Bíblia Sagrada. 31.ed. Petrópolis: Vozes, 1995.



se trata da “possibilidade máxima de expansão física e intelectual do ser humano, faculdade de autodeterminação, que cada um tem de optar por este ou aquele comportamento”.

O homem, portanto, é possuidor da liberdade de pensar. Logo, tem igualmente a liberdade de agir. Sem o livre-arbítrio, o indivíduo seria tal como uma máquina, limitado em seus comandos e funcionamentos. Na infância da humanidade, o ser humano nada mais tinha do que instintos. Mais evoluído e intelectualizado, possui desejos e a possibilidade de escolha entre a emoção e a razão. Nessa direção, Cunha faz importante consideração sobre liberdade e livre-arbítrio:

A liberdade é no seu cerne, em grande medida, aquilo a que se costuma designar, num vocabulário mais teológico e filosófico, por livre-arbítrio. Não se trata de uma pura e simples indeterminação, e na capacidade mágica de fazer tudo o que a vontade e a imaginação ditam, ou o capricho pretenda [...]. A liberdade do Homem é precisamente feita de suas limitações naturais e das barreiras que a cada pessoa erguem os seus oponentes, pessoais ou naturais. A liberdade é precisamente, antes de mais, a capacidade, a possibilidade de escolher entre diversas vias sempre possíveis. Há sempre alternativas, e cada pessoa pode sempre escolher, decidir o seu destino (e o dos outros, na medida em que se imbricarem). (CUNHA, 2014, p. 83-84).

Noutro aspecto, relevante consideração há que ser feita em relação à liberdade do indivíduo em relação ao Estado, tema fulcral do presente estudo. A sociedade pós-moderna não tem mais espaço para governos opressores, que vedam a liberdade de manifestação do pensamento, que restringem a imprensa ou que impedem seus cidadãos de se expressarem livremente, seja por intermédio da arte, da intelectualidade ou da cultura. É com bastante acuidade que Canotilho discorre sobre o direito à liberdade e a intervenção estatal:

As liberdades estariam ligadas ao *status negativus* e através delas visa-se defender a esfera dos cidadãos perante a intervenção do Estado. Daí o nome de direitos de liberdade, *liberdades autonomia* e *diretos negativos*. Por sua vez, os direitos estariam ligados ao *status activus* ou ao *status positivus*. Os direitos ligados ao *status activus* salientam a participação do cidadão como elemento activo da vida política (direito de voto, direito aos cargos públicos) [...]. Direitos são ainda as posições jurídicas do cidadão conexas com o *status positivus*: trata-se dos direitos dos cidadãos às prestações necessárias ao desenvolvimento pleno da existência individual (CANOTILHO, 2003, p. 395-396).

Pode-se afirmar que a liberdade é pressuposto indispensável ao pleno exercício da cidadania, só podendo intervir o Estado em hipóteses excepcionalíssimas, de modo a impedir que outro direito, de igual importância, seja agredido ou violado. Em outras palavras, nenhum indivíduo seria pleno e integral sem a possibilidade de expressar livremente suas ideias e



opiniões e, como parte integrante da coletividade, manifestações convergentes sobre determinado assunto contribuem significativamente para o desenvolvimento de uma nação, com a quebra de paradigmas, sempre na busca do atendimento dos anseios sociais. Importante, igualmente, é a lição de Mendes e Branco:

O ser humano se forma no contato com o seu semelhante, mostrando-se a liberdade de se comunicar como condição relevante para a própria higidez psicossocial da pessoa. O direito de se comunicar livremente conecta-se com a característica da sociabilidade, essencial ao ser humano (MENDES; BRANCO, 2015, p. 264).

A Constituição Federal, em consonância com inúmeros tratados internacionais, dos quais o Brasil é signatário⁷, estabeleceu um capítulo reservado aos direitos e deveres individuais e coletivos, entre eles, a plena liberdade de manifestação do pensamento, bem como a proibição da censura em atividades de ordem intelectual, artística, científica ou de comunicação⁸ e, nesse diapasão, Cretella Jr bem sintetiza o pensamento da ordem constitucional em vigor:

Ora, a vida em sociedade impede as expansões individuais ou coletivas que ultrapassem determinados limites, fixados pelo Estado, cabendo, então, a este, um sistema de *limitações jurídicas* à liberdade, de todo aquele que, ao projetar-se, além do eu, afeta no exercício de direitos por parte de outro indivíduo ou da coletividade (CRETELLA JR., 1997, P. 96).

É cediço, por conseguinte, que o direito de expressão abrange toda mensagem e tudo que, de certa forma, seja um meio de comunicação, tais como juízos, propagandas, ideias e notícias sobre fatos. Entrementes, a liberdade de manifestação do pensamento não pode

⁷ É possível mencionar, a título de exemplificação, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, aprovado em 16 de dezembro de 1966, que assim dispõe, em seu artigo 19, item 1: “Ninguém poderá ser molestado por suas opiniões” e em seu item 2, estabelece que “Toda pessoa terá o direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, de forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 31 mai. 2017. A Convenção Americana de Direitos Humanos, por sua vez, subscrita durante a Conferência Especializada Interamericana de Direitos Humanos, em 22 de novembro de 1969, na cidade de San José da Costa Rica, dispõe, em seu artigo 13, item 1, que “Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 31 mai. 2017.

⁸ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;



abranger, por obvio, incitação ou apologia a fato criminoso, o que será melhor debatido em capítulo próprio.

2 – CASUÍSTICAS RELATIVAS À DESCRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS

Cumpra observar, de proêmio, que relativamente às formas de expressão de ideias e pensamentos, é intuitivo associar uma controvérsia suscitada pelo uso da palavra num discurso ao tema em testilha. Não é difícil imaginar, do mesmo modo, a liberdade de expressão exercitada por uma representação figurativa da realidade ou a projeção material de um estado anímico, quando, por exemplo, um artista pinta um quadro, compõe uma música ou fotografa um tema que lhe pareceu importante fixar.

Mas não são apenas essas as maneiras de expressão de ideias e de sentimentos que o ser humano dispõe na sociedade, tendo em vista que um comportamento, por si mesmo, constitui meio de comunicação, dando ensejo que se indague sobre a abrangência da garantia constitucional sobre essas hipóteses. Um simples agrupamento de pessoas, com objetivo comum, pode dar ensejo à expressão de ideias e pensamentos, sendo esse comportamento constitucionalmente tutelado como liberdade de reunião, mais precisamente no capítulo concernente aos direitos e deveres individuais e coletivos, alhures mencionado.⁹

Em importante caso, concernente à liberdade de expressão e de reunião, por decisão unânime, o Supremo Tribunal Federal liberou a realização dos eventos chamados *marcha da maconha*, que reuniu inúmeros manifestantes favoráveis à descriminalização da droga e, consoante entendimento firmado, os direitos constitucionais de reunião e de livre expressão do pensamento garantem a realização dessas marchas, ressaltando-se que a liberdade de expressão e de manifestação somente pode ser proibida quando for dirigida a incitar ou provocar ações ilegais e iminentes.

Pela decisão, tomada no julgamento da ADPF 187, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República, o artigo 287, do Código Penal¹⁰, deve ser interpretado conforme a Constituição de forma a não impedir manifestações públicas em defesa da legalização de drogas e, nos termos do voto do Ministro Relator Celso de Mello, o debate sobre a *abolitio criminis* não se confunde

⁹ XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente;

¹⁰ Art. 287 - Fazer, publicamente, apologia de fato criminoso ou de autor de crime.



com incitação à prática de delito nem se identifica com apologia de fato criminoso, discussão essa que deve ser realizada de forma racional, com respeito entre interlocutores e sem possibilidade legítima de repressão estatal, ainda que as ideias propostas possam ser consideradas, pela maioria, estranhas, insuportáveis, extravagantes, audaciosas ou inaceitáveis:

O princípio majoritário, que desempenha importante papel no processo decisório, não pode legitimar a supressão, a frustração ou a aniquilação de direitos fundamentais, como o livre exercício do direito de reunião e a prática legítima da liberdade de expressão, sob pena de comprometimento da concepção material de democracia constitucional.¹¹

O entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal não se constituiu uma inovação na seara jurídica, porquanto já vinha sendo adotado por correntes doutrinárias de importante cabedal do ordenamento jurídico pátrio, em especial, Delmanto:

Pode ocorrer que a conduta do agente esteja amparada por garantias constitucionais, como ocorre com as da liberdade de manifestação do pensamento (CR, art. 5º, IV) e da livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura ou licença (inciso IX), havendo um conflito aparente de normas com a proibição prevista no crime deste art. 287. O que o Direito Penal pune, evidentemente, são os *abusos* no exercício dessas liberdades. Dependendo do caso, **não haverá antijuridicidade ou ilicitude na conduta daquele que, por exemplo, no exercício legítimo da política, propugna pela descriminalização do aborto, do porte ilegal de droga para uso próprio e da eutanásia (DELMANTO, 2007, p. 714, grifo nosso).**

Demais disso, o tipo legal em apreço, com a redação original de 1940, estatuída com a edição do Código Penal, deve ser interpretado com cautela, tendo em vista que sua redação permite transformá-lo, na mão das autoridades, em instrumento de perseguição política, fazendo ressurgir, sob o fundamento de perturbação da ordem pública, os crimes de opinião, circunstância absolutamente odiosa e intolerável em um Estado Democrático de Direito.

De bom tom, outrossim, trazer à baila discussão que se encontra submetida à apreciação do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 635.659, ainda pendente de definitivo julgamento, em que se questiona a inconstitucionalidade do artigo 28, da Lei nº 11.343/06, pois o tema em debate traz a lume contraposições acerca da proteção a direitos fundamentais. De um lado, o direito coletivo à saúde e à segurança; de outra parte, o direito à intimidade e à vida privada.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 187**, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello. j. 15.06.2011. Disponível em: <<http://www.truenetm.com.br/jurisnet/sumusSTF.html>>. Acesso em: 27 dez. 2016.



Como é cediço, o principal argumento em favor da criminalização de condutas relacionadas ao consumo pessoal de drogas firma-se no dano em potencial que tais comportamentos refletem no meio social, colocando em risco a saúde e a segurança públicas. Portanto, muito cuidado deve ser tomado em relação à emissão de posicionamentos favoráveis sobre a descriminalização do uso de drogas, principalmente no que concerne à utilização de recursos tecnológicos, tais como aplicativos de mensagens instantâneas, redes sociais, entre outros, pois um número ilimitado de pessoas pode ser atingido, entre elas crianças e jovens que ainda não possuem maturidade suficiente para entabular uma produtiva discussão, como a que vem sendo tratada no recurso extraordinário supramencionado.

Nos termos do voto do Ministro Gilmar Mendes, Relator do caso em apreço, a criminalização do porte de drogas para uso pessoal tem sido objeto de acirradas discussões, caracterizadas por uma exacerbada polarização entre proibição e legalização. No entanto, chama a atenção o Relator que, em outros países, vem se multiplicando, com o apoio da Organização das Nações Unidas – ONU, a adoção de programas e de práticas que visam mitigar as consequências sociais negativas decorrentes do consumo de drogas psicoativas, legais ou ilegais, salientando que a essa prática tem se atribuído a denominação de *políticas de redução de danos e de prevenção de riscos*:

Quando se cogita, portanto, do deslocamento da política de drogas do campo penal para o da saúde pública, está se tratando, em última análise, da conjugação de processos de descriminalização com políticas de redução e de prevenção de danos, e não de legalização pura e simples de determinadas drogas, na linha dos atuais movimentos de legalização da maconha e de leis recentemente editadas no Uruguai e em alguns Estados americanos.¹²

Este sim é um debate digno de ser tratado com profundidade, utilizando-se todos os recursos tecnológicos necessários, a fim de cuidar da problemática relativa à descriminalização das drogas de maneira multidisciplinar, pois, realmente, não se trata de questão que deve ser cuidada, única e exclusivamente, na órbita do Direito Penal. De bom tom consignar, que é indispensável incentivo ao tratamento médico para se eliminar os efeitos deletérios das drogas no organismo do dependente químico. Além disso, o auxílio de um assistente social é de fundamental importância para se verificar o contexto familiar que muitas vezes é o incentivador da utilização de substâncias entorpecentes. Terapias e orientações psicológicas são

¹² Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>>. Acesso em 27 dez. 2016.



indispensáveis para quem busca o equilíbrio emocional e ainda de maior importância para quem pretende eliminar determinado vício que causa malefícios à saúde física e psíquica, sem olvidar, outrossim, o aspecto religioso, apregoado como fonte de segurança e sustentação aos revezes da vida.

3 – MANIFESTAÇÃO SOBRE DESCRIMINALIZAÇÃO DO USO DE DROGAS NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Como já visto, a liberdade de expressão e manifestação do pensamento é um dos direitos fundamentais de maior importância consagrado na Carta Magna, que também possui reflexos e abrangência na sociedade da informação, mas que não está isento de algumas limitações, sobretudo quando se choca com outro direito de semelhante importância, como discorre Farias, com bastante propriedade, sobre a colisão de direitos na ordem constitucional:

A colisão dos direitos fundamentais pode suceder de duas maneiras: (1) o exercício de um direito fundamental colide com o exercício de outro direito fundamental (colisão entre os próprios direitos fundamentais); (2) o exercício de um direito fundamental colide com a necessidade de preservação de um bem coletivo ou do Estado protegido constitucionalmente (colisão entre os direitos fundamentais e outros valores constitucionais) (FARIAS, 2000, p.116).

O artigo 13, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, alhures mencionada, ao assegurar a liberdade de pensamento e de expressão, estabelece que a lei deve proibir qualquer tipo de apologia ou incitação ao crime e à violência¹³, enquanto que o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, em seu artigo 19, § 3º, item 2, restringe o direito à liberdade de expressão quando houver necessidade de “proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas”.

O direito à reunião, por sua vez, igualmente tutelado pela Constituição Federal¹⁴, ganha interessante contorno em relação à sociedade informacional, sobretudo porque a conclamação de partidários é facilitada com o crescente desenvolvimento das redes sociais.

¹³ Artigo 13. Liberdade de Pensamento e de Expressão. 5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

¹⁴ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente;



Fiorillo e Conte (2013, p.70) bem apontam que “Esses mecanismos têm servido para angariar adeptos, bem como para a articulação de ideias voltadas para movimentos sociais”, fazendo significativas incursões sobre como a *Internet* e as redes sociais fortalecem o compartilhamento de informações entre pessoas que comungam do mesmo pensamento.

Notadamente em relação ao tema em debate, a liberdade de expressão, embora constitucionalmente consagrada, encontra limitação no que diz respeito aos crimes contra a paz pública, estatuídos nos artigos 286 e 287, ambos do Código Penal (incitação ao crime e apologia de crime ou de criminoso), cuja publicização das condutas, obviamente, pode se dar pelo meio informático.

Malgrado previsão da figura típica de incitação ao crime no artigo 286, do Código Penal, estabelecendo que estará incurso em suas disposições aquele que “incitar, publicamente, a prática de crime”, é costumeiro observar na sociedade da informação incitações explícitas a condutas delituosas, por intermédio de redes sociais e aplicativos de mensagens instantâneas. Crimes que causam repercussão e clamor social provocam manifestações e estímulos a linchamentos. Figuras públicas investigadas por corrupção, lavagem de dinheiro e outros delitos praticados contra o erário são escorraçadas através de meios tecnológicos, suportando ofensas de toda ordem, passíveis de macular a honra objetiva e subjetiva do indivíduo. Torcidas organizadas ajustam encontros, com o ignóbil desiderato de digladiarem-se, praticando, assim, o delito de rixa. O intitulado *rolezinho*¹⁵ conseguiu concentrar centenas de pessoas em locais públicos, em muitos casos com o escopo exclusivo da prática de furtos em comparsaria.

O mesmo pode acontecer com delitos ligados ao consumo de substância entorpecente, porquanto há grande preocupação, no campo da saúde pública, relativamente ao uso de drogas, sejam elas lícitas ou ilícitas, pois trazem malefícios irreversíveis ao indivíduo, oneram os serviços de saúde prestados pelo Estado, além de fomentarem a ocorrência de outros delitos, dolosos e culposos.

A Agência Brasil publicou que um em cada três brasileiros deixou de fumar depois que medidas que restringiram a propaganda de cigarros na televisão e em veículos de comunicação de massa entraram em vigor, consoante pesquisa da Organização Pan-Americana da Saúde (Opas) no lançamento da campanha intitulada “Tabaco: proíba publicidade,

¹⁵ *Rolezinho* (diminutivo de *rolê* ou *rolé*, gíria brasileira, significa “fazer um pequeno passeio” ou “dar uma volta”) é um neologismo para definir um tipo de *flash mob* ou coordenação de encontros simultâneos de centenas de pessoas em locais como praças, parques públicos e shopping centers. Os encontros são marcados pela internet, quase sempre por meio de redes sociais como o *Facebook*. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Rolezinho>>. Acesso em: 05 jan. 2016.



promoção e propaganda”, em atenção ao Dia Mundial sem Tabaco, comemorado em 31 de maio.¹⁶

Cumpra salientar, contudo, que liberdade de manifestação do pensamento não se confunde com incitação ao crime, figura típica prevista no artigo 286, do Código Penal, pois, como ensina Cretella Jr (Op. cit. p.205), aliás em conceituação irreprochável, *pensamento manifestado* ou *transitivado* “é o que se projeta da mente do sujeito para o mundo dos homens. A *manifestação do pensamento* pela palavra oral ou escrita é uma das *liberdades públicas* supremas do ser humano”. *Incitar*, por sua vez, tem o significado de estimular, instigar, induzir etc. É indispensável, para a consubstanciação do delito, que a incitação seja levada a efeito publicamente, gerando risco à paz social.

Imperioso consignar, ainda, que o delito pode ser praticado de modos diversos. Logo, poderá a incitação pública ocorrer não somente por intermédio das palavras pronunciadas pelo agente, como também por escritos, notadamente aqueles divulgados através dos inúmeros recursos tecnológicos atualmente existentes. Fragoso cuida desse pormenor de maneira bastante ilustrativa, que bem demonstra a possibilidade da prática delituosa em comento na sociedade da informação:

O crime pode ser praticado por qualquer meio idôneo de transmissão do pensamento (palavra, escrito ou gesto). Não bastará, porém, uma palavra isolada ou uma frase destacada de um discurso ou de um escrito, que deve ser considerado no seu sentido global. A incitação deve referir-se à prática de um *crime* (fato previsto pela lei penal vigente como crime) e não mera contravenção, sendo irrelevante que se trate de delito de ação pública ou privada, ou que seja o agente impunível nas circunstâncias. É indispensável, todavia, que se trate de um fato delituoso *determinado* (e não de instigação genérica a delinquir). Por fato determinado entende-se, por exemplo, um certo homicídio ou um certo roubo, e não roubos ou homicídios *in genere* (FRAGOSO, op. cit. p.275).

É despicienda a efetiva prática do delito pelas pessoas que foram incitadas, porquanto se trata de infração penal de perigo comum e abstrato, malgrado a existência de divergências doutrinárias a esse respeito. Em outras palavras, enquanto alguns entendem que basta a pronúncia de expressões incentivadoras à conduta delituosa para a consubstanciação da apologia ao crime, outros asseveram ser indispensável que incitação deve provocar a efetiva prática de infrações penais para o seu aperfeiçoamento, sendo mais acertado, porém, o primeiro

¹⁶ Disponível em <<http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2013-05-28/restricao-de-propaganda-de-cigarro-levou-33-dos-brasileiros-deixarem-de-fumar-diz-pesquisa>>. Acesso em: 05 jan. 2016.



posicionamento, pois o que é tutelado pelo tipo penal incriminador é o perigo que a incitação provoca perante a sociedade.

É incontestável que discussões coerentes e produtivas sobre a descriminalização das drogas, como aquela tratada no recurso extraordinário alhures mencionado, e quaisquer outras entabuladas por intermédio de recursos tecnológicos, estão longe de constituir o delito de incitação ao crime, previsto no artigo 286, do Código Penal, porquanto não presente o desiderato específico de estimular ou incitar uma conduta delituosa.

Devemos atentar, contudo, que o induzimento e a instigação pública de pessoas ao consumo de substâncias e entorpecentes, principalmente crianças e jovens, são condutas que devem ser repudiadas. Mesmo que se entenda o Direito Penal como a *ultima ratio*, incapaz de ingressar nessa seara com suas normas incriminadoras e punitivas, é indispensável que, no âmbito administrativo, medidas esclarecedoras e eficazes sejam tomadas, como se viu em tantas campanhas lançadas contra o consumo de tabaco, tais como a vedação de propaganda e a proibição de fumar em locais fechados, medidas instituídas pela Lei Federal nº 12.546, de 14 de dezembro de 2011, que alterou dispositivos da Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, mais especificamente no que concerne à redação dos artigos 2º e 3º.¹⁷

Outra consideração há que ser feita, agora sobre o delito capitulado no artigo 287, do Código Penal, sendo necessária, primeiramente, uma distinção entre fazer apologia ao crime e expressar livremente seu pensamento e sua opinião e, nesse aspecto, a lição de Fragoso é indispensável:

Fazer apologia, no sentido em que a ação é prevista pela lei penal, é defender, justificar, exaltar, aprovar ou elogiar, de maneira perigosa, isto é, de forma que constitua incentivo indireto ou implícito à repetição da ação delituosa. Não será bastante, portanto, a simples manifestação de solidariedade, defesa ou apreciação favorável, ainda que veemente, não sendo punível a mera opinião. Apologia não é *defesa* (FRAGOSO, 1984, p. 278).

¹⁷ Art. 2º. É proibido o uso de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, em recinto coletivo fechado, privado ou público. § 1º Incluem-se nas disposições deste artigo as repartições públicas, os hospitais e postos de saúde, as salas de aula, as bibliotecas, os recintos de trabalho coletivo e as salas de teatro e cinema. § 2º É vedado o uso dos produtos mencionados no *caput* nas aeronaves e veículos de transporte coletivo. § 3º Considera-se recinto coletivo o local fechado, de acesso público, destinado a permanente utilização simultânea por várias pessoas.

Art. 3º. É vedada, em todo o território nacional, a propaganda comercial de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, com exceção apenas da exposição dos referidos produtos nos locais de vendas, desde que acompanhada das cláusulas de advertência a que se referem os §§ 2o, 3o e 4o deste artigo e da respectiva tabela de preços, que deve incluir o preço mínimo de venda no varejo de cigarros classificados no código 2402.20.00 da Tipi, vigente à época, conforme estabelecido pelo Poder Executivo.



No mesmo sentido é o escólio de Estefam (2015, p.65), ao enfatizar que “A conduta nuclear radica-se no ato de *fazer apologia*, isto é, enaltecer com vigor, exaltar enfaticamente, tecer elogios rasgados, louvar com entusiasmo”, sabendo destacar que a figura típica de apologia ao crime ou criminoso tem o desiderato de proteger a paz pública, isto é, o sentimento de tranquilidade e segurança das pessoas indistintamente consideradas.

Sob esse prisma, parece escorreito que meros debates entabulados por intermédio de recursos tecnológicos (sites, redes sociais, aplicativos de troca de mensagens instantâneas etc.) visando proclamar a descriminalização do uso da maconha, por si só, não constitui ofensa ao bem jurídico tutelado ora em debate, mas se trata, tão somente, de uma forma de manifestação de pensamentos e ideias.

Há que prevalecer, dessa forma, a possibilidade de o indivíduo manifestar sua opinião sobre a descriminalização de uma conduta tipificada no ordenamento jurídico como crime, trazendo à baila argumentos e discussões que constituem a livre manifestação do pensamento sobre assunto que desagrade uma parcela considerável da sociedade, mas que em nenhum momento pode ser objeto de censura ou restrição.

Por tudo que se expôs, manifestações favoráveis à descriminalização das drogas na sociedade da informação, em hipótese alguma, podem ser enquadradas nos tipos penais de incitação ou apologia ao crime, face à garantia constitucionalmente prevista de livre expressão pensamento, que pode ser exercitada de diversas formas, inclusive por meios tecnológicos. Tais manifestações, contudo, encontram certas limitações, previstas na própria Constituição Federal de 1988, como, *verbi gratia*, a obrigatoriedade de informação sobre a natureza das diversões e dos espetáculos públicos, indicando faixa etária e horário¹⁸, ou então a restrição à publicidade de bebidas alcoólicas, tabacos, medicamentos e terapias¹⁹, filtros estes muitas vezes inexistentes na *Internet*, não se podendo olvidar a doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente,

¹⁸ Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 3º Compete à lei federal: I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada;

¹⁹ Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 4º. A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.



instituída pela Magna Carta²⁰ e reforçada em vários dispositivos legais da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente.

Em se tratando de sociedade da informação, cuidado especial deve ser tomado em relação ao conteúdo do que se é divulgado ou fomentado, pois hodiernamente, como alhures mencionado, os meios comunicacionais tem a capacidade de propagar conteúdos em velocidade bastante considerável, com o atingimento de um número indeterminado de pessoas, sem que haja, com a necessária segurança, uma regulamentação ou moderação de conteúdos inapropriados a crianças e adolescentes, que não possuem, no mais das vezes, sua capacidade intelectual e volitiva em absoluto desenvolvimento.

Fuller e Alcântara, discorrendo sobre Crimes e Direitos Humanos, fazem importante consideração acerca da realidade indissociável do instituto em comento com a sociedade da informação, sobretudo em razão da qualidade da informação gerada e o surgimento da criminalidade informática:

[...] o direito à liberdade de informar, expressar e comunicar ganhou novos delineamentos, a partir do momento no qual houve ampliação de suas formas de manifestações através da sociedade da informação. Tornou-se cada vez mais rápido e efetivo, reduzindo, incontestavelmente, as fronteiras territoriais (FULLER; ALCÂNTARA, 2017, p.83).

Menção há que ser feita ao autointitulado *Coletivo Marcha da Maconha Brasil*, grupo de indivíduos e instituições que trabalham de forma majoritariamente descentralizada, com um núcleo-central que atua na manutenção do sítio eletrônico *marchadamaconha.net* e do fórum de discussões a ele anexado. Aludido agrupamento reafirma que suas atividades não têm a intenção de fazer apologia à maconha ou ao seu uso, nem incentivar qualquer tipo de atividade criminosa, destacando que “as atividades do Coletivo respeitam não só o direito à livre manifestação de ideias e opiniões, mas também os limites legais desse e de outros direitos”²¹, o que se acha em plena consonância com os princípios constitucionais já exaustivamente mencionados e debatidos.

Segundo a *Carta de Princípios* constante no *blog* supramencionado, para atingir os seus objetivos, “a Marcha da Maconha Brasil atuará estritamente dentro da Constituição e das

²⁰ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

²¹ Disponível em: <<http://blog.marchadamaconha.net/>>. Acesso em: 29 dez. 2016.



leis. Não abrimos mão da liberdade de expressão, mas também não promovemos a desobediência a nenhuma lei”²², sendo este um exemplo interessante no sentido de que as manifestações sobre a descriminalização nas drogas podem ser livremente exercitadas, sem que haja desrespeito a outras garantias fundamentais, constitucionalmente previstas, e que não comportam incursão em tipos penais de condutas contra a paz pública.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, a manifestação do pensamento não deve sofrer restrições, em atenção ao que estabelece a própria Constituição Federal, inspirada em anteriores tratados internacionais, porquanto a plena liberdade da expressão civil na sociedade da informação constitui avanço social de um Estado Democrático de Direito que deve permitir ao cidadão expressar-se de todas as formas, sobretudo pelos meios de comunicação informáticos.

Constata-se, ainda, que a liberdade de reunião é outra garantia a ser preservada, observando-se que diante do avanço dos recursos tecnológicos, a união de pessoas pode ser dar em um ambiente absolutamente virtual, denominado ciberespaço, capaz de congrega um número ilimitado de indivíduos que convergem da mesma opinião e possuem identidade de propósitos na solução de uma contenda social.

É bem verdade que existem garantias individuais a serem preservadas, tais como a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. E nesse diapasão, a própria Carta Magna assegura o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação, mas cuidado especial deve ser levado em consideração sobre a divulgação do pensamento por intermédio da *Internet*, uma vez que as informações podem ser propagadas em velocidade instantânea, além de atingir expressivo número de pessoas.

De qualquer forma, a cautela e o discernimento devem regular os relacionamentos sociais, conforme muito bem preconizado no artigo 4º, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem”. Merece especial atenção a expressão grafada no tratado internacional, pois constitui um dos maiores ditames do bom convívio social, com o respeito aos interesses alheios e anseios da coletividade.

²² Disponível em: <<http://blog.marchadamaconha.net/carta-de-principios-da-marcha-da-maconha-brasil>>. Acesso em: 29 dez. 2016.



Prudência é a palavra que deve regular todas as relações sociais, sobretudo na sociedade da informação, tendo em vista que os indivíduos sentem-se mais à vontade de expressar ideias e opiniões através das redes sociais, mas se esquecem, muitas vezes, que suas manifestações são lidas e compartilhadas por um número indeterminado de pessoas, podendo haver difusão em larga escala de conceitos equivocados, capazes de incitar o uso de substâncias entorpecentes ou fazer apologia a condutas delituosas.

REFERÊNCIAS

BÍBLIA SAGRADA. 31.ed. Petrópolis: Vozes, 1995.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 53. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 23 abr. 2017.

_____. **Lei nº 12.546, de 14 de dezembro de 2011**. Institui o Regime Especial de Reintegração de Valores Tributários para as Empresas Exportadoras (Reintegra); dispõe sobre a redução do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) à indústria automotiva; altera a incidência das contribuições previdenciárias devidas pelas empresas que menciona; altera as Leis nº 11.774, de 17 de setembro de 2008, nº 11.033, de 21 de dezembro de 2004, nº 11.196, de 21 de novembro de 2005, nº 10.865, de 30 de abril de 2004, nº 11.508, de 20 de julho de 2007, nº 7.291, de 19 de dezembro de 1984, nº 11.491, de 20 de junho de 2007, nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, e nº 9.294, de 15 de julho de 1996, e a Medida Provisória nº 2.199-14, de 24 de agosto de 2001; revoga o art. 1º da Lei nº 11.529, de 22 de outubro de 2007, e o art. 6º do Decreto-Lei nº 1.593, de 21 de dezembro de 1977, nos termos que especifica; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12546.htm>. Acesso em: 23 abr. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 187**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5956195>>. Acesso em: 24 abr. 2017.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CRETELLA JR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Política Mínima. Manual de Ciências Política**. Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2014.



DELMANTO, Celso *et al.* **Código Penal Comentado**. 7.ed. São Paulo: Renovar, 2007.

ESTEFAM, André. **Direito Penal – Parte Especial – v. IV**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. 2.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; CONTE, Christiany Pegorari. **Crimes no Meio Ambiente Digital**. São Paulo: Saraiva, 2013.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal – Parte Especial – v. II**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

FULLER, Greice Patrícia; ALCÂNTARA, Eduardo Sorrentino. Crimes e Direitos Humanos: uma realidade indissociável na sociedade da informação. Martini, Sandra Regina; Cavalcanti, Ana Elizabeth Lapa Wanderley (coords.). **Movimento entre os Saberes. A Transdisciplinariedade e o Direito**. Porto Alegre: Evangraf, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.