

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

THAYSE GÖEDERT PAULI

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 287 DO
CÓDIGO PENAL – UMA ANÁLISE SOB O VIÉS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO**

Florianópolis

2016

THAYSE GÖEDERT PAULI

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 287 DO
CÓDIGO PENAL – UMA ANÁLISE SOB O VIÉS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. João dos Passos Martins Neto

Florianópolis


2016

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

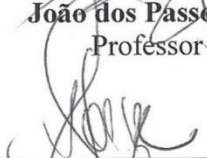
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “**A Inconstitucionalidade do crime previsto no art. 287 do Código Penal – Uma análise sob o viés da Liberdade de Expressão**”, elaborado pela acadêmica **Thayse Goedert Pauli**, defendido em 30/11/2016 e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (DEZ), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

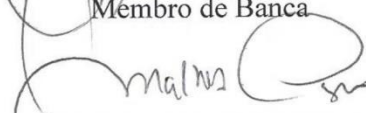
Florianópolis, 30 de Novembro de 2016



João dos Passos Martins Neto
Professor Orientador



Marcel Soares de Souza
Membro de Banca



Matheus Felipe de Castro
Membro de Banca



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluna: Thayse Göedert Pauli
RG: 4.653.453
CPF: 062.223.719-57
Matrícula: 12100138
Título do TCC: A Inconstitucionalidade do crime previsto no art. 287 do Código Penal – Uma análise sob o viés da Liberdade de Expressão
Orientador: João dos Passos Martins Neto

Eu, Thayse Göedert Pauli acima qualificada; venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido.

Florianópolis, 30 de novembro de 2016

Thayse Göedert Pauli

THAYSE GÖEDERT PAULI

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço aos meus pais Tânia e João, que sempre colocaram meus estudos como prioridade e que muitas vezes deixaram seus próprios interesses de lado para que eu pudesse ter acesso a uma educação de qualidade e me graduar em uma universidade de excelência. Isso tudo é por causa de vocês e para vocês.

A todos os colegas com os quais compartilhei essa trajetória acadêmica, cujo convívio possibilitou travar contato com novas perspectivas e vivências, transformando esses cinco anos de universidade em um período único e incrível na minha vida. Em especial, agradeço ao amigo Lucas Selézio de Souza, que, apesar de ter desistido do curso na 6ª fase, foi o melhor amigo que eu poderia ter feito e que com toda certeza levarei para sempre.

A todos os meus chefes e companheiros de estágio, principalmente os integrantes de Coordenadoria de Recursos Cíveis no Ministério Público de Santa Catarina, por todo o apoio e aprendizado durante este ano.

Ao professor João dos Passos Martins Neto que, por também ter cursado Jornalismo na UFSC, despertou em mim a vontade de pesquisar sobre liberdade de expressão, aceitando ser meu orientador nesse trabalho e me ajudando imensamente sempre que precisei.

Por fim, a todos os professores que tive durante a graduação, os quais me fizeram pensar diferente, duvidar e questionar aquilo que havia aprendido anteriormente.

Costuma-se opor à liberdade de expressão dos desenhistas do Charlie Hebdo outro argumento: por causa da magia das redes sociais, o que vocês desenharam nesse seu semanário que vende uns três exemplares na França será visto por milhões de internautas mulçumanos. O bater de asas de uma chargezinha aqui pode desencadear uma tempestade de ódio do outro lado do mundo...

Hoje em dia, ao se expressar, a pessoa precisa ter em mente que, quer queira ou não, está se dirigindo a todo o planeta. É preciso ser prudente. É preciso ser responsável.

(Stéphane Charbonnier, diretor do Charlie Hebdo, em seu manifesto póstumo “Carta aos Escroques da Islamofobia que Fazem o Jogo dos Racistas”).

RESUMO

PAULI, Thayse Goedert. **A Inconstitucionalidade do Crime Previsto no Artigo 287 do Código Penal – Uma Análise sob o Viés da Liberdade de Expressão**. 2016. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito – Áreas: Direito Penal e Direito Constitucional) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Florianópolis.

O presente trabalho tem por objetivo estudar eventual não recepção do delito de apologia ao crime ou ao criminoso pela Constituição de 1988, em função da ampla proteção assegurada à liberdade de expressão. Apresenta-se, inicialmente, a evolução histórica, o conceito, o conteúdo e os fundamentos do direito à livre expressão. Após, trata-se especificamente do crime previsto no art. 287 do Código Penal, ocupando-se de sua adequação típica e do bem jurídico tutelado, a partir de interpretação atual da melhor doutrina. Em seguida, analisam-se as possibilidades de restrição da liberdade de expressão e decisões do Supremo Tribunal relacionadas ao tema, a fim de avaliar se o referido tipo penal é inconstitucional.

Palavras-chave: Liberdade de Expressão. Apologia de Crime ou Fato Criminoso. Limites à Liberdade de Expressão. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

This monograph aims to analyze the potential non-reception of the offence on “apology to crime or to the offender” under the Constitution of 1988, according to the broad protection assured to the freedom of speech. Firstly, it is introduced an historic evolution, the concept, the matter and the fundamentals to the right to freedom of speech. It follows a specific analysis of the crime prescribed on the art. 287 of the Penal Code, concerning its elements as well as the legal interest protected under the interpretation of the best current doctrine. Finally, in order to measure if the mentioned offence is unconstitutional, it is studied the possible limitations to the freedom of speech and the rulings of the Supreme Court concerning the matter.

Keywords: Freedom of speech, to crime or to the offender, limitations to the freedom of speech, unconstitutionality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 HISTÓRICO, CONTEÚDO E FUNDAMENTOS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO	13
1.1 A Liberdade	13
1.2 Direitos Fundamentais	17
1.3 A Liberdade de Expressão	21
1.3.1 Evolução Constitucional Brasileira	26
1.3.2 Proteção no Âmbito Internacional	27
1.3.3 Fundamentos da Proteção da Liberdade de Expressão	30
2 APOLOGIA DE CRIME OU CRIMINOSO	34
2.1 Adequação Típica	36
2.1.1 Tipo Objetivo	36
2.1.2 Tipo Subjetivo	42
2.2 Bem Jurídico Tutelado	43
2.2.1 O Conceito de Bem Jurídico Penalmente Tutelado	43
2.2.2 A Paz Pública	46
2.2.3 A Paz Pública e a Punição de Atos Preparatórios	48
3 ASPECTOS PENAIS E CONSTITUCIONAIS DA APOLOGIA DE CRIME OU CRIMINOSO	51
3.1 Restringibilidade da Liberdade de Expressão	51
3.1.1 Proibição da Censura	53
3.2 O Posicionamento do STF – Análise da Decisão da ADPF 187/DF e da ADI 4.274	55
3.3 A Criminalização da Manifestação do Pensamento	59
3.3.1 A Inconstitucionalidade da Apologia de Crime ou Criminoso	57
3.3.2 Aspectos Penais da Apologia de Crime ou Criminoso	65
3.3.2.1 Da Punição de um Ato Preparatório	65
3.3.2.2 Da Possível Inexistência de Crime	67
CONSIDERAÇÕES FINAIS	70
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	75

INTRODUÇÃO

Nos idos tempos de ditadura militar, período compreendido entre 1964 e 1988, com a edição do Ato Institucional nº 5 (AI-5) houve a institucionalização da censura, a qual recaía sobre as manifestações consideradas perigosas ou ofensivas aos interesses do Governo. Tais restrições, diante do seu caráter manifestamente arbitrário e abusivo, geraram as mais diversas reações contrárias por parte da população.

Após a redemocratização e a promulgação da Constituição da 1988, a liberdade de expressão, prevista como um direito fundamental, passou a dispor de uma posição privilegiada no ordenamento jurídico nacional, em virtude do seu papel de suma importância para a promoção de uma sociedade plural e democrática, na qual o cidadão se desenvolve completamente ao poder manifestar suas opiniões – inclusive aquelas consideradas esdrúxulas pela sociedade.

Com efeito, por maior que seja a abrangência conferida a esse direito, em nenhum sistema legal a liberdade de expressão compreende todo e qualquer ato de comunicação, de forma que tal direito não é absoluto. Existem algumas situações, como o delito de calúnia, previsto no artigo 138 do Código Penal, em que o sujeito ativo imputa falsamente um fato definido como crime a outrem, que é evidente não ser tutelável pela liberdade de expressão, razão pela qual é difícil de se verificar alguma polêmica quanto à existência de alguma incompatibilidade entre o direito penal e a previsão constitucional.

Entretanto, em alguns casos, não é tão simples de afirmar se um delito está excluído da esfera de proteção à liberdade de expressão constitucionalmente assegurada ou não, de forma a ser inconstitucional a tipificação de tais condutas. A partir dessa premissa, este estudo pretende analisar o crime de apologia ao crime ou ao fato criminoso, tipificado pelo art. 287 do Código Penal e a possibilidade de não ter sido recepcionado pela Constituição de 1988, justamente por estar no âmbito de proteção da liberdade de expressão e poder até, em casos extremos, servir de instrumento para o Estado censurar aquelas comunicações consideradas contrárias aos seus interesses.

Há uma grande discussão em voga sobre esse tipo penal, especialmente após episódios como o julgamento da ADPF n. 187 pelo Supremo Tribunal Federal, sobre a realização da “Marcha da Maconha” e a possível ofensa aos direitos fundamentais de liberdade de expressão e reunião, além de episódios como a instauração pelo Conselho de Ética da Câmara dos Deputados de processo contra o Deputado Jair Bolsonaro por

apologia à tortura. Isso porque, em 2016, no dia da votação do impeachment na Câmara, na frente de todos os seus colegas e ao vivo na televisão aberta, Bolsonaro votou a favor da destituição da Presidente, “pela memória do coronel Carlos Alberto Brilhante Ustra, o pavor de Dilma Rousseff”. Além disso, o mesmo deputado é réu no Supremo Tribunal Federal num outro caso envolvendo a também deputada Maria do Rosário, por incitação ao estupro, pois em 2014, afirmou que ela não merecia ser estuprada porque a considerava “muito feia” e porque “não fazia seu tipo”.

Casos como esses despertam questionamentos naqueles que dedicam seus estudos à liberdade de expressão – até que ponto se trata de uma mera manifestação de uma opinião (odiosa, diga-se de passagem) ou de uma conduta que merece a repreensão pelas vias penais, apesar desta se tratar da *ultima ratio*? A conduta daquele que exalta um crime ou o seu autor não seria um indiferente penal, cuja criminalização seria contrária ao próprio princípio da intervenção mínima, entre outros postulados tão caros ao Direito Penal?

Tentar responder a essas indagações é o objetivo desse estudo, partindo-se de uma reflexão, no Capítulo 1, sobre a proteção da liberdade de expressão no Direito Brasileiro. Primeiramente, far-se-á uma reflexão sobre o direito à liberdade, o conteúdo dos direitos fundamentais, para depois analisar a evolução desse direito no cenário internacional e o âmbito brasileiro, chegando-se ao seu conteúdo e os fundamentos que justificam ser de suma importância aos regimes democráticos.

Por sua vez, o Capítulo 2 será dedicado ao estudo do delito de Apologia do Crime ou Criminoso e seus aspectos penais, como a adequação típica, demonstrando o que compreende seu tipo objetivo e subjetivo. Após, serão feitas considerações sobre o bem jurídico penalmente tutelado pelo crime em questão – Paz Pública –, destacando a questão da criminalização de meros atos preparatórios.

Por fim, no Capítulo 3 será abordada a restringibilidade da liberdade de expressão e se, diante de todo o exposto nos capítulos anteriores, a Apologia de Crime ou Criminoso se encaixa em alguma dessas hipóteses de restrição e quais são os problemas, no âmbito penal, da sua tipificação. Para isso, também serão analisadas as decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 187 e Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4274.

Dessa maneira, pretende-se dar uma resposta coerente à questão da constitucionalidade do delito em questão, especialmente sob a ótica constitucional, tendo como norte a liberdade de expressão que é assegurada pela Carta Magna, seu conteúdo e

seus próprios fundamentos, além de destacar alguns aspectos penais controversos quando da sua tipificação.

1 HISTÓRICO, CONTEÚDO E FUNDAMENTOS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

1.1 A Liberdade

O direito fundamental de liberdade tem origem na previsão de liberdade geral do art. 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “a liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudica ao outro”. Tal disposição é resultado do pensamento dos autores clássicos do liberalismo, para os quais todo ser humano tem uma esfera pessoal de liberdade, na qual desenvolve suas faculdades e vontades de forma livre, sem qualquer tipo de ingerência (MARINONI et al., 2016, fl. 483).

Partindo dessa premissa, na doutrina de Kant (2003, p. 77), a liberdade constitui o maior direito do ser humano, sendo o seu único direito inato, compreendida no seu conceito jurídico como autonomia, a capacidade de agir a partir da razão, fazer suas próprias escolhas. Por isso, a lei universal do direito, “age exteriormente, de modo que o livre uso do teu arbítrio possa se conciliar com a liberdade de todos, segundo uma lei universal”.

Isaiah Berlin (1981, p. 136), por sua vez, explorou a existência de dois conceitos de liberdade: a negativa e a positiva. A primeira, segundo o autor, “é a área em que um homem pode agir sem sofrer a interferência do outro”; a segunda consiste em ser dono e instrumento de si mesmo e de sua própria vontade. Também afirma que não necessariamente o governo da maioria garantirá a liberdade, pois “o principal problema para os que desejam liberdade individual negativa não é quem controla essa autoridade, mas sim quanta autoridade é depositada naquele par de mãos”. Assim, para ele, o que importa é que existam limites ao poder, inclusive às próprias leis, as quais também podem ser opressoras.

Sobre o pensamento do supracitado autor, disserta Alexandre Assunção e Silva (2012, p. 8):

Conforme Berlin “uma parcela da existência humana precisa continuar sendo independente da esfera do controle social”. Os homens são seres autônomos, com fins em si mesmos, razão pela qual “nada é pior do que trata-los como se não fossem autônomos, mas sim objetos naturais, criaturas à disposição de estímulos externos, cujas opções podem ser manipuladas por seus dirigentes, por ameaças de força ou ofertas de recompensas”.

Quando o Estado diz a alguém como deve se comportar, agir e pensar, em questões que não afetam outras pessoas com o objetivo de aprimoramento ou

melhoria geral da sua conduta, ele pratica um paternalismo despótico, mais opressivo que a tirania nua e brutal [...]

Acerca da liberdade em seu sentido negativo, colaciona-se ensinamento de João dos Passos Martins Neto (2008, p. 25-26):

A liberdade, portanto, em sentido jurídico, apresenta-se inicialmente como uma autorização para agir conforme se queira em razão da inexistência de impedimentos de caráter normativo que imponham uma ação ou uma omissão de conteúdo diverso, como são as proibições e os mandamentos. A teoria jurídica de Kelsen parece concluir nessa direção. Segundo Kelsen, dizer que uma conduta está permitida ou autorizada “significa que esta conduta não é proibida nem imposta”, ou mais precisamente, “que não vale nenhuma norma que impõe ou proíbe essa conduta”, e “nessas hipóteses, diz-se também que é conduta livre”. A liberdade, assim entendida, é deduzida negativamente. Há liberdade aonde não houver obrigação de conduta.

Desta maneira, a primeira concepção de liberdade, ou seja, liberdade como não intervenção ou ausência de constrangimento, revela a liberdade num *status* negativo, significando limitações ao poder do Estado de interferência na vida da sociedade. Dessa maneira, os atos estatais, para serem legítimos, dependem “da criação de um direito que conserve o equilíbrio entre liberdade de membros da sociedade. sem que um interfira no outro” e também “está ligada à noção de que o poder coercitivo estatal somente se justifica para harmonizar e garantir essas liberdades” (FERNANDES, 2016, p. 402).

José Afonso da Silva (2012, p. 235) propõe que a liberdade consiste na possibilidade de lidar conscientemente com aquilo que pode levar à felicidade pessoal. Em suma, consiste numa forma do indivíduo se liberar dos vários obstáculos que o impedem de realizar a sua personalidade e é justamente na democracia que a liberdade encontra o melhor campo para a sua manifestação, visto que permite dispor de maior possibilidade de coordenar os meios que levam à sua realização pessoal.

No mesmo sentido é o ensinamento de Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2012, p. 298):

As liberdades são proclamadas partindo-se da perspectiva da pessoa humana como ser em busca da autorrealização, responsável pela escolha dos meios aptos para realizar as suas potencialidades. O Estado Democrático se justifica como meio para que essas liberdades sejam garantidas e estimuladas – inclusive por meio de medida que assegurem maior igualdade entre todos, prevenindo que as liberdades se tornem meramente formais. O Estado democrático se justifica, também, como instância de solução de conflitos entre pretensões colidentes resultantes dessas liberdades.

A efetividade dessas liberdades, de seu turno, presta serviço ao regime democrático, na medida em que viabiliza a participação mais intensa de todos os interessados nas decisões políticas fundamentais.

Em contrapartida, a noção de liberdade como liberdade positiva engloba a participação nas discussões políticas que compõem a vontade coletiva. Essa visão

corresponde àquela da Antiguidade e modernamente, foi resgatada por Rousseau¹, para quem a liberdade civil/moral só podia ser conquistada através do reconhecimento da lei da razão e do contrato social.

Bernardo Gonçalves Fernandes (2016, p. 402) ensina que não se pode afirmar a superioridade de um conceito de liberdade sobre o outro, porque enquanto a liberdade, vista a partir da concepção dos pensadores modernos, serve como garantia da esfera privada dos indivíduos; a liberdade como concebida pelos pensadores antigos, é elementar para uma esfera pública democrática, de forma que só poderemos “ter uma proteção adequada, por exemplo, às liberdades negativas, se simultaneamente dispendermos igual tratamento às liberdades positivas”.

Contudo, até os dias atuais, permanece a liberdade como um direito de escolha, apenas sofrendo alterações quanto à tutela dada pelos Estados contemporâneos: o modelo liberal tem a tutela preferencialmente negativa, enquanto o Estado social prima por uma técnica mista, restritiva, mas também protetiva, visando compatibilizar o exercício das liberdades com as necessidades da população. (CASTRO; FREITAS, 2013, p. 5).

O art. 5º, II, da Constituição Federal dispõe que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei”, de maneira a exprimir um direito geral de liberdade, o qual poderia ser convertido na seguinte máxima: qualquer ato é permitido, desde que não esteja proibido pela lei. No mesmo sentido é o ensinamento de Bernardo Gonçalves Fernandes (2016, p. 403), para quem esse artigo revela uma concepção ampla desse direito, podendo-se cogitar um direito geral de liberdade, que pode se manifestar de inúmeras maneiras. Ademais, esse direito geral de liberdade pode ser compreendido como “uma vantagem institucional que tem o condão de reforçar a proteção das liberdades ao oferecer um apoio normativo sólido em nível constitucional” (MARINONI et al., 2016, fl. 481).

O texto constitucional supramencionado, ao prever que todos têm a liberdade de fazer e de não fazer o que bem entender, salvo quando a lei determine o contrário, não delimita a extensão dessa liberdade, que fica na dependência do que se entende por lei,

¹ “O que o homem perde pelo contrato social é a liberdade natural e um direito ilimitado a tudo o que tenta e pode alcançar; o que ganha é a liberdade civil e a propriedade de tudo o que possui. Para que não haja engano em suas compensações, é necessário distinguir a liberdade natural, limitada pelas forças do indivíduo, da liberdade civil que é limitada pela propriedade geral, e a posse, que não é senão o efeito da força ou do direito do primeiro ocupante, da propriedade, que só pode ser baseada num título positivo. Poder-se-ia, em prosseguimento do precedente, acrescentar à aquisição do estado civil a liberdade moral, a única que torna o homem verdadeiro senhor de si mesmo, posto que o impulso apenas do apetite constitui a escravidão, e a obediência à lei a si mesmo prescrita é a liberdade” (ROUSSEAU, 1965, p 34).

tornando intrínseca a relação entre legalidade e liberdade. Para José Afonso da Silva (2012, p. 238), esse dispositivo estabelece que a liberdade só pode sofrer restrições através de normas jurídicas preceptivas (que impõem uma conduta positiva) ou proibitivas (que imponham uma abstenção), elaboradas pelo Poder Legislativo, seguindo o processo previsto na Constituição – ou seja, somente pode ser condicionada por um sistema de legalidade legítima. Bernardo Gonçalves Fernandes (2016, p. 403), por sua vez, também compartilha de que a lei que poderá privar a liberdade um indivíduo é aquela em sentido formal, aprovada mediante regular tramitação no Congresso Nacional.

Contudo, essa definição da porção de liberdade assegurada aos cidadãos não pode ser deixada somente ao arbítrio do legislador, já que assim qualquer proibição, desde que aprovada pelos parlamentares, seria possível. Para evitar isso, as constituições nas democracias, sendo diplomas normativos com validade superior às leis infraconstitucionais, “elegem e garantem algumas liberdades que, por uma ou outra razão, são consideradas muito valiosas”. Dessa forma, “através de normas jurídicas permissivas, elas declaram, em geral, de modo genérico, que determinadas ações serão livres, impossibilitando que o legislador ordinário disponha em sentido contrário”. Assim, as liberdades podem ser legais e constitucionais e se exprimem sempre por meio de autorização normativa de agir, negativa ou positiva. Em qualquer caso, “o conteúdo das liberdades é o direito assegurado a uma dada margem de ação” (MARTINS NETO, 2008, p. 26-27).

O rol dessas liberdades constitucionais é variável conforme cada ordem constitucional específica. No Brasil, pode-se falar em liberdade de expressão e manifestação do pensamento, liberdade de locomoção², liberdade de consciência e crença³, liberdade de escolha de trabalho e ofício⁴, liberdade de reunião⁵, liberdade de associação⁶ e a própria liberdade de expressão.

² Art. 5º, XV, Constituição Federal: é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;

³ Art. 5º, VI, Constituição Federal - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

⁴ Art. 5º, XIII, Constituição Federal - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

⁵ Art. 5º, XVI, Constituição Federal - 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;

⁶ Art. 5º, XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar; XX - ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado;

Antes do estudo da liberdade de expressão em si, far-se-á uma pequena explanação sobre os direitos fundamentais.

1.2 Direitos Fundamentais

Direitos fundamentais da pessoa humana constituem o núcleo de proteção da dignidade da pessoa e as normas asseguradoras dessas pretensões estão previstas na Constituição. Para José Afonso da Silva (2012, p. 180), tal expressão refere-se aos princípios que informam a ideologia de cada ordenamento jurídico e, no nível positivo, designa “aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual a todas as pessoas”. Sendo assim, são direitos sem os quais a pessoa humana não convive e às vezes nem sobrevive e devem ser reconhecidos igualmente a todos não só formalmente, mas também concreta e materialmente efetivados.

Canotilho (1993, p. 566) afirma que os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa do cidadão sob uma dupla perspectiva: no plano jurídico-objetivo, são normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo que esses interfiram na esfera privada dos indivíduos; no plano jurídico-subjetivo, por sua vez, são o poder de exercer positivamente os direitos fundamentais (liberdade positiva) e de requer a omissão dos poderes públicos, evitando agressões (liberdade negativa). O autor cita como exemplo a liberdade de expressão prevista no art. 37 da Constituição de Portugal⁷: subjetivamente, a liberdade positiva consiste no direito de exprimir ou divulgar seu pensamento por qualquer meio e a liberdade negativa, implica que não pode haver algum tipo de impedimento ou discriminação por parte do poder público. Objetivamente, impõe-se aos poderes públicos a proibição da realização de quaisquer tipos de censura.

Alexandre de Moraes (2013, p. 29) destaca que a constituição escrita está relacionada com a edição de declarações de direitos do homem, a fim de estabelecer limites ao poder público, “ocorrendo a incorporação de direitos subjetivos do homem em

7 Artigo 37.º Liberdade de expressão e informação

1. Todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, bem como o direito de informar, de se informar e de ser informados, sem impedimentos nem discriminações.

2. O exercício destes direitos não pode ser impedido ou limitado por qualquer tipo ou forma de censura.

3. As infracções cometidas no exercício destes direitos ficam submetidas aos princípios gerais de direito criminal ou do ilícito de mera ordenação social, sendo a sua apreciação respectivamente da competência dos tribunais judiciais ou de entidade administrativa independente, nos termos da lei.

4. A todas as pessoas, singulares ou colectivas, é assegurado, em condições de igualdade e eficácia, o direito de resposta e de rectificação, bem como o direito a indemnização pelos danos sofridos.

normas formalmente básicas, subtraindo-se seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário”.

A doutrina aponta algumas características desses direitos, como a historicidade, inalienabilidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade. Primeiramente, esses direitos, assim como todos os outros, são históricos, transformam-se com o passar do tempo. São inalienáveis, pois intransferíveis, inegociáveis, não possuem conteúdo econômico-patrimonial e são indisponíveis. Também são imprescritíveis, no sentido que o seu não exercício não o extingue, visto que a prescrição é instituto jurídico que não alcança a exigibilidade de direitos personalíssimos. Por fim, são irrenunciáveis, já que apesar da possibilidade de não serem exercitados, não podem ser renunciados pelo seu titular (SILVA, 2012, p.183).

Contudo, os direitos fundamentais consagrados pela Constituição não são ilimitados, uma vez que encontram limitações nos demais direitos previstos na Carta Política. Dessa forma, não podem ser utilizados como uma forma de se proteger da punição pela prática de atividades ilícitas, por exemplo, o que configuraria total desrespeito ao Estado Democrático de Direito (MORAES, 2013, p. 30).

Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 2.303-2.306) afirma que “as limitações de direitos fundamentais reduzem o alcance dos conteúdos prima facie conferidos a posições de direitos fundamentais mediante a imposição de cargas coativas” e que existe um consenso que os direitos fundamentais podem ser restringidos por expressa disposição na Constituição e por norma legal promulgada com fundamento na Carta Maior⁸. Há quem inclua uma terceira forma de limitação, vinculada à possibilidade de se estabelecer restrições devido às colisões entre direitos fundamentais, a despeito da inexistência de limitação expressa na Constituição ou a autorização ao legislador. Contudo, direta ou indiretamente, nota-se que esses três espécies de restrições aos direitos encontram um fundamento constitucional.

⁸ O autor faz uma diferenciação entre “normas que limitam bens jurídicos protegidos prima facie das que fundamentam a competência estatal para realizar suas limitações”. Para ele, as primeiras são mandados ou proibições voltadas aos cidadãos, aqueles que titularizam os direitos fundamentais; as últimas se tratam de reservas legais e consistem em autorizações constitucionais que fundamentam a possibilidade de o legislador restringir esses direitos. As reservas legais podem ser classificadas em reservas legais simples e qualificadas – as simples conferem uma competência mais ampla de restrição ao legislador, visto que não é estabelecido algum pressuposto específico a ser observado; as qualificadas, por sua vez, estabelecem pressupostos e objetivos para serem atendidos pelo legislador ao limitar os direitos fundamentais (SARLET, 2012, p. 2.303-2.309).

Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2012, p. 162) destacam que atualmente não se admite o caráter absoluto dos direitos fundamentais e que existe um consenso acerca da possibilidade de sofrerem limitações por outras disposições de ordem constitucional, inclusive direitos fundamentais⁹.

Assim, somente por meio de reservas legais constitucionais podem ser estabelecidas restrições aos direitos fundamentais, dado que são direitos de hierarquia constitucional, com possíveis limitações previstas apenas por normas constitucionais ou em virtude delas.

Ainda que brevemente, faz-se aqui uma explanação sobre as dimensões de direitos fundamentais, cuja classificação tem por base a ordem histórico-cronológica em que passaram a ser constitucionalmente reconhecidos. Para Paulo Bonavides (2010, p. 563), os direitos fundamentais “passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem, sem dúvida, um processo cumulativo e qualitativo”.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão são os direitos civis e políticos, que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais, ressaltando o princípio da liberdade, surgindo institucionalmente com a Magna Carta, de forma que foram os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional (MORAES, 2013, p. 29).

Paulo Bonavides (2010, p. 564) afirma que esses direitos são titularizados pelo indivíduo e oponíveis ao Estado, sendo faculdades ou atributos da pessoa e são subjetivos, constituindo “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”, visto que surgiram dentro de um contexto do Estado absolutista monárquico clássico. Nas palavras do autor:

Entram na categoria do *status negativus* da classificação de Jellinek e fazem também ressaltar na ordem dos valores políticos a nítida separação entre a Sociedade e o Estado. Sem o reconhecimento dessa separação, não se pode aquilatar o verdadeiro caráter antiestatal dos direitos de liberdade, conforme tem sido professado com tanto desvelo teórico pelas correntes do pensamento liberal de teor clássico.

São por igual direitos que valorizam primeiro o homem-singular, o homem das liberdades abstratas, o homem da sociedade mecanicista que compõe a chamada sociedade civil [...] (BONAVIDES, 2010. p. 564).

Os direitos fundamentais de segunda dimensão, por sua vez, surgiram no início do século XX e acentuam o princípio da igualdade, identificando-se com as liberdades positivas, reais ou concretas e são eles os direitos econômicos, sociais e culturais. Nos dizeres de Paulo Bonavides (2010, p. 564) “são os direitos sociais, culturais e econômicos,

⁹ Inclusive no âmbito internacional se reconhece a possibilidade de limitação dos direitos, como consta no art. 29 da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “no exercício deste direito e no gozo destas liberdades, ninguém está sujeito senão às limitações estabelecidas pela lei com vista exclusivamente a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros a fim de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática”.

bem como os direitos coletivos ou das coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas do Estado Social”.

Por fim, os direitos fundamentais de terceira dimensão englobam o direito a um meio ambiente em equilíbrio, saudável qualidade de vida, progresso, paz, autodeterminação dos povos e outros direitos difusos. Para Moraes (2013, p. 29), esses direitos representam o princípio da solidariedade ou fraternidade e “materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais”, constituindo um “momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis”.

Para alguns autores como Paulo Bonavides (2010, p. 571) também se pode falar dos direitos fundamentais de quarta dimensão, que envolvem o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo, numa globalização dos direitos fundamentais e sua universalização no campo institucional. Para ele, também se pode falar de um direito à paz como direito de quinta dimensão.

A respeito das dimensões de direitos, disserta o autor¹⁰:

Os direitos da quarta geração não somente culminam a objetividade dos direitos das duas gerações antecedentes como absorvem – sem, todavia, removê-la – a subjetividade dos direitos individuais, a saber, os direitos de primeira geração. Tais direitos sobrevivem, e não apenas sobrevivem, senão que ficam opulentados em sua dimensão principal, objetiva e axiológica, podendo, doravante, irradiar-se com a mais subida eficácia normativa a todos os direitos da sociedade e do ordenamento jurídico.

Daqui se pode, assim, partir para a asserção de que os direitos da segunda, da terceira e quarta gerações não se interpretam, concretizam-se. É na esteira dessa concretização que reside o futuro da globalização política, o seu princípio de legitimidade, a força incorporadora de seus valores de libertação (BONAVIDES, 2010, p. 573).

A liberdade de expressão se encontra na primeira dimensão de direitos fundamentais, que objetiva a proteção da liberdade individual. Por ser um direito fundamental constitucionalmente assegurado, a todos os órgãos estatais incumbe um dever de maximizar sua efetividade e eficácia, de forma a assegurar condições para a sua efetiva fruição. Não basta sua mera previsão no texto constitucional – é preciso que sua existência seja lembrada.

¹⁰ A despeito do uso do termo geração de direitos na citação, entende-se neste trabalho que o termo dimensão é mais adequado, posto que os direitos fundamentais, a despeito de suas dimensões, não anulam ou cancelam os anteriores, funcionando como complemento dos demais, entendimento reconhecido pelo próprio Paulo Bonavides.

1.3 A Liberdade de Expressão

A liberdade de expressão é uma dessas liberdades que geralmente são asseguradas nas Constituições dos países democráticos e consiste, em suma, no direito de expressar-se, comunicar-se ou mesmo participar de relações comunicativas, seja como emissor ou receptor da mensagem. Em linhas gerais, compreende a comunicação sobre informações, opiniões, sentimentos, entre outros, sobre os mais variados temas, como política, moral, história, etc. (MARTINS NETO, 2008, p. 27).

Também chamada de liberdade de pensamento por alguns autores, configuraria o direito de se exprimir, de qualquer maneira, o que se pensa em relação a qualquer coisa. Tal liberdade pressupõe o contato do indivíduo com seus semelhantes, pois no seu sentido interno, como pura crença, opinião ou convicção, ela é plenamente reconhecida e não cria maiores problemas (SILVA, 2012, p. 243).

Para André de Carvalho Ramos (2016, p. 523) a liberdade de expressão “consiste no direito de manifestar, sob qualquer forma, ideias e informações de qualquer natureza”, de forma a abranger toda sorte de produção cultural, artística, intelectual, bem como a transmissão de quaisquer ideias, opiniões e valores.

Essa liberdade assegura a cada indivíduo o direito de exprimir livremente suas ideias, pensamentos e opiniões, o que se revela como uma “condição para a autodeterminação humana, pois pouco importa ao homem poder ter qualquer opinião, mas não poder expressá-la”. (ASSUNÇÃO E SILVA, 2012, p. 10).

Diversas faculdades são incluídas na liberdade de expressão, como a de comunicação de pensamentos, ideias, informações e expressões não verbais, como as corporais, musicais, entre outras e o grau de proteção de cada uma dessas formas de expressão varia de acordo com a Lei Maior.

A garantia da liberdade de expressão tutela “toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa”, que envolvam temas de interesse público ou não. Segundo visão generalizada, nesse direito “cabe toda mensagem, tudo o que se pode comunicar – juízos, propaganda de ideias e notícias sobre fatos”. Além disso, congloba não somente a faculdade de se exprimir, como também a de se calar, não se expressar, não se informar, de forma que a despeito da importância desse direito, “não se extrai uma obrigação para o seu titular de buscar e de expressar opiniões” (MENDES; BRANCO, 2012, p. 299).

Com efeito, a liberdade de expressão tem a feição de direito de defesa (direito negativo), atuando como um direito da pessoa não ser proibida de expressar suas ideias e opiniões, de forma a limitar a atuação estatal, impedindo a figura de um Estado totalitário que controle as manifestações discursivas dos cidadãos. Contudo, atualmente se vislumbra uma dimensão positiva ou protetiva desse direito fundamental, que importa em deveres estatais de proteção, como um direito de acesso aos meios de expressão daqueles grupos sociais e economicamente desfavorecidos e a proibição da manipulação do discurso por aqueles que controlam os meios de comunicação em massa.

Sobre a dimensão positiva da liberdade de expressão, colaciona-se ensinamento de Owen Fiss (2005, p. 30):

Em outras instâncias, contudo, o Estado pode ter que agir para promover a robustez do debate público em circunstâncias nas quais poderes fora do Estado estão impedindo o discurso. Ele pode ter que alocar recursos públicos – distribuir megafones – para aqueles cujas vozes não seriam escutadas na praça pública de outra maneira. Ele pode até mesmo ter que silenciar as vozes de alguns para ouvir as vozes dos outros.

Também se pode afirmar que tal direito possui uma dimensão subjetiva, operando como direito subjetivo individual (e até coletivo, em alguns casos) e também objetiva, representando um valor central para o Estado Democrático de Direito, como será destacado no tópico 1.3.3.

Para assegurar sua máxima proteção e o destaque conferido como liberdade fundamental, seu âmbito de proteção deve ser interpretado como o mais extenso possível, de forma a englobar “tanto a manifestação de opiniões, quanto de ideias, pontos de vista, convicções, críticas, juízos de valor sobre qualquer matéria ou assunto e mesmo a proposições a respeito de fatos”. Assim, em princípio, estariam protegidas por tal liberdade todas as formas de manifestação que não impliquem violência, incluindo “gestos, sinais, movimentos, mensagens orais e escritas, representações teatrais, sons, imagens, bem como as manifestações veiculadas pelos modernos meios de comunicação, como mensagens de páginas de relacionamento, blogs, etc” (MARINONI et al., 2016, fl. 493).

Ademais, por se tratar de um típico direito de abstenção estatal, em regra, a liberdade de expressão é exercida em face do Poder Público, não ensejando um direito a ser exercido diante terceiros. Bernardo Gonçalves Fernandes (2016, p. 416-417) assinala

que para que a eficácia horizontal desse direito fundamental ocorra, deve-se fazer uma ponderação dos interesses envolvidos no caso concreto¹¹.

A Ministra Cármen Lúcia (2015, p. 54), relatora da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.815/DF, que versou sobre biografias não autorizadas pelo biografado, trouxe em seu voto ensinamento de J.J. Gomes Canotilho acerca do âmbito de proteção da liberdade de expressão:

A liberdade de expressão permite assegurar a continuidade do debate intelectual e do confronto de opiniões, num compromisso crítico permanente. Com essa qualidade, ela integra o sistema constitucional de direitos fundamentais, deduzindo-se do valor da dignidade da pessoa humana e dos princípios gerais de liberdade e igualdade, juntamente com a inerente exigência de proteção jurídica. A liberdade de expressão em sentido amplo é um direito multifuncional, que se desdobra num cluster de direitos comunicativos fundamentais que dele decorrem naturalmente, como seja, por exemplo, a liberdade de expressão *stricto sensu*, de informação, de investigação acadêmica, de criação artística, de edição, de jornalismo, de imprensa, de radiodifusão, de programação, de comunicação individual, de telecomunicação e comunicação em rede. As liberdades comunicativas encontram-se ainda associadas a outras liberdades, como a liberdade de profissão, a livre iniciativa econômica, de prestação de serviços e o direito de propriedade.

Desta forma, a Constituição Federal de 1988 cogita da liberdade de expressão de modo direto no art. 5º, IV, ao dizer “livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”, bem como no inciso XIV do mesmo artigo, em que “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”. Existem outros dispositivos constitucionais correlatos, como o art. 5º, VI, que dispõe sobre a liberdade religiosa¹² e o art. 5º, IX, que prevê a liberdade intelectual, artística, científica ou de comunicação, independentemente de censura e licença.

Além da proteção conferida no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, a Lei Maior também cogita da liberdade de expressão no Título VIII, referente à Ordem Social, no capítulo acerca da Comunicação Social. Nessa vertente, seu art. 220 afirma que “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

¹¹ O autor destaca a existência no direito norte-americano de entendimento de que mesmo em locais abertos ao público, mas com a administração efetuada por entidades privadas, não é possível falar em liberdade de expressão quando da distribuição de panfletos. Entretanto, no direito brasileiro, cita precedentes em sentido contrário, permitindo a comunicação, e até estabelecendo como obrigatória a fixação de comunicados dos sindicatos de trabalhadores, por meio de quadro de avisos (FERNANDES, 2016, p. 416-417).

¹² Art. 5º, VI, da Constituição Federal: é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

Constituição”. Acrescenta, nos §§1º e 2º do mesmo artigo, que “nenhuma lei conterà dispositivo que possa construir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV” e que é “vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”.

Entretanto, tais artigos não esgotam todos os dispositivos constitucionais que se relacionam à liberdade de expressão, contudo, conseguem demonstrar a grande proteção conferida pela Carta Maior.

Para o Professor João dos Passos Martins Neto (2008, p. 47), o requisito básico para que um ato comunicativo esteja sob o escopo protetivo da liberdade de expressão é a existência de valor expressivo:

Assim, pode-se dizer que um ato comunicativo tem valor expressivo quando são aplicáveis a ele uma ou mais das possíveis razões de proteção que são os fundamentos da norma constitucional que garante a liberdade de expressão. Por outro lado, um ato comunicativo ao qual não corresponda qualquer das razões que possam justificar a proteção constitucional do direito de comunicar carece de valor expressivo. Atos comunicativos sem valor expressivo não podem desfrutar da proteção constitucional, porque a rigor, não constituem expressão. Se a liberdade de expressão protege a expressão, o que não é expressão a liberdade de expressão não protege (MARTINS NETO, 2008, p. 47).

Desta maneira, um ato comunicativo ao qual é aplicável uma das razões que fundamentam a liberdade de expressão, como a assegurar a democracia, promover a tolerância, promover a dignidade da pessoa humana – ou seja, possui valor expressivo – merece a proteção constitucional.

Com efeito, o requisito do valor expressivo é neutro ideologicamente, ou seja, deve-se proteger a liberdade de expressão independentemente da ideia que seja veiculada, de forma que o Estado não pode impedir que opiniões sejam manifestadas por causa do seu conteúdo, permitindo apenas a expressão de um dos pontos de vista do debate.

Tal princípio, de acordo com Owen Fiss (2005, p. 53)

Proíbe o Estado de tentar controlar a escolha das pessoas dentre pontos de vista contrapostos, favorecendo ou desfavorecendo um lado do debate.

[...]

Por outro lado, a neutralidade de conteúdo não é um fim em si mesmo e não deve ser sacralizado. O princípio responde a uma preocupação subjacente que o Estado possa usar o seu poder para distorcer o debate com vistas a promover resultados particulares, e esse resultado sempre deve ser tido em mente.

Ser neutro ideologicamente significa que qualquer assunto é possível de ser abordado, pesquisado e discutido, independentemente do ponto de vista. Ademais, o valor expressivo não é inerente apenas à opinião politicamente correta, que agrada às autoridades ou não contraria seus interesses. Valor expressivo também não veicula distinção entre

teorias certas ou erradas, nem depende do consentimento de terceiros (MARTINS NETO, 2010, p. 75-78).

O princípio da neutralidade de conteúdo é fundamental para a própria democracia, pois só com a sua aplicação às partes conflitantes em um debate possuem os mesmos direitos. Alexandre Assunção e Silva (2012, p. 30) destaca que a liberdade de expressão não pode ser aplicável somente a algumas ideias em detrimento de outras: não se pode impor proibição a alguém por expressar seu pensamento, por ser esse considerado imoral, socialmente censurável ou subversivo, porque seria uma forma de proibir uma ideologia, uma forma de censura. Contudo, o princípio da neutralidade de conteúdo não abrange aquelas situações de discursos de incitação ao ódio, por exemplo (FISS, 2005, p. 53).

Desta forma, mesmo ideias detestáveis podem ter valor expressivo e aptidão para serem difundidas entre os indivíduos. Sob o viés do argumento democrático, todos podem se opor a uma proposta legislativa, por exemplo, visto que, “a fala é, independente do conteúdo, valiosa e irreprimível”. Da mesma forma, não são apenas as ideias das minorias contra o pensamento dominante, conservador e que seja retrógrado que merecem circulação – dá-se valor inclusive ao pensamento extremista, torpe, que questiona as concepções tidas como universais, o que melhor representa o valor da tolerância. Isso porque “formar uma sociedade tolerante, que não ceda às tentações de criminalizar qualquer ideia anormal sob o pretexto de ser falsa ou perigosa, exige que se pressione o princípio da tolerância ao extremo” (MARTINS NETO, 2008, p. 79-80).

Assim, tudo aquilo que corresponda à expressão do pensamento deve ser permitido, mesmo que seja politicamente incorreto, pois o que importa não é concordar com a maioria, mas sim não causar prejuízo aos demais pelo seu pensamento divergente (ASSUNÇÃO E SILVA, 2012, p. 32).

As meras manifestações não violam o direito de ninguém porque ninguém possui direito algum sobre as convicções do outro. Nesse sentido:

Ninguém pode exigir que convicções morais, preferências sexuais e constatações de pesquisa sejam conforme as suas próprias, do poder público ou de outras pessoas em cuja autoridade se confia mais. Por isso, sem ultrapassar a barreira do direito alheio, elas são suportáveis, respectivamente, pelos fundamentos da democracia, da autonomia e da busca do saber, e indistintamente, pelo fundamento mais abrangente da tolerância (MARTINS NETO, 2008, p. 81).

Neste trabalho, entende-se a liberdade de expressão em sentido amplo, abarcando um conjunto diferenciado de situações, cobrindo, em princípio, uma série de liberdades de conteúdo espiritual, incluindo expressões não verbais, como a expressão musical, a

comunicação pelas artes plásticas, entre outras, adotada por José Afonso da Silva (2012, p. 245).

Diante desse tratamento constitucional, nota-se que a liberdade de expressão possui duas facetas: aquela que assegura a expressão do pensamento e aquela que confere aos demais indivíduos o direito de receber a manifestação do pensamento de outro.

1.3.1 Evolução Constitucional Brasileira

Embora somente durante a vigência da Constituição de 1988 a liberdade de expressão tenha encontrado um ambiente mais favorável para sua efetivação, desde a Constituição de 1824, outorgada como Constituição do Império, obteve o *status* de direito fundamental¹³. Foi garantida em todas as Cartas Políticas Brasileiras desde então, inclusive na Constituição “Polaca”¹⁴ (1937), que com claras inspirações na Constituição autoritária da Polônia e visando legitimar o Estado Novo, governo ditatorial de cunho abertamente fascista, trazia situações em que a liberdade de expressão poderia ser limitada.

A Constituição de 1946, por sua vez, ao afirmar a livre manifestação do pensamento, ressaltava não ser “tolerada a propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe”. Sobreveio o Ato Institucional n. 2, em 1966, o qual promoveu uma alteração no dispositivo, proibindo a “propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe”.

¹³ Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

[...]

IV. Todos podem communicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos, e publical-os pela Imprensa, sem dependencia de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que commetterem no exercicio deste Direito, nos casos, e pela fórma, que a Lei determinar.

¹⁴ Art 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

15) todo cidadão tem o direito de manifestar o seu pensamento, oralmente, ou por escrito, impresso ou por imagens, mediante as condições e nos limites prescritos em lei. (Vide Decreto nº 10.358, de 1942)

A lei pode prescrever:

a) com o fim de garantir a paz, a ordem e a segurança pública, a censura prévia da imprensa, do teatro, do cinematógrafo, da radiodifusão, facultando à autoridade competente proibir a circulação, a difusão ou a representação;

b) medidas para impedir as manifestações contrárias à moralidade pública e aos bons costumes, assim como as especialmente destinadas à proteção da infância e da juventude;

c) providências destinadas à proteção do interesse público, bem-estar do povo e segurança do Estado.

No mesmo sentido dispunha a constituição outorgada em 1967, a qual buscou institucionalizar e legalizar o regime militar, alterada pela Emenda n. 1/69:

Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 8º É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica, bem como a prestação de informação independentemente de censura, salvo quanto a diversões e espetáculos públicos, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos não depende de licença da autoridade. Não serão, porém, toleradas a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de religião, de raça ou de classe, e as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes.

Sob a égide dessa Constituição meramente formal, sobreveio o Ato Institucional n. 5, de 1968, que dispunha em seu art. 5º que a “suspensão dos direitos políticos, com base neste Ato, importa, simultaneamente, em proibição de atividades ou manifestação sobre assunto de natureza política”.

Por fim, tem-se o Decreto-Lei n. 1.077/70, que regulava o art. 153, §8º da Constituição da República, no tocante à proibição de publicações contrárias à moral e aos bons costumes nos diversos meios de comunicação. Entretanto, a despeito dessa previsão expressa da liberdade de expressão em todas as constituições brasileiras, sabe-se que foram normas de cunho meramente formal, sem efetividade jurídico-social em muitos momentos da história.

Para Daniel Sarmiento (2006a, p. 29), a existência da diversos preceitos protegendo a liberdade de expressão da Constituição de 1988 representou uma reação contra a abusividade perpetrada pelo regime militar, cuja repetição se quer evitar, além de demonstrar a enorme importância atribuída ao direito fundamental no sistema constitucional brasileiro, pelos fundamentos explicitados no tópico 1.3.3. Além disso, somente com a edição da Constituição de 1988 o Judiciário desfrutava da independência necessária para garantir esse direito contra quaisquer intentos autoritários dos detentores do Poder Público.

1.3.2 Proteção no Âmbito Internacional

Importa destacar que em relação à liberdade de expressão, a Constituição Federal de 1988 guarda semelhanças com a evolução registrada no tratamento desse direito no plano internacional.

Inicialmente, cumpre destacar que tal liberdade foi fundamental para a construção do Estado Moderno, sendo de extrema importância para a consolidação da burguesia durante as revoluções liberais, seja como instrumento de disseminação das ideias revolucionárias, seja para a afirmação do Estado Laico, de forma a afastar quaisquer influências religiosas e passou a integrar as constituições como direito fundamental a partir do século XVIII (CASTRO; FARIA, 2013, p. 2). Desta forma, desde a Revolução Francesa, em 1789, a liberdade de expressão foi tratada com um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, visto que a Declaração dos Direitos e do Homem e do Cidadão, em seu artigo XI, afirmava que “a livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei”.

No mesmo sentido é o tratamento conferido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948, que em seu art. XIX dispõe que “todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”.

Ademais, o art. 13¹⁵ da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) reconhece a liberdade de expressão como um marco legal a que estão sujeitos os Estados membros da Organização dos Estados Americanos e estabelece que inclui a liberdade de buscar, receber e divulgar informações e ideias, sem consideração de fronteiras e por qualquer meio de transmissão:

Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias 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.

¹⁵ Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão

[...] 2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar:

- a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou
 - b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.
3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões.
4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.
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.

Vale lembrar que também foi aprovada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos a Declaração de Princípios da Liberdade de Expressão, em seu 108º período ordinário de sessões, celebrado de 16 a 27 de outubro de 2000. Em suma, o texto destaca os princípios que regem a liberdade de expressão, reconhecendo seu status de direito fundamental. Destacam-se os seguintes trechos:

1. A liberdade de expressão, em todas as suas formas e manifestações, é um direito fundamental e inalienável, inerente a todas as pessoas. É, ademais, um requisito indispensável para a própria existência de uma sociedade democrática.
2. Toda pessoa tem o direito de buscar, receber e divulgar informação e opiniões livremente, nos termos estipulados no Artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Todas as pessoas devem contar com igualdade de oportunidades para receber, buscar e divulgar informação por qualquer meio de comunicação, sem discriminação por nenhum motivo, inclusive os de raça, cor, religião, sexo, idioma, opiniões políticas ou de qualquer outra índole, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

A liberdade de expressão também é reconhecida como direito de fundamental¹⁶ importância não somente à democracia e à liberdade, mas também para o direito de participação e para a concretização ao desenvolvimento por outros tratados ratificados internacionalmente pelo Brasil, como a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem¹⁷ e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos¹⁸.

Tais documentos marcam a disciplina jurídica internacional dos direitos humanos e ao tratarem dos direitos fundamentais, impõem que os membros da comunidade internacional o assegurem, assim como os entes estatais e os particulares.

¹⁶ Vale lembrar que direitos fundamentais são aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão direitos humanos guarda relação com documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, revelando um caráter supranacional (SARLET, 2012, p. 77).

¹⁷ Artigo IV. Toda pessoa tem direito à liberdade de investigação, de opinião e de expressão e difusão do pensamento, por qualquer meio

¹⁸ ARTIGO 19

1. ninguém poderá ser molestado por suas opiniões.
2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.
3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Conseqüentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para: a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas.

1.3.3 Fundamentos da Proteção da Liberdade de Expressão

Pode-se afirmar que uma das razões mais evidentes para a proteção da liberdade de expressão é assegurar o funcionamento do modelo democrático de governo – o chamado argumento democrático -, visto que o pluralismo de opiniões é vital para a formação da vontade livre dos cidadãos.

Nesse sistema, a liberdade de expressão tem as seguintes funções: os eleitores podem eleger livremente seus governantes diante da ampla discussão entre os candidatos; os cidadãos criticarem as políticas governamentais adotadas; a substituição de governante diante das críticas; a denúncia e investigação da corrupção; a identificação das opiniões contraditórias na comunidade e a acomodação dos interesses em favor da tranquilidade social; que minorias possam reivindicar seu espaço e até que os indivíduos, já que possam abertamente dissentir, aliviem suas frustrações, sem necessitar recorrer à violência física para fazer valer suas opiniões face aos governantes. Nesse sentido, a liberdade de expressão “não é um elemento circunstancial da democracia, mas é a sua própria essência” (MARTINS NETO, 2008, p. 49-50).

O direito de exprimir livremente suas opiniões e ideias, para Alexandre Assunção e Silva (2012, p. 23 e 30), “é condição essencial para a autodeterminação da sociedade e o elemento estrutural da democracia”, não bastando o mero direito de ter as ideias que quiser – é preciso também poder exteriorizá-las e promover a discussão com os demais integrantes da sociedade. Além disso, é só através desse direito que os atos do governo podem ser objeto de crítica, e só através da crítica que podem ser denunciadas e constatadas as injustiças praticadas pelo Estado.

Pode-se sublinhar que a relação entre liberdade de expressão e democracia é recíproca e complementar, assumindo um caráter dialético e dinâmico:

[...] ela também guarda relação, numa dimensão social e política, com as condições e a garantia da democracia e do pluralismo político, assegurando uma espécie de livre mercado de ideias, assumindo, neste sentido, a qualidade de um direito político e revelando também ter uma dimensão nitidamente transindividual, já que a liberdade de expressão e os seus respectivos limites operam essencialmente nas esferas das relações de comunicação e de vida social (MARINONI et al., 2016, fl. 492)

Ressalta-se que o pluralismo político é um dos fundamentos do Estado Brasileiro, previsto no art. 1º, V, da Lei Maior e sua opção significa acolher uma sociedade conflitiva, de interesses contraditórios e antinômicos. A liberdade de expressão é justamente um dos

instrumentos mais efetivos para a construção dessa sociedade pluralista (SILVA, 2012, p. 145).

Contudo, tal argumento é sujeito às críticas, como por exemplo, da concentração dos meios de comunicação em massa por poucos. Daniel Sarmiento (2006a, p. 38-39) destaca que sem a intervenção do Estado no âmbito da liberdade de expressão, a arena pública tende a ser refém do jogo dos donos dos veículos de comunicação social em massa, de forma que “os pobres e excluídos continuam sem voz e os meios de comunicação de massa permanecem escandalosamente concentrados nas mãos de um reduzidíssimo número de pessoas”. Contudo, pode-se afirmar que a Internet alterou de forma expressiva esse quadro, permitindo que as pessoas não sejam meros espectadores, visto que tem a oportunidade procurar informações ou escrever comentários, por exemplo. Desta forma, a distribuição do poder se comunicar já é menos desigual, apesar de não ter substituído totalmente os veículos de comunicação em massa (MARTINS NETO, 2008, p. 51).

Também se sustenta que a liberdade de expressão é valiosa e deve ser posta a salvo de interferências governamentais, dêis que promove a verdade e conhecimento. Nesse sentido, um regime constitucional deve favorecer a livre expressão e discussão de ideias, de forma a possibilitar a substituição de concepções errôneas que por muito tempo foram creditadas. Esse fundamento cobre diversos assuntos, como a história, moral, literatura e ciência, não tendo o debate de caráter estritamente político, ou seja, que implica a participação do povo nas decisões dos governantes e justifica a proteção especialmente nos âmbitos científico e acadêmico. Com efeito, não perde o seu sentido em razão do reconhecimento da falibilidade do saber, visto que importa é a “potencialidade do avanço do conhecimento, do seu aperfeiçoamento e aprofundamento contínuos” (MARTINS NETO, 2008, p. 53-56). Nesse sentido, a busca da verdade tem maior fecundidade se realizada através de um debate livre.

Daniel Sarmiento (2006b, p. 29) afirma que sob essa ótica, a liberdade de expressão é vista como um meio para obter as melhores respostas para as questões polêmicas e controversas que a sociedade enfrenta, de forma que o fato de uma ideia ser considerada “errada” não autoriza sua supressão da discussão social.

Além disso, a liberdade de expressão e a manifestação do pensamento encontra um dos seus principais fundamentos (e objetivos) na dignidade da pessoa humana, naquilo que diz respeito à autonomia e ao livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo – o argumento humanista. Tal perspectiva se fundamenta na ideia de que a para a formação

plena da personalidade, é necessário ter a sua disposição meios que permitam conhecer a realidade e suas interpretações, de forma que se possa participar de um debate e tomar decisões relevantes no meio social (MENDES; BRANCO, 2012, p. 299).

Por força do preceito fundamental da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, inciso I, da Constituição Federal, assegura-se a cada indivíduo o direito à autodeterminação e livre desenvolvimento da sua personalidade.

A liberdade de expressão é um imperativo da condição humana: o que verdadeiramente distingue o homem dos outros seres vivos é a razão, então “a realização integral da humanidade de cada pessoa implica o exercício de suas faculdades racionais em plenitude”. Isso inclui, em primeiro lugar, a liberdade de pensar e tomar suas decisões por si próprio, contudo, o direito à autonomia de consciência requer mais do que a supérflua permissão de pensar e concluir em silêncio. O indivíduo é dono do seu próprio pensamento, implicando que ninguém pode determinar o que ele pensa, mas também que pode dispor do seu pensamento, ou seja, expressar aquilo que pensa aos outros. Nesse sentido, a autonomia de consciência compreende a liberdade de expressão (MARTINS NETO, 2008, p. 59-61).

Dignidade da pessoa humana, vale lembrar, é o valor supremo, que atrai o conteúdo de todos os outros direitos fundamentais, é inerente à pessoa, manifestando-se na autodeterminação consciente e responsável da própria vida, implicando o respeito pelos demais indivíduos, sendo um “mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar” (MORAES, 2013, p. 18).

Leciona Daniel Sarmiento (2006a, p. 26):

A autonomia individual é outro valor fundamental que justifica a proteção reforçada conferida à liberdade de expressão. A premissa básica é a de que a capacidade do ser humano de interagir comunicativamente com o seu semelhante constitui uma necessidade absolutamente vital. Por isso, o direito de cada um de expressar suas ideias de opiniões e ouvir aquelas expostas pelos outros representa uma dimensão essencial da dignidade humana. Privar o indivíduo destas faculdades é comprometer a sua capacidade de realizar-se e de desenvolver-se como pessoa humana. Trata-se, portanto, de uma das mais graves violações à autonomia individual que se pode conceber, uma vez que a nossa capacidade de comunicação com o outro é certamente um dos aspectos mais essenciais da nossa própria humanidade.

Outrossim, a comunicação é importante para a formação e o crescimento intelectual do indivíduo, esteja ele na condição de emissor ou receptor. Como emissor, tem a oportunidade de aprimorar uma ideia incipiente, percebendo seus pontos fracos ao transmiti-la a outra pessoa. Já na figura do receptor, a oportunidade de ouvir opiniões

diversas daquelas que poderia formular informações que não tem acesso ou até críticas, permite entender melhor seus próprios pensamentos.

Ante o exposto, nota-se que o pluralismo de ideias não é relevante apenas para a participação consciente do cidadão da esfera pública, tecendo críticas e fiscalizando seus governantes, mas também para que o indivíduo possa fazer escolhas autônomas na sua esfera privada.

Por fim, destaca-se que a liberdade de expressão é valiosa porque educa para a prática da tolerância, ou seja, “para o desenvolvimento da capacidade social de autocontrolar o impulso de domesticar e, especialmente, de castigar os diferentes em função de suas crenças e convicções particulares”. Uma sociedade tolerante seria justamente aquela que não coage ou hostiliza, através de meios legais ou até informais de repreensão social, aqueles que possuem ideias diferentes daquelas dominantes como regras de pensamento e conduta (MARTINS NETO, 2008, p. 67).

A importância da tolerância já fora afirmada por John Locke, numa visão ligada especialmente à doutrina cristã, de forma diversa da visão secular atual:

Essas acusações cessariam imediatamente se a lei da tolerância fosse aprovada garantindo a quem de direito, de modo que todas as igrejas seriam obrigadas a ensinar e estabelecer como fundamento de sua própria liberdade o princípio de tolerância para com as outras, mesmo quando dissentem entre si em questões sagradas, e que ninguém deveria ser coagido em matéria de religião por nenhuma lei ou força.

[...]

E, se consideramos corretamente, descobriremos consistir totalmente no assunto que estou discutindo. Não é a diversidade de opiniões (o que não pode ser evitado), mas a recusa de tolerância para com os que têm opinião diversa, o que se poderia admitir, que deu origem à maioria das disputas e guerras que se têm manifestado no mundo cristão por causa da religião.

Ressalta-se que os principais vitimados pela intolerância são as minorias, sejam religiosas, étnicas, raciais ou sexuais e que a liberdade de expressão, em uma sociedade que visa aniquilar o pensamento dissidente, tem a função de dar voz àqueles que tradicionalmente não teriam, asseverando a mensagem do respeito à diversidade do pensamento.

Em síntese, essas ideias são o alicerce da proteção constitucional devotada à liberdade de expressão. Contudo, tal direito não foi concebido como absoluto – a própria Constituição lhe impôs restrições e limites, assim como o legislador ordinário criminalizou determinadas manifestações do pensamento. Um exemplo é a apologia de crime ou criminoso, cuja repressão legal suscita as mais diversas críticas – como se verá no próximo capítulo.

2 APOLOGIA DE CRIME OU CRIMINOSO

No artigo 287 do Código Penal, é definido como crime “fazer publicamente, apologia de fato criminoso ou de autor de crime” e cominada a pena de detenção de três a seis meses, ou multa. Tal conduta está prevista no Título IX do diploma, que trata dos Crimes contra a Paz Pública, juntamente com o delito de Incitação ao Crime (art. 286) e desde 2013, com a Associação Criminosa (art. 288) e a Constituição de Milícia Privada (art. 288-A).

Essa figura típica foi prevista pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro no Código Penal de 1940, tendo como inspiração delitos previstos em codificações italianas - o Código Zanardelli (1889) e Código Rocco (1930), nos artigos 247 e 414, respectivamente (BITTENCOURT, 2012b, p. 415). O Código Rocco cuidou dos delitos de apologia e incitação ao crime numa mesma figura penal, enquanto o Código Zanardelli fizera a distinção entre instigação direta e indireta, correspondentes aos tipos previstos nos artigos 286 e 287 da legislação penal brasileira (PIERANGELI, 2007, p.674). O Código Penal Uruguaio de 1934, o qual também serviu como fonte para a tipificação do delito no direito brasileiro, por sua vez, também se valeu da duplicidade de tipos penais (arts. 147¹⁹ e 148²⁰, respectivamente).

Acerca da previsão no direito italiano, disserta Magalhães Noronha (1986, p. 84):

É a primeira vez que, em nossa legislação, define-se o delito que, todavia, fora contemplado pelo diploma italiano de 1889: “Quem, publicamente, faz apologia de um fato que a lei prevê como delito ou incita à desobediência da lei, ou, então, incita o ódio entre várias classes sociais de modo perigoso para a tranquilidade pública, é punido [...]

No Código de Rocco, art. 414, a apologia de delito constitui a última parte do dispositivo que, também, define a incitação a cometer crimes.

Ocorre que, como ressalta Alexandre Assunção e Silva (2012, p. 87), o Código Rocco²¹, o qual serviu de inspiração para o Código Penal de 1940 e para criar o delito em

¹⁹ Art. 147. Instigación pública a delinquir.

El que instigare públicamente a cometer delitos, será castigado, por el solo hecho de la instigación, con pena de tres a veinticuatro meses de prisión.

²⁰ Art. 148. Apología de hechos calificados como delitos. El que hiciere, públicamente, la apología de hechos calificados como delitos, será castigado con tres a veinticuatro meses de prisión

²¹ “O direito penal fascista caracterizou-se por atribuir ao direito penal a finalidade de proteger o Estado, estabelecer gravíssimas penas para os delitos políticos definidos subjetivamente, proteger o partido oficial e,

comento, foi editado sob a ditadura fascista de Mussolini, em 1930, prevendo um sistema inquisitorial.

Diante disso, o Código Penal de 1940, que vige desde 1942 até os dias atuais, apesar das reformas que enfrentou, foi concebido durante o Estado Novo, em 1937, pelo jurista Alcântara Machado (BITTENCOURT, 2012a, p.176). Para Zaffaroni (2011, p. 199-200), o projeto Alcântara Machado tinha muitas similaridades ao Código Rocco, sendo sancionado durante a vigência da Constituição de 1937, conhecida como “Constituição Polaca”. De acordo com o autor, era um código “rigoroso, rígido, autoritário no seu cunho ideológico” e “tal como na Itália, esse sistema se manteve, embora atenuado pela ação da doutrina e jurisprudência”.

César Bittencourt (2012b, p. 415) destaca que o Código Penal Brasileiro de 1940 foi muito além das codificações italianas que serviram de inspiração, pois criminalizou também a apologia ao criminoso, de forma similar à legislação penal argentina²². O Código Zanardelli e o Código Rocco, por outro lado, tipificaram apenas a apologia ao fato criminoso.

Para Alexandre Assunção e Silva (2012, p. 89), não há como negar uma influência fascista, moralista e totalitária em vários dispositivos do Código Penal de 1940, dentre eles a apologia de crime. Na opinião do jurista, o referido delito “constitui a punição de alguém pelo que pensa, pelo que é, pelas suas opiniões manifestadas, ainda que não haja nenhum prejuízo ao delito em razão da sua exteriorização. É um tipo penal do autor”.

Ressalta-se que há a previsão da referida figura típica em legislação extravagante no ordenamento jurídico brasileiro, como, por exemplo, na Lei 6.620/78 (art. 44²³), Lei 5.250/67 (art. 19, §2²⁴) e o Decreto-lei n. 431/38 (art. 3º, n. 11²⁵).

além disto, pelo amplo predomínio da prevenção geral mediante a intimidação. Não obstante, por esses caminhos, o fascismo não chegou aos excessos autoritários do nacional-socialismo ou do regime soviético. O autoritarismo fascista, em geral, orienta-se pelo pensamento neo hegeliano, o que o torna menos irracional. O código penal italiano de 1930, é a obra confessa do fascismo, como foi mostrado na sua apresentação pelo próprio Ministro Alfredo Rocco. A circunstância de que o código se oriente ao pensamento neo hegeliano conduz ao fascismo, o Estado seja o criador da Nação, proposição que será invertida pelo nazismo” (ZAFFARONI, 2011, p. 293).

22 ARTICULO 213. - Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que hiciere públicamente y por cualquier medio la apología de un delito o de un condenado por delito.

23 Art. 44 - Incitar à prática de qualquer dos crimes previstos neste Capítulo, ou fazer-lhes a apologia ou a de seus autores, se o fato não constituir crime mais grave

Pena: reclusão, de 1 a 5 anos.

Parágrafo único - A pena será aumentada de metade, se o incitamento, publicidade ou apologia for feito por meio de imprensa, radiodifusão ou televisão.

²⁴Art.19. Incitar à prática de qualquer infração às leis penais:

[...]

§ 2º Fazer apologia de fato criminoso ou de autor de crime:

2.1 Adequação Típica

2.1.1 Tipo Objetivo

A ação incriminada é fazer apologia, ou seja, louvar, elogiar, enaltecer, exaltar. Não se trata da mera manifestação de solidariedade, defesa ou apreciação favorável: a conduta do agente deve ser ter como fim enaltecer, engrandecer, elogiar, aplaudir fato criminoso ou autor de crime.

Definiam os autores clássicos do Direito Penal Brasileiro como Magalhães Noronha e Nelson Hungria que a conduta típica fazer apologia significava elogiar, exaltar, enaltecer, destacar qualidade, virtude ou aptidão do autor enquanto criminoso, ou vantagens, benefícios ou consequências favoráveis do fato delituoso. Nesse sentido, para Nelson Hungria, “fazer apologia é a exaltação enfática, o elogio rasgado, o louvor entusiástico” (HUNGRIA apud BITTENCOURT, 2012b, p. 417). Já para Magalhães Noronha (1986, p. 92), “a apologia de crime ou criminoso outra coisa não é que a incitação ao crime. É um incitamento mais hábil ou ardiso que o precedente, mas não o deixa de ser. É a incitação indireta”.

A conduta não ocorreria quando alguém apenas tentasse explanar o ocorrido ou apontar qualidades ou atributos do delinquente e o apoio moral: “em determinadas circunstâncias, não é apologia de criminosos, como ocorrem em relação a um réu condenado, quando as provas contra ele são fracas e incompletas, dando margem a dúvidas” (NORONHA, 1986, p. 92).

Sobre essa vertente doutrinária, disserta César Bittencourt (2012b, p. 417):

Nas definições de verdadeiros ícones da antiga doutrina nacional, constata-se que, por mais eloquentes que tenham procurado ser nossos doutrinadores do passado, apenas conseguem retratar uma espécie *sui generis* de superficial, genérica e vaga *instigação*, sem idoneidade para motivar eficazmente a prática de *crime determinado*, não passando, quando muito, de simples desejo, de mera intenção, de vaga expectativa, que nem sequer caracteriza o simples *animus* do agente.

O elogio deve referir-se, sustentava a doutrina tradicional, a fato definido como crime ou a seu autor, de forma a constituir incentivo indireto ou implícito à repetição da ação delituosa, por quem quer que seja [grifo no original].

Pena: Detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa de 1 (um) a 20 (vinte) salários-mínimos da região.

²⁵ Art. 3º São ainda crimes da mesma natureza:

[...]

11) instigar publicamente a cometer qualquer dos crimes a que se refere o inciso 14 ou publicamente fazer a sua apologia;

Assim, nota-se que, na opinião desses autores, a incitação de crime poderia ser feita de maneira direta, quando o agente, através da sua manifestação, tivesse a intenção de levar outros a delinquirem, e a incitação indireta, na qual tivesse feito apenas um elogio, uma exaltação ao fato criminoso ou àquele que o cometeu. Além disso, entende a doutrina clássica que a instigação implícita ou indireta não precisaria ser levada a sério pelo instigado.

De acordo com a doutrina mais atual, a conduta típica prevista no art. 287 do Código Penal consiste em fazer apologia (exaltar, elogiar, enaltecer, aprovar, louvar, defender, justificar), publicamente, fato criminoso ou autor de crime. Vale lembrar que apologia, palavra grega significa elogio, encômio, louvor (PRADO, 2016, p. 1198).

As divergências doutrinárias não se dão em relação em que consiste o verbo nuclear do tipo, mas sim no tocante à definição das elementares²⁶ “fato criminoso” e “autor de crime”.

2.1.1.1 Fato Criminoso

A primeira parte do crime refere-se à apologia a “fato criminoso”, o qual, para a doutrina majoritária, se refere a um fato concreto e determinado definido como crime pela lei, não compreendendo a figura típica aqueles considerados imorais e até as próprias contravenções penais (DELMANTO, 2011, p. 819). Para Fernando Capez (2011, p. 317-318), fato criminoso “não abrange o fato contravencional ou imoral, bem o fato culposo” e que a conduta incriminadora trata de “fato criminoso determinado e já ocorrido”, de forma a não existir apologia de fato futuro.

O fato culposo não encontra adequação típica na conduta descrita no artigo 287 do Código Penal, visto que o crime culposo é resultado de uma “inobservância de um dever objetivo de cuidado; conseqüentemente, eventual apologista não obterá êxito na tentativa de motivar um descuido de eventual imprudente, resultando, assim, inatingível a pretendida violação da questionável paz pública” (BITTENCOURT, 2012b, p. 418).

Esse entendimento é compartilhado por Damásio de Jesus (2011, p. 438):

²⁶ As chamadas elementares são os elementos essenciais constitutivos do delito, ou seja, fatores que integram a descrição da conduta típica. De acordo com Bittencourt (2012a, p. 1681), “são dados, fatos, elementos e condições que integram determinadas figuras típicas. Certas peculiaridades que normalmente constituiriam circunstâncias ou condições podem transformar-se em elementos do tipo penal e, nesses casos, deixam de circundar simplesmente o injusto típico para integrá-lo”. Ademais, ressalta-se que o tipo penal é integrado por outras circunstâncias, que não fazem parte da estrutura típica, mas influem na dosagem final da pena.

A apologia de fato criminoso culposo não constitui o delito porque é inconcebível que a paz pública, objeto jurídico deste delito, seja ameaçada pela exaltação de crime decorrente de culpa. É que não se pode admitir que alguém seja incitado (indiretamente) à prática de fatos criminosos decorrentes da inobservância do cuidado objetivo necessário. Tal apologia, se feita, resultaria inócua e não ofenderia o bem jurídico.

Relembra-se que consoante dito alhures, também não estão abrangidas pela figura típica as contravenções penais, diferentemente da legislação italiana (PIERANGELI, 2007, p. 676).

Controvérsia existe na doutrina se o fato criminoso já deve ter acontecido ou pode ser um fato apontado abstratamente, o qual é previsto na legislação penal, mas se trata de um fato concretamente praticado por alguém.

Posição mais acertada é a que entende que ao referir-se a fato criminoso, nossa lei penal demanda a exaltação de um acontecimento concreto, que seja uma infração penal típica já cometida. Nas palavras de Pierangeli, “realmente, não se concebe que se possa fazer a apologia de crimes *in genere* ou ainda não sucedidos” (2007, p. 675-676). No mesmo sentido é a lição de Luiz Régis Prado, para quem o elogio deve se referir a fato criminoso, concreto e determinado, não podendo se referir a acontecimentos futuros (2016, p. 1198). Se o crime exaltado for futuro, poderia ocorrer a figura da incitação ao crime, prevista no art. 286 do Código Penal, e não a Apologia de Crime ou Criminoso (SANCHES, 2015b, p. 619).

Rogério Greco (2008, p. 1127) tem uma visão diversa, entendendo que a lei penal além de reprimir a exaltação de atos criminosos pretéritos, visa impedir qualquer apologia a um delito abstratamente considerado.

Nesse ponto, vale destacar que ampliar o significado da expressão fato criminoso, implicaria a utilização da interpretação extensiva no Direito Penal Brasileiro. Tal forma de interpretação se dá quando o intérprete amplia o significado de uma palavra a fim de alcançar o real significado da norma penal, existindo discussão se pode ou não se dar em prejuízo do acusado (SANCHES, 2015a, p. 61). Ou seja, as palavras do texto legal expressam menos do que deveriam, de forma que a expressão literal não abrange o real sentido da norma.

Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 91-92) entende ser indiferente o benefício ou prejuízo ao réu no uso desse tipo de interpretação, visto que “a tarefa do intérprete é conferir aplicação lógica ao sistema normativo, evitando-se contradições e injustiças”.

Em sentido oposto, Zaffaroni e Pierangeli (2009, p. 170) lembram que o *in dubio pro reo*, apesar de ser um princípio amplamente aceito direito processual penal, é uma regra de valoração da prova no âmbito penal:

A partir de rejeição do *in dubio pro reo*, entende-se que a interpretação da lei pode ser extensiva, literal ou restritiva, com relação ao alcance da punibilidade. Cremos que há um limite semântico do texto legal, além do qual não se pode estender a punibilidade, pois deixa de ser interpretação para ser analogia. Dentro dos limites da resistência da flexibilidade semântica do texto são possíveis interpretações mais amplas ou mais restritivas da punibilidade, mas não cremos que isso possa ser feito livremente, mas que deve obedecer a certas regras, como também entendemos que o princípio *in dubio pro reo* tem vigência penal somente sob a condição de que seja aplicado corretamente.

Em suma, defendem que o *in dubio pro reo* deve ser adotado como critério para interpretar uma expressão legal com múltiplos sentidos, contudo, pode não ser utilizado se implicar contradição ao resto do sistema.

Eventual interpretação extensiva da elementar fato criminoso violaria o princípio da legalidade, previsto no art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, que dispõe que “não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, devendo o legislador ao criar os tipos penais e cominar suas sanções, abster-se de utilizar expressões vagas, equívocas ou ambíguas, de forma a oferecer efetiva segurança jurídica ao sistema penal (BITTENCOURT, 2012a, p. 91).

Ferrajoli (2010, p. 351), afirma que a proibição da analogia é um corolário do princípio da estrita legalidade, da onde também surge o dever de interpretação restritiva das leis penais:

Também em relação à proibição de analogia há que distinguir dentre as leis penais aquelas que são favoráveis ou desfavoráveis ao réu. A analogia encontra-se excluída se é *in malam partem*, enquanto é admitido caso seja *in bonam partem*, ao restar sua proibição dirigida, conforme o critério geral do *favor rei*, a impedir não a restrição, mas somente a extensão por obra da discricionariedade judicial do âmbito legal da punibilidade. Disso, segue-se em termos mais gerais o dever de interpretação restritiva e a proibição da interpretação extensiva das leis penais. “Não está permitido estender as leis penais”, escreveu Francis Bacon, “a delitos não contemplados expressamente”; e “é cruel atormentar o texto das leis para que estas atormentem os cidadãos”.

Assim, nota-se que devido ao fato da lei penal incriminadora sempre ser interpretada restritivamente, de forma a respeitar o princípio da legalidade, entende-se que a referência a “fato criminoso” deve ser feita a uma situação determinada definida como crime.

2.1.1.2 Autor de Crime

A segunda parte do tipo penal em comento versa sobre a analogia a autor de crime. Sobre “autor de crime”, entende C ezar Bittencourt (2012b, p. 422) que a referência   feita a quem for condenado, por sentença transitada em julgado, como exige a Constitui o Brasileira em seu art. 5 , LVII, ao definir que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Destaca o doutrinador que para Nelson Hungria, não importava se o autor do crime havia sido condenado ou não e até se houve a propositura da competente a o penal ou não, entendimento que era seguido por Heleno Fragoso, Régis Prado, Magalhães Noronha, entre outros. Atualmente, apenas leciona Fernando Capez nesse sentido (2011, p. 318) para quem a Apologia de Crime ou Criminoso   aquela feita em virtude do delito que praticou e que “não importa se o delinqüente enaltecido já foi condenado ou não, se já há a o proposta ou não”.

Com posicionamento alinhado constitucionalmente, leciona Guilherme Nucci (2014, p. 820) que autor do crime “  a pessoa condenada, com trânsito em julgado, pela prática de um crime, não se incluindo a contraven o penal. Não   suficiente a mera acusa o, pois o tipo não prevê apologia de pessoa acusada da prática de crime”.

Celso Delmanto (2011, p. 820) também entende que a incrimina o do referido delito compreende apenas a apologia a autor de crime, assim definido por decisão condenatória passada em julgado, em razão das garantias constitucionais da desconsidera o prévia da culpabilidade ou presun o de inocência, prevista na Constitui o Federal²⁷, no Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Pol ticos²⁸ e na Conven o Interamericana de Direitos Humanos²⁹, ambos os tratados subscritos e ratificados pelo Brasil, e da reserva legal, prevista também pelos mesmos veículos normativos³⁰.

²⁷ Art. 5 , LVII - ning m será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória

²⁸ Art. 14. 2. Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.

²⁹ Art. 8 , 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.

³⁰ Na Constitui o Federal, tal garantia está insculpida no art. 5 , XXXIX e no Pacto de Direitos Cívicos e Políticos, no art. 15, 1. Por fim, o art. 9  da Conven o Interamericana de Direitos Humanos dispõe que “Ninguém pode ser condenado por a es ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetra o do delito. Se depois da perpetra o do delito a lei dispuser a imposi o de pena mais leve, o delinqüente será por isso beneficiado”.

Vale lembrar que o elogio feito pelo sujeito ativo do delito de apologia àquele que cometeu crime anteriormente, deve versar sobre a conduta criminosa em si, e não sobre características morais ou intelectuais desse (JESUS, 2011, p. 438). André Estefam e Pedro Franco de Campos (2008, p. 294) também defendem que não comete o crime quem apenas elogia atributos físicos, intelectuais ou morais de autores de delitos.

É o mesmo entendimento sustentado por César Bittencourt (2012b, p.418):

A apologia feita ao *autor do crime* deve referir-se aos *meios de execução* necessários à prática deste, e não à personalidade do delinquente. Não pode ser considerado *apologista* quem se limita a explicar o comportamento criminoso de alguém ou apenas a apontar seus atributos ou qualidades pessoais. Na verdade, a *apologia* limita-se a elogio ao criminoso por ter praticado a ação criminosa, por sua habilidade, competência ou motivação na execução do crime, não abrangendo, evidentemente, nenhuma apreciação favorável relativa a outros atributos – verdadeiros ou fantasiosos – da sua personalidade ou de seu caráter.

Luiz Régis Prado (2016, p. 1198), por sua vez, adverte que não satisfaz o tipo em comento o simples elogio as qualidades do autor ou até a tentativa de explicar suas razões para o cometimento do crime, como a afirmação de que é um bom pai de família ou que a sentença condenatória fora deveras severa, por exemplo.

Destaca-se que o novo entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus (HC) 126292, em fevereiro de 2016, o qual admite a execução antecipada da pena dos acórdãos prolatados em segunda instância, pode trazer alterações no significado da elementar “criminoso” no tipo previsto no art. 287 do Código Penal. A despeito da controvérsia sobre uma possível contrariedade ao princípio da constitucional da presunção de inocência, em outubro de 2016, o Plenário, por maioria, confirmou o entendimento (STF, 2016).

2.1.1.3 Publicamente e meios executórios

Ademais, a conduta deve ser praticada *publicamente*, visto que a publicidade é uma elementar do tipo em questão, devendo a conduta ser percebida ou perceptível por indeterminado número de pessoas, assim como ocorre no delito de incitação ao crime, previsto no art. 286 do Código Penal³¹, o qual também é previsto no Título IX da codificação (DELMANTO, 2010, p. 819).

³¹ Incitação ao crime

Art. 286 - Incitar, publicamente, a prática de crime:
Pena - detenção, de três a seis meses, ou multa.

Bittencourt (2012b, p. 410-411) ressalta que não é apenas o número de pessoas que satisfaz a elementar em questão – a conduta praticada em um ambiente familiar, por exemplo, não a configura. Para ele, a publicidade implica a presença de “inúmeras pessoas ou a utilização de meio realmente capaz de levar o fato do conhecimento de número indeterminado de pessoas”.

Para alguns autores, a ausência de publicidade no delito em comento reduziria a conduta a um mero ato preparatório, que, como tal, não é punido pelo direito penal, nos termos do art. 31 do Código Penal: “o ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado”, o que será abordado em tópico posterior.

A apologia pode ser praticada por qualquer “meio idôneo de transmissão de pensamento”, valendo a palavra escrita, a oralidade e até por meio de gestos. Adverte Pierangeli (2007, p. 676) que em sendo utilizada a linguagem oral, não é suficiente o uso isolado de uma única palavra, mas sim uma “sucessão de ideias perfeitamente concatenadas, que possam formar um sentido completo, global, por significar um incentivo direto ou indireto, embutido até, para a prática de um ou mais delitos determinados”. Ressalta Celso Delmanto (2010, p. 819) que não importa o meio que o agente se vale para praticar o delito, destacando o uso de palavras, gestos, escritos ou até qualquer outro meio, principalmente a Internet³². Assim sendo, doutrinariamente, é classificado como delito de forma livre, ou seja, aquele que pode ser praticado utilizando qualquer meio executório que o agente eleger (BITTENCOURT, 2012b, p. 425).

2.1.2 Tipo Subjetivo

Trata-se de crime punível exclusivamente a título de dolo, representado pela “vontade de fazer apologia de crime ou de autor de qualquer crime, consciente o agente de que o faz publicamente, e que dessa forma alcança um número indeterminado de pessoas, muito embora possa, inclusive, se dirigir diretamente a determinadas pessoas” (PIERANGELI, 2007, p. 676).

Essa consciência, de acordo com Cézar Roberto Bittencourt (2012b, p. 424), consiste

³² Faz-se necessária a referência de que se o meio de execução for a imprensa, o sujeito incide nas sanções do art. 19, §2º, da Lei 5.250/67, em função do princípio da especialidade.

na *seriedade* com que é executada a apologia, objetivando efetivamente convencer o seu destinatário imediato, aspecto fundamental para que a conduta se ajuste à descrição do tipo penal. Essa *seriedade* resultará da forma ou modo como a apologia é realizada, do lugar e do momento escolhidos, além de outras circunstâncias similares. O sujeito ativo deve agir com *vontade* de instigar efetivamente a prática criminosa, além de estar *consciente* de que sua ação é ou poderá ser percebida por indeterminado número de pessoas.

Desta forma, requer-se um grau de determinação sobre o crime e sobre o próprio fato, pessoas e instituições; por exemplo, não constitui apologia a mera pregação ideológica, por mais avançada que seja.

Não se exige nenhum motivo ou finalidade específica por parte do agente (JESUS, 2011, p. 438), ou seja, é suficiente o dolo genérico para a configuração do elemento subjetivo do tipo penal em comento.

Vale lembrar que anuncia o artigo 18, I, do Código Penal, que é doloso o crime quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo. Partindo desse conceito, dolo genérico é quando o agente tem vontade de realizar a conduta descrita no tipo penal, sem nenhum fim específico. Já no dolo específico, o agente tem a vontade de praticar conduta com uma finalidade específica, que elementar do próprio tipo penal³³. Atualmente, a expressão dolo específico não é mais utilizada e sim elemento subjetivo do tipo (SANCHES, 2015a, p. 193). Adverte Guilherme Nucci (2014, p. 185) que o elemento subjetivo específico nem sempre é explícito, podendo não ser visível de pronto, como nos crimes contra a honra, em que deve haver a vontade de prejudicar a reputação na prática, apesar de não ser exigido no tipo.

Ressalta-se que qualquer vontade diversa daquela exigida no tipo penal, como por exemplo, proferir um discurso exaltado em público a fim de exercitar a oratória, não configura o delito (NUCCI, 2014, p. 791).

2.2 Bem Jurídico Tutelado

2.2.1 O Conceito de Bem Jurídico Penalmente Tutelado

³³ Um exemplo é o artigo 159 do Código Penal que dispõe: Sequestrar pessoa com o **fim de obter**, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço de resgate.

De início, cumpre estabelecer as linhas gerais dos princípios da lesividade e necessidade no âmbito penal, que são uma dupla limitação ao poder proibitivo do Estado, e aos quais o conceito de bem jurídico penalmente tutelado está intimamente relacionado.

O direito penal visa proteger os cidadãos e reduzir a violência, de forma que as únicas proibições penais justificadas pela absoluta necessidade³⁴ são as “proibições mínimas necessárias”, ou seja, aquelas que são criadas para impedir condutas mais lesivas aos direitos que as criadas pelo direito penal em resposta. Ou seja, justamente porque a intervenção punitiva é a técnica de controle social mais gravosamente lesiva da liberdade e da dignidade dos cidadãos, o princípio da necessidade exige que se recorra a ela somente em remédio extremo. Ademais, essa necessidade da lei penal fica condicionada pela lesividade³⁵ a terceiros, de forma que os danos causados a terceiros são as razões, critérios e medidas das proibições e das penas. (FERRAJOLI, 2010, p. 427-428).

Segundo o princípio da lesividade, são criminalizadas apenas aquelas condutas que produzem lesão nos bens jurídicos alheios, públicos ou particulares, não configurando injusto penal aquelas condutas que não ofendam seriamente ao bem jurídico ou que sejam apenas autolesão (QUEIROZ, 2012, p. 92).

Para Nilo Batista (2011, p. 91-94), o princípio em questão comporta quatro funções: proibir a incriminação de uma atitude interna, proibir a incriminação de conduta que não exceda o âmbito pessoal do autor, proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais e proibir a incriminação das condutas desviadas que não afetam qualquer bem jurídico.

César Bittencourt (2012a, p. 112-113), por sua vez, vislumbra duas funções principais do princípio da ofensividade ou lesividade no Estado democrático de Direito. A primeira é a função político-criminal, servindo de orientação a atividade legiferante, ou seja, tem caráter preventivo-informativo e antecede a elaboração de diplomas criminais; a segunda é denominada função interpretativa ou dogmática e se manifesta a *posteriori*, ou seja, na aplicação do próprio Direito Penal pelos seus intérpretes, que são, em última instância, os juízes.

³⁴ ”O primeiro limite vem ditado pelo *princípio da necessidade* ou de *economia das proibições penais*, expressado no axioma A3, *nulla lex poenalis sine necessitate*, do qual deriva, por exigi-lo a legalidade das penas e dos delitos, não só o princípio da pena mínima necessária - enunciado na tese T12, *nulla poena sine necessitate* [...], mas também, o da máxima economia na configuração dos delitos - contido na tese T20, *nullum crimen sine necessitate*” (FERRAJOLI, 2010, p. 427).

³⁵ Princípio recolhido no axioma *nulla necessitas sine iniuria*, e na tese seguinte, *nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis sine iniuria* (FERRAJOLI, 2010, p. 428).

Partindo dessas premissas, o “bem jurídico penalmente tutelado é a relação de disponibilidade de um indivíduo com um objeto, protegida pelo Estado, que revela o seu interesse mediante a tipificação penal de condutas que o afetam”. Ou seja, o que é protegido não é o próprio bem em si, mas sim o direito do seu titular dispor dele como lhe aprouver, sem embaraços (ZAFFARONI, 2010, p. 403).

O conceito de bem jurídico aparece na história dogmática no início do século XIX, com os Iluministas, que definiam o fato punível como lesão de direitos subjetivos naturais da pessoa. Binding apresentou o bem jurídico como sendo “estado valorado pelo legislador”, uma entidade externa ao direito e independente dele e Von Liszt viu no bem jurídico um conceito central da estrutura do delito³⁶ (FERRAJOLI, 2010, p. 430).

Nos dias atuais, o bem jurídico possui uma função essencial de crítica do direito: por um lado, serve como limitador e fundamenta a própria criação dos tipos penais; por outro lado, auxilia orienta a aplicação e interpretação daqueles previstos na Parte Especial do Código. Destaca-se que “atravessamos um período de transição entre a tradicional concepção pessoal de bem jurídico e posturas que prescindem do dogma do bem jurídico para a legitimação do exercício do *ius puniendi* estatal” (BITTENCOURT, 2012a, p. 72).

Para Nilo Batista (2011, p. 96-97), o bem jurídico cumpre as seguintes funções no Direito Penal:

1ª *axiológica* (indicadora de valorações que presidiram a seleção do legislador); 2ª *sistemático-classificatória* (como importante princípio fundamentador da construção de um sistema para a ciência do direito penal e o mais prestigiado critério para o agrupamento de crimes, adotados pelo nosso código penal; 3ª *exegética* (ainda que não circunscrito a ela, é inegável que o bem jurídico, como disse Aníbal Bruno, é “o elemento central do preceito”, construindo-se em importante instrumento metodológico na interpretação de normas jurídico-penais); 4ª *dogmática* (em inúmeros momentos, o bem jurídico se oferece como uma cunha epistemológica para a teoria do crime: pense-se nos conceitos de resultado, tentativa, dano/perigo, etc.); 5ª *crítica* (indicação dos bens jurídicos permite, para além das generalizações legais, verificar as concretas opções e finalidades do legislador, criando, nas palavras de Busto, oportunidade para “a participação crítica dos cidadãos em sua fixação e revisão”).

Por seu turno, Ferrajoli (2010, p. 430) destaca quatro questões que gravitam o conceito de bem jurídico:

a) se as proibições penais devem tutelar um bem jurídico para não ficar sem justificação moral e política; b) se um determinado ordenamento jurídico oferece a garantia da lesividade, isto é, as proibições legais e as sanções concretas são legítimas juridicamente se produzem um ataque a um bem jurídico; c) quais bens, ou não bens, tutelam normativamente as leis penais; d) quais bens, ou não

³⁶ Ferrajoli afirma que o conceito foi dilatado indefinidamente com esses autores até compreender situações vagas como perigo abstrato ou presumido e que foi justamente essa concepção que serviu de base na classificação de delitos do Código Fascista de 1930.

bens, tutelam, de fato, as mesmas leis, e quais bens, ou não bens, são atacados pelas condutas que elas proíbem.

Diante disso, nota-se que o bem jurídico possui duas funções principais, razão pela qual é tão caro ao Direito Penal: a) a função garantidora, em função do princípio republicano³⁷, impedindo que sejam tipificadas condutas ao bel prazer do legislador, num exercício arbitrário e irracional de seus atos; b) função teleológico-sistemática, que confere sentido à proibição manifestada no tipo e a limita (ZAFFARONI, 2010, p. 406).

Nesse sentido, poder-se-ia afirmar serem inconstitucionais os crimes de perigo abstrato, visto que não são capazes de lesar o bem jurídico tutelado, nem o expor a um perigo concreto, premissa incompatível com direito penal em um Estado Democrático de Direito (BITTENCOURT, 2012a, p. 111).

2.2.2 A Paz Pública

Nessa vereda, traz o Título IX da Parte Especial do Código Penal os crimes concebidos contra a paz pública, o qual deve ser analisado com muita prudência, a fim de identificar qual o verdadeiro bem jurídico tutelado.

Os crimes previstos nesse título foram introduzidos pelo Código Penal de 1940 (2.1), e, diferentemente dos outros países como Argentina e Itália, não empregaram a expressão ordem pública, visto que esta é mais ampla e vaga que aquela, sendo ordem pública a espécie, da qual paz pública é o gênero (DELMANTO, 2011, p. 817).

Magalhães Noronha (1986, p. 84-85) definia a paz pública como “o sentimento de segurança e garantia que todos possuem e que é atingido pelo elogio do fato a que ela se opõe”, em função da influência que a apologia poderia provocar naqueles em estado latente de criminalidade. Para Fragoso, a paz pública poderia ser compreendida em dois sentidos: objetivamente, correspondia à ordem na vida social, em função das normas jurídicas que regulam as relações sociais, correspondendo a uma espécie de segurança social - o que Rocco entendia ser “a ordem social”; subjetivamente, correspondia “ao sentimento coletivo

³⁷ “O princípio republicano (ou democrático) impõe a racionalização dos atos do poder público e, conseqüentemente, também do Poder Judiciário, o que obriga à interpretação lógica e coerente das leis penais. O princípio da soberania do povo impede que a justiça penal seja exercida sob invocações de poderes absolutos ou maiores do que aqueles que emergem da vontade do povo. Ambos os princípios emergem do art. 1º, parágrafo único, da Constituição: Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (ZAFFARONI, 2010, p. 125).

de segurança na ordem jurídica” e é nesse sentido que a lei penal tutela a paz pública (FRAGOSO apud DELMANTO, 2010, p. 817).

César Roberto Bittencourt (2012b, p. 406) também ressalta que a ordem pública tem dois significados, o objetivo, que significa a convivência harmônica e pacífica dos cidadãos e o subjetivo, representado justamente pelo sentimento de tranquilidade pública e segurança social. É neste sentido que paz pública seria sinônimo de ordem social, contrariamente à posição adotada pelo Código Penal Rocco, transformando o sentimento coletivo de segurança e confiança nas instituições públicas como verdadeiro bem jurídico relevantemente tutelado.

Pierangeli (2007, p. 672) disserta sobre o bem jurídico em questão:

A tutela jurídico-penal recai sobre a paz pública, vista esta como a tranquilidade e segurança da coletividade dentro do âmbito em que se desenvolve a vida civil. Consoante um entendimento moderno, a instigação ao crime representaria uma ofensa ao sentimento coletivo de segurança entre os concidadãos, criando, assim, uma desconfiança de que o ordenamento jurídico-penal reúna condições de assegurar a convivência social. Entre os autores clássicos, significaria o alarma social. Preocupado com esse aspecto, o legislador passa a punir como criminoso um fato que em si não o é, dando por consumado um fato que mal revela uma tentativa, mesmo quando não ocorra qualquer evento lesivo ou letal.

Nos dizeres de Damásio de Jesus (2011, p. 431-432) “a paz pública, objeto jurídico dos crimes previstos neste Título, é o sentimento de tranquilidade ao qual têm direito todas as pessoas, e sem o qual se torna impossível o desenvolvimento e sobrevivência dos componentes de uma determinada sociedade”. Para o autor, a criminalização das condutas que possam gerar insegurança e medo é o instrumento pelo qual o Direito Penal tutela esse sentimento, sendo, portanto, crimes de perigo abstrato, uma vez que o legislador presume a perturbação da comunidade pela simples prática dessas condutas.

Nesta classificação do fato delituoso, o legislador “tipifica uma conduta por julgá-la perigosa em si mesma, independentemente da demonstração de qualquer dano ou perigo concreto de dano, de sorte que a lei presume o perigo *juris et de jure*” e é essencial à realização do tipo a mera exposição do bem jurídico ao perigo, sendo irrelevante o dano, que configura mero exaurimento de um crime já consumado, sendo questionável a sua constitucionalidade (QUEIROZ, 2012, p. 213).

Assim, é um delito que, para a sua consumação, não exige resultado algum consistente na efetiva perturbação da paz jurídica. Segundo a doutrina tradicional, o crime se consuma com a apologia de crime ou criminoso perceptível por um número

indeterminado de pessoas, ainda que não sobrevenha nenhuma ofensa concreta (JESUS, 2011, p. 438).

Discute-se a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, visto que a lei acaba por criminalizar a simples desobediência à norma, independentemente da realização de um perigo concreto. Bittencourt (2012a, p. 111-112) entende que “são inconstitucionais todos os chamados crimes de perigo abstrato, pois, no âmbito do Direito Penal de um Estado Democrático de Direito, somente se admite a existência de infração penal quando há efetivo, real e concreto perigo de lesão a bem jurídico determinado. Em outros termos, o legislador deve abster-se de tipificar como crime ações incapazes de lesar ou, no mínimo, colocar em perigo concreto o bem jurídico protegido pela norma penal. Sem afetar o bem jurídico, no mínimo colocando-o em risco efetivo, não há infração penal”.

Destaca Alexandre Assunção e Silva (2012, p. 100) que os crimes de opinião, considerados pela doutrina como aqueles em que há um uso abusivo da “liberdade de expressão”, ao serem classificados como delitos de perigo abstrato, acabam sendo a simples descrição de uma conduta que se acredita ser perigosa a um determinado bem jurídico, de forma que “o legislador antecipa a tutela penal para um momento da ação em que não há a produção de qualquer resultado”.

Diante do exposto sobre o princípio da lesividade do delito como garantia da liberdade em um Estado Democrático de Direito, seria possível ao Direito Penal tipificar condutas que não representem um perigo concreto de violação a bens jurídicos penalmente tutelados, como um mero elogio a um ato criminoso ou a pessoa que o praticou?

2.2.3 A Paz Pública e a Punição de Atos Preparatórios

César Roberto Bittencourt (2012b, p. 405) adverte que, antes de tudo, deve-se reconhecer que os crimes contra a Paz Pública são atos preparatórios que não deveriam ser punidos, visto que em nenhum dos tipos previstos no Título IX da Parte Especial do Código Penal se vislumbra um ataque concreto a algum bem jurídico, no sentido de implicar a realização de um tipo penal.

Fernando Capez (2011, p. 312-314) também vislumbra que nesses delitos, o legislador não espera que o indivíduo pratique efetivamente um crime – ele já se antecipa, contentando-se com a mera possibilidade e a ameaça ao direito alheio, tratando-se de verdadeira ressalva à regra contida no supracitado artigo 31 do Código Penal. Conforme

dizeres de Magalhães Noronha (1986, p. 77-78) “são quase todos esses crimes autênticos atos preparatórios e a razão de puni-los está ou no relevo que o legislador dá ao bem ameaçado ou porque sua frequência está a indicar a necessidade de repressão, em qualquer caso, em nome da paz social”.

De acordo com o artigo 31 do Código Penal, “o ajuste, a determinação, ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado”, afirmando serem, em regra, impuníveis os atos preparatórios. Todavia, excepcionalmente, merecem punição, configurando delito autônomo. É o que ocorre, por exemplo, com o crime de associação criminosa (art. 288 do Código Penal) (SANCHES, 2015a, p. 334).

Os atos preparatórios são as providências, condições, para que a conduta criminosa idealizada possa se realizar. Nesse passo do *iter criminis*³⁸, o agente procura os instrumentos necessários ou um lugar adequado, por exemplo. Nosso Código Penal, de acordo com o artigo supracitado, exige o início da execução para a punição, apesar dos positivistas entenderem ser uma medida de prevenção criminal, e algumas vezes, acaba transformando esses atos que seriam puníveis em tipos penais especiais³⁹ (BITTENCOURT, 2012a, p. 1.161). Nem todo o *iter criminis* pode ser punido, pois isso comprometeria a segurança jurídica, “já que estaríamos punindo a ideia, o próprio pensamento, isto é, etapas que são puramente internas do autor, o que violaria o princípio elementar de que o pensamento não pode suportar pena alguma (*cogitationis poenam nemo patitur*)” (ZAFFARONI, 2010, p. 601).

Nucci (2014, p. 261) leciona que a preparação é justamente a fase de exteriorização da ideia de crime, através de atos que começam a materializar a concretização do delito, unindo as fases interna e externa da execução, de forma que por não ter ingressado nos atos executórios, não é punida a fase de preparação no direito penal brasileiro. Em função da relevância da conduta, admite-se que excepcionalmente, o legislador criminalize condutas que são atos preparatórios de outros delitos autônomos.

³⁸ *Iter Criminis* ou caminho percorrido pelo crime é o conjunto de fases que sucedem de forma cronológica para desenvolver o fato delituoso. Primeiramente, tem-se a fase de cogitação, em que idealiza, delibera e decide-se executar a conduta criminosa. É uma fase interna, acontece única e exclusivamente na mente do indivíduo e, por tal razão, é impunível. Após, vêm os atos preparatórios, sucedidos pelos atos executórios, os últimos traduzindo a maneira que o agente atua exteriormente para realizar o crime. Em regra, a conduta humana só é punível quando iniciada essa fase. A consumação, por sua vez, assinala o instante de composição plena do fato criminoso, encerrando o *iter criminis* (SANCHES, 2015a, p. 333-336).

³⁹ Como exemplos, os delitos de “petrechos para a falsificação de moeda” (art. 291), “atribuir-se falsamente autoridade para a celebração de casamento (art. 238)”.

Bittencourt (2012a, p. 1161) no mesmo sentido, destaca que para a tipificação dos atos preparatórios em tipos especiais, o legislador considerou o bem jurídico ameaçado por esses atos e seu valor em relação à periculosidade da ação ou próprio agente, considerando uma ameaça à segurança do Direito.

Além disso, frise-se que a diferenciação entre atos preparatórios e atos executórios, ou seja, em que momento se iniciou a execução do crime, é objeto de diversas teorias⁴⁰, sendo a teoria objetivo-individual a mais aceita pela doutrina e pelos tribunais, inclusive pelo STF. Nessa teoria, formulada por Eugênio Raúl Zaffaroni, os atos executórios são aqueles que, conforme o plano do agente, realizam-se no período imediatamente anterior o início da execução da conduta típica.

Com efeito, permitiria o ordenamento jurídico brasileiro a tipificação de tal conduta? Neste caso, há a criminalização da mera manifestação de opinião ou a Apologia de Crime ou Criminoso não está compreendida na liberdade de expressão constitucionalmente assegurada? São essas questões que se pretende dar resposta no Capítulo 3.

⁴⁰ As outras teorias que podem ser citadas são: teoria da hostilidade do bem jurídico ou critério material, teoria objetivo-formal e teoria objetivo-material.

3 ASPECTOS PENAIS E CONSTITUCIONAIS DA APOLOGIA DE CRIME OU CRIMINOSO

3.1 Restringibilidade da Liberdade de Expressão

A despeito da importância conferida à liberdade de expressão, tanto no âmbito internacional, quanto dentro do próprio ordenamento jurídico nacional, a proteção conferida a esse direito nunca é absoluta – ou seja, não é toda e qualquer comunicação que é protegida e imune. De acordo com o célebre exemplo trazido pelo juiz norte-americano Oliver Wendell Holmes⁴¹, a liberdade de expressão não tutela, por exemplo, aquela pessoa que entra em um cinema lotado gritando “fogo!”.

Deve-se dedicar especial atenção a esse ponto, pois os limites impostos a esse direito podem esvaziá-lo, de forma a não preservar seu núcleo fundamental fixado pela nossa Carta Maior. Essas limitações são previstas diretamente pelo constituinte e, para alguns autores, na colisão desse direito com outros com o *status* de fundamentais.

Adverte-se que diante do seu papel fundamental para a promoção da democracia e do pluralismo político, tal direito assume, para alguns doutrinadores, um tipo de posição preferencial (*preferred position*) ao ser confrontado com outros direitos fundamentais e princípios constitucionais. Desta forma, ao se falar de posição preferencial, tem-se o intuito de conferir à liberdade de expressão uma posição de vantagem no caso de conflito com outros direitos fundamentais (MARINONI et al., 2016, p. 498). A Corte Suprema respalda tal entendimento, reconhecendo em uma série de decisões históricas, como a ADPF 130, em que se reconheceu a não recepção da Lei de Imprensa (5.250/1967) editada durante o regime militar; na ADI 4.451, na qual se permitiu o humor em desfavor de candidatos, nas emissoras de rádio e TV, durante o período eleitoral, além da icônica

⁴¹ Tal exemplo foi utilizado por Oliver Wendell Holmes no julgamento do caso *Shenck versus United States* (249 U.S. 47), em 1918. O plano de fundo do caso é a edição, em 1917, de uma lei chamada *Espionage Act* pelo presidente Woodrow Wilson, na qual era definido como crime causar, tentar causar ou conspirar para causar insubordinação nas forças militares norte-americanas ou recrutamento militar, que não podiam ser recusadas. Charles Shenck, que à época, era secretário geral do Partido Socialista na Filadélfia, distribuía panfletos fazendo uma analogia do recrutamento militar obrigatória à escravidão, propondo aos recrutas que não se submetessem a tal ato. Shenck foi condenado e apelou à Suprema Corte, sob a alegação que a Primeira Emenda não permite a edição de qualquer tipo de lei que restrinja a liberdade de expressão ou de imprensa. Contudo, a Suprema Corte, sem dissidências, manteve a condenação de Shenck. Em seu voto condutor, Oliver Wendell Holmes previu essa analogia do grito de fogo em um teatro lotado para fundamentar seu posicionamento de que devem ser observadas as circunstâncias que cada ato praticado e se as palavras utilizadas envolvem perigo claro e atual (*clear and presente danger*) (MARTINS NETO, 2008, p. 37-38).

decisão preferida na ADPF 187, em que se conferiu proteção ao direito da realização da “Marcha da Maconha”, decisão, cujo conteúdo será pormenorizado no tópico 3.2.

João dos Passos Martins Neto (2008, p. 33-36) afirma que, primeiramente, deve-se dedicar maior atenção ao tratamento constitucional conferido ao direito e que em alguns casos, a Constituição é explícita e destaca quais atos não estão protegidos pela liberdade de expressão, de forma que eventuais controvérsias judiciais acerca da constitucionalidade das restrições são aniquiladas. Contudo, destaca o autor que a maioria das constituições positivou de modo vago esse direito, dando margem às discussões no âmbito judicial sobre seu âmbito de proteção.

Nesse sentido, no art. 220 da Carta Política, o constituinte brasileiro, ao proclamar que não haverá restrição ao direito de manifestação de pensamento, criação, expressão e informação, fez uma ressalva em seu §1º que “nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV”. Paulo Gustavo Gonet Branco e Gilmar Mendes (2012, p. 306) destacam que esse dispositivo admite a interferência legislativa para coibir o anonimato, fixar a obrigação do direito de resposta e a indenização por danos morais e patrimoniais à imagem, para preservar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, e para que se assegure a todos o direito de acesso à informação.

Também há restrição legal à publicidade de bebidas alcoólicas, tabaco, medicamentos e terapias (art. 220, §4º) e a imposição, para a produção e a programação das emissoras de rádio e de televisão, do respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família, confiando à lei federal a tarefa de estabelecer meios para a defesa desses valores. Além disso, a Constituição permitiu que o Poder Público informe a natureza das diversões e dos espetáculos públicos, indicando as faixas horárias em que não se recomendem, além dos locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada (art. 220, §3º, I).

Daniel Sarmiento (2015, p. 12) enumera alguns requisitos aos quais está condicionada a validade dessas restrições:

- (a) A reserva de lei formal, que deve ser clara, geral e não retroativa; (b) a observância do princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito); e (c) respeito ao núcleo essencial do direito restringindo.

Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2016, p. 508) reiteram que doutrina e jurisprudência, especialmente do STF, admite que essas restrições

à liberdade de expressão devam ter caráter excepcional, feitas através de lei ou de decisões judiciais e que se fundamente na proteção da dignidade da pessoa humana e de “*direitos e bens jurídico-constitucionais individuais e coletivos fundamentais, observados os critérios da proporcionalidade e da preservação no núcleo essencial dos direitos em conflito*”.

Entretanto, nota-se que a Constituição Federal disciplina de forma bastante imprecisa e sem muita especificidade as comunicações não protegidas, dando azo às mais diversas discussões, nas quais o Poder Judiciário é chamado a dirimir, buscando fórmulas de equilíbrio entre os direitos assegurados constitucionalmente.

Nesse sentido, João dos Passos Martins Neto (2008, p. 35) ressalta que a apesar de algumas comunicações não serem definidas como não protegidas no texto constitucional, “a possibilidade de o legislador ordinário pretender validamente reprimir determinadas comunicações não pode nunca ser totalmente afastada”. Contudo, existem situações em que a repressão legal é facilmente aceitável, enquanto outras são contestáveis. Vale lembrar que para o autor, o requisito básico das comunicações dignas de proteção é a existência de valor expressivo, ou seja, um ato comunicativo que baseado em algum dos fundamentos da liberdade de expressão, conforme dito no Capítulo 1.

Dessa forma, se o ato comunicativo possui valor expressivo, merece a proteção constitucional e sua repressão é inadmissível, pelo menos em um primeiro momento.

3.1.1 Proibição da Censura

Um dos temas de maior relevo quando se discorre acerca das limitações à liberdade de expressão é acerca da possibilidade de censura prévia ou de qualquer outra forma de controle da manifestação do pensamento, sobretudo em regimes autoritários, em que há uma maior tendência à restrição das ideias e opiniões que não favorecem os governantes. Contudo, inclusive em regimes democráticos, é possível afirmar que a própria sociedade reage contra os posicionamentos dissidentes e, muitas vezes, surge uma pretensão a silenciar as minorias.

Com efeito, a vedação da censura é reproduzida duas vezes na Carta Maior: no art. 5º, IX, dispõe-se ser “livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”; por sua vez, no art. 220, §2º, veda-se “toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”, de forma a

não restarem dúvidas sobre a orientação constitucional em favor da liberdade de quaisquer manifestações, vedando a imposição de qualquer forma de controle.

Assim, a proibição da censura por razões ideológicas tem um largo alcance, de forma que o Estado não só está impedido de proibir a circulação de ideias relacionadas à política, mas sim de quaisquer manifestações e ideias, “desde opiniões pessoais a informações jornalísticas, mensagens artísticas, proposições científicas, interpretações da história, juízos morais, doutrinas religiosas, dados estatísticos, etc” (MARTINS NETO, 2008, p.88).

Censura, no sentido estrito e tradicional reproduzido pelos textos constitucionais supracitados, tem o significado de “ação governamental, de ordem prévia, centrada sobre o conteúdo de uma mensagem”. Nessa direção, censura implicaria que os fatos, opiniões e ideias dos indivíduos só pudessem ser divulgadas mediante crivo estatal, envolvendo uma espécie de controle preventivo das comunicações (BRANCO; MENDES, 2012, p. 300).

José Cretella Júnior (1990, p. 256) define censura como

O exame a que determinadas autoridades governamentais, moralistas ou eclesiásticas, submetem os meios de comunicação humana (livros, jornais, discursos, sermões, filmes, teatro, televisão, rádio), conforme padrões discricionários fiados pelo centro ou poder dominante dentro de determinados limites estabelecidos em lei, podendo ser prévia ou a priori e posterior, depois de concretizada a comunicação. Mediante a censura prévia, impede-se a operação de concretização da transmissão da imagem, mediante censura a posteriori, apreendem-se as publicações já feitas ou aplicam-se sanções aos infratores.

Daniel Sarmiento (2013, p. 584) destaca que a censura prévia é o “mais grave atentado à liberdade de expressão que se pode conceber, que é absolutamente incompatível com os regimes democráticos”. Para ele, essa forma de censura, que foi amplamente difundida no Brasil durante o regime militar, foi completamente excluída da atual ordem constitucional brasileira e “não pode ser objeto de relativizações, estando à margem de quaisquer ponderações”.

Em linhas gerais, o Estado está proibido de censurar uma comunicação por razões ideológicas, de um ato comunicativo por ele expressar contrariedade ou discordância do posicionamento considerado “politicamente correto” para o Estado:

Razões ideológicas de censura são aquelas que não estão ligadas a uma necessidade real de prevenir e sancionar a violação de direitos alheios (que não estão em jogo), mas à intenção de silenciar ideias e informações apenas em função da preferência por outras, seja por acreditar-se na superioridade destas, seja para resguardar interesses contrariados (doutrinários, econômicos, eleitorais, eclesiásticos, entre outros) (MARTINS NETO, 2008, p. 84).

Em um sentido mais amplo, a censura pode ser vislumbrada também nas restrições administrativas que são realizadas à manifestação do pensamento ou divulgação da obra, que inibem a continuidade de sua propagação, de forma também incompatível com o regime previsto na Constituição de 1989. Nesse caso, envolveria, por exemplo, a apreensão de um livro após seu lançamento, a proibição da exibição de filmes ou a reprodução de peças de teatro após a sua estreia.

Censura, em seu sentido amplo, também pode ser compreendida como aquela operada no âmbito judicial, legislativo e privado, cuja constitucionalidade é aferida com base nos fundamentos da restringibilidade dos direitos fundamentais, entre eles a liberdade de expressão.

Ressalta-se que apesar da censura ser definida como restrição à liberdade de expressão feita pela autoridade administrativa, não é qualquer forma de restrição ou controle sobre esse direito que pode ser taxado como tal. Conforme exposto no tópico 3.1, algumas limitações são estabelecidas constitucionalmente justamente com fito em proteger outros direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade. Nesse sentido, leciona Daniel Sarmiento (2013, p. 584), que apenas em hipóteses excepcionalíssimas pode haver restrições prévias ao exercício da liberdade de expressão, para proteção de direitos ou outros bens jurídicos tutelados, em função da Constituição Federal dispor que eventuais abusos e lesões a direitos devem ser sancionados e compensados posteriormente.

Por fim, sobre a censura em atos legislativos, Daniel Sarmiento (2013, 584) destaca que se verifica quando o legislador coíbe determinados conteúdos de manifestação. *Prima facie*, tais vedações são inválidas, contudo, podem ser justificadas constitucionalmente com base num júízo de ponderação, calcado na proporcionalidade.

3.2 O Posicionamento do STF – Análise da Decisão da ADPF 187/DF e da ADI 4.274

Decisão de extrema importância e que trouxe à baila o tema da restringibilidade da liberdade de expressão e a constitucionalidade da repressão penal à Apologia de Crime ou Criminoso, foi aquela proferida pelo Supremo Tribunal Federal, acerca da “Marcha da Maconha”.

No plano fático, entre os anos de 2008 e 2009, foram organizadas diversas passeatas visando à descriminalização do uso da maconha e diversas decisões judiciais,

invocando o crime previsto no art. 287 do Código Penal, proibiram esses atos públicos em desfavor da legalização do uso do entorpecente.

Diante disso, a Procuradoria-Geral da República ajuizou, perante o Supremo Tribunal Federal, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 187, na qual postulava que fosse conferida interpretação conforme à Constituição ao art. 287 do Código Penal, “de forma a excluir qualquer exegese que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização de drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos”. De acordo com a Procuradoria, a interpretação que vinha sendo dada ao dispositivo legal pelo Judiciário geraria restrições indevidas nos direitos fundamentais à liberdade de expressão e de reunião⁴²:

Daí por que o fato de uma idéia ser considerada errada ou mesmo perniciosa pelas autoridades públicas de plantão não é fundamento bastante para justificar que a sua veiculação seja proibida. A liberdade de expressão não protege apenas as idéias aceitas pela maioria, mas também - e sobretudo - aquelas tidas como absurdas e até perigosas. Trata-se, em suma, de um instituto contramajoritário, que garante o direito daqueles que defendem posições minoritárias, que desagradam ao governo ou contrariam os valores hegemônicos da sociedade, de expressarem suas visões alternativas.

No caso, por unanimidade, em 2011, o STF julgou procedente o pedido, para dar, ao art. 287 do Código Penal, com efeito vinculante, interpretação conforme à Constituição⁴³, “de forma a excluir qualquer exegese que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos”⁴⁴.

Em seu voto, o Ministro Celso de Mello (2011a, p. 92-94), relator da ADPF, ressaltou ser necessária a análise da questão, visto que o Poder Público estaria inviabilizando, através de uma interpretação equivocada do tipo penal em questão, o exercício das liberdades fundamentais de reunião e manifestação de pensamento e,

⁴² No caso, foram admitidos como *amici curiae* a Associação Brasileira de Estudos Sociais do Uso de Psicoativos –(ABESUP) e o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), que tiveram pronunciamento no mesmo sentido.

⁴³ Trata-se, na realidade, de uma técnica de decisão que, sem implicar redução do texto normativo – quando este se revele impregnado de conteúdo polissêmico e plurissignificativo -, inibe e exclui interpretações que, por desconformes à Constituição, conduzem a uma exegese divorciada do sentido autorizado pela Lei Fundamental. Esse método, portanto, preserva a interpretação que se revele compatível com a Constituição, suspendendo, em consequência, variações interpretativas conflitantes com a ordem constitucional. Ademais, a utilização da interpretação conforme à Constituição, em sede de fiscalização abstrata, vem sendo amplamente reconhecida pela doutrina.

⁴⁴ Também foi rejeitada, por unanimidade, a preliminar de não admissibilidade da ADPF, pois se voltava contra ato omissivo do Poder Público que lesava princípios e regras mais relevantes da ordem constitucional – liberdades de expressão e reunião. Ademais, não existia nenhum outro instrumento processual apto a sanar a lesão ou ameaça aos direitos em questão.

inclusive, o próprio direito de petição constitucionalmente assegurado. Isso porque, no seu entendimento, tais manifestações eram destinadas a “veicular ideias, transmitir opiniões, a formular protestos e expor reivindicações (direito de petição), com a finalidade de sensibilizar a comunidade e as autoridades governamentais, notadamente os seus legisladores, para a delicada questão da descriminalização (“*abolitio criminis*”) do uso de drogas ou de qualquer substância entorpecente específica”. Tais práticas corresponderiam simplesmente ao direito de livre manifestação do pensamento, promovida pelo exercício do direito de reunião, destacando ser indiferente para efeitos de proteção constitucional a “maior ou a menor receptividade social da proposta submetida” ao exame pela coletividade.

Para o Relator (2011a, p. 113):

Se prevalecesse a lógica autoritária, aqui repudiada, que extrai, do art. 287 do vigente Código Penal, em interpretação absolutamente incompatível com o texto da Constituição, a existência do delito de apologia de fato criminoso, nele enquadrando o comportamento dos que sustentam, publicamente, a descriminalização de determinado ato punível, estar-se-ia reconhecendo, em tal contexto, a possibilidade de incriminação dos que pugnam pela legalização da prática da capoeiragem ou que, nesta, vislumbraram manifestação de caráter folclórico ou de índole cultural [...]

Por sua vez, o Ministro Luiz Fux (2011a, p. 149), entendeu que a realização da “Marcha da Maconha” não constituiria crime porque nesse caso, não se estaria exaltando a realização de um crime, mas sim que essa conduta não deveria ser considerada criminosa. De outra monta, afirmou que a liberdade de expressão alcança a livre emissão de opiniões sobre a descriminalização de fatos criminosos. Contudo, refuta a tese da inconstitucionalidade do artigo em questão, aduzindo que o elogio a criminosos e suas práticas é uma forma de proteção à paz pública:

No que concerne à liberdade de expressão, por seu turno, a limitação é legal, mas igualdade legítima. O art. 287 do Código Penal estabelece limite ao exercício da liberdade de expressão, baseado na proteção da paz pública, particularmente naquilo que se refere ao impedimento da sua disseminação de prática criminosa, assim definida em juízo de ponderação previamente efetuado pelo legislador.

Contudo, tal decisão se revela incompleta, visto que não só a descriminalização do uso de entorpecentes é objeto de organização de manifestações por parte da sociedade, mas também de outras pautas, como a legalização do aborto, por exemplo. Fere a própria ordem jurídica permitir somente uma marcha que vise à legalização de uma determinada conduta, enquanto aquelas voltadas à descriminalização de outros fatos podem ainda constituir o delito previsto no art. 287 do Código Penal. Na realidade, deveria ter sido reconhecida a inconstitucionalidade do crime em questão.

A Corte Suprema reforçou a legalidade das manifestações a favor da descriminalização da maconha, ao decidir, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4274, também proposta pela Procuradoria-Geral da República, que esses eventos não podem ser subsumidos ao tipo do art. 33, §2º, da Lei de Tóxicos (Lei n. 11.343/2006), que comina a pena de detenção de 1 (um) a 3 (três) anos de detenção, além de multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa àquele que “induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido da droga”.

O plenário seguiu o voto do ministro relator Ayres Brito (2011b, p. 18) determinando que o dispositivo fosse interpretado em conformidade à Constituição, excluindo-se da interpretação da norma “qualquer significado que enseje a proibição de manifestação e de debates públicos acerca da descriminalização ou legalização de drogas ou de qualquer substância que leve ao entorpecimento episódico ou viciado das faculdades psicofísicas”. Ademais, o relator acrescentou que as manifestações não podem ter cunho beligerante, de incitação ou de instigação.

Deste julgamento, destaca-se o questionamento do Ministro Gilmar Mendes (2011b, p. 18-19) sobre quais valores poderiam limitar a liberdade de expressão e reunião de acordo com o entendimento do STF e se seria possível a realização de manifestações que defendessem a descriminalização da pedofilia ou do homicídio.

Na opinião do Min. Celso de Mello (2011b, p. 20), tais marchas seriam possíveis:

Nada impede que correntes minoritárias possam, reunindo-se publicamente e de modo pacífico, preconizar para a questão gravíssima da pedofilia soluções outras que não a de natureza penal: nada impede que esses grupos expressem livremente suas ideias. Podem ser absolutamente inconvenientes, conflitantes com o pensamento dominante, mas a mera expressão, a mera formulação de um pensamento não pode constituir objeto, numa situação específica como essa, de restrição.

Os Ministros Ricardo Lewandowski e Luiz Fux (2011b, p. 21-25) entenderam em sentido oposto, afirmando que se estaria atentando contra a própria paz social, nesses casos.

Tais julgamentos vão ao encontro do que foi anteriormente esposado no Capítulo 1, sobre a liberdade de expressão, como direito fundamental merecer proteção constitucional por promover o pluralismo político, necessário ao regime democrático, o qual pressupõe o dissenso, conforme leciona Norberto Bobbio (1986, p. 62):

Com isso, não quero dizer que a democracia seja um sistema fundado não sobre o consenso, mas sobre o dissenso. Quero dizer que, num regime fundado sobre o consenso não imposto de cima para baixo, uma forma qualquer de dissenso é inevitável e que apenas onde o dissenso é livre para se manifestar o consenso é

real, e que apenas onde o consenso é real o sistema pode proclamar-se com justeza democrático. Por isto afirmo existir uma relação necessária entre democracia e dissenso, pois, repito, uma vez admitido que a democracia significa consenso real e não fictício, a única possibilidade que temos de verificar se o consenso é real é verificando o seu contrário. Mas como poderemos verificá-lo se o impedirmos?

Desta forma, as restrições feitas ao direito de divergir, agridem não só a liberdade de expressão compreendida como o direito de se informar, mas também o de ser o receptor de discursos aptos à formação de sua opinião. A partir desse direito que os cidadãos podem criticar os governantes e possibilitar a reforma daquelas leis consideradas prejudiciais ou injustas.

Além disso, diante do pluralismo social, a busca das soluções mais adequadas aos problemas enfrentados pela sociedade deve ser buscada através de uma discussão pública, aberta a todos os cidadãos. Assim, debate público acaba se revelando como o mecanismo através do qual prevalecem na sociedade as melhores ideias, de forma que nesse espaço, aqueles com opiniões divergentes podem manifestá-las e submetê-las aos demais.

Essa crítica pode ser feita tanto de maneira direta, ao declarar de forma expressa a injustiça da lei, quanto de maneira indireta, ao elogiar um fato definido como crime ou um próprio autor de crime, pretendendo que a lei seja reformada ou revogada. Nessa toada, ao criminalizar a Apologia de Crime ou Criminoso, o legislador acaba por impedir que se faça a defesa ou elogio público a um ato julgado criminoso, o que, em última análise, coíbe até a crítica indireta à legislação penal.

Alexandre Assunção e Silva (2012, p. 86) destaca que o julgamento da ADPF n. 187 “resultou no reconhecimento da inconstitucionalidade parcial do art. 287 do Código Penal”, reconhecendo como inconstitucionais quaisquer atuações do Estado que impeçam passeatas a favor da criminalização de outros fatos considerados delituosos pela legislação penal.

3.3 A Criminalização da Manifestação do Pensamento

3.3.1 A Inconstitucionalidade da Apologia de Crime ou Criminoso

Partindo daquilo que foi exposto acerca do âmbito de proteção da liberdade de expressão e a sua possibilidade de restrição, far-se-á o seguinte questionamento: a Apologia de Crime ou Criminoso, nos moldes previstos na legislação penal, enquadra-se

em alguma dessas hipóteses autorizadoras da limitação ao referido direito? A conduta criminalizada nesse tipo penal está protegida pela liberdade de expressão, integrando seu próprio conteúdo?

Daniel Sarmento (2013, p. 541) leciona que o STF, no julgamento da ADPF n. 187, acima versada, ajudou a definir o âmbito de proteção do direito à liberdade de expressão constitucionalmente assegurado:

Todo e qualquer conteúdo de mensagem encontra-se *prima facie* salvaguardado constitucionalmente, por mais impopular que seja. Aliás, um dos campos em que mais é necessária a liberdade de expressão é exatamente na defesa do direito à manifestação de ideias impopulares, tidas como incorretas ou até perigosas pelas maiorias, pois é justamente nestes casos em que ocorre o maior risco de imposição de restrições, como assentou com propriedade o STF, no julgamento da ADPF 187, que versou sobre a chamada “Marcha da Maconha”.

Conforme lição trazida no Capítulo 2, a Apologia de Crime ou Criminoso, mesmo para juristas conservadores da doutrina tradicional, refere-se ao elogio público a um crime já ocorrido ou ao seu autor, constituindo uma espécie de incentivo indireto ou até implícito à repetição do ato criminoso pelos demais. A partir dessa perspectiva, esse tipo penal não se referiria a delitos abstratamente previstos na legislação penal ou crimes que viessem a ser praticados no futuro, mas sim a fatos concretamente praticados. Em suma, o art. 287 do Código Penal prevê um crime de opinião, mas de uma opinião sobre um fato, não de uma ideia.

Por sua vez, em seu artigo 286, o Código Penal brasileiro criminaliza a conduta daquele que “incitar, publicamente, a prática de crime”, punindo a manifestação que faça referência a um fato futuro. É irrelevante que o incitado venha a executar o crime a que fora estimulado, desde que conduta tenha condições o suficiente de fazer surgir no indivíduo o propósito criminoso que antes inexistia ou reforçar eventual vontade já existente. Frise-se que o fato criminoso deve ser determinado, visto que a instigação feita de forma genérica ou vaga, não teria aptidão a provocar no outro a vontade de praticar o crime incitado:

A consciência da incitação reside na *seriedade* com que é executada, tratando-se de elemento fundamental para que o delito possa ser reconhecido [...] O sujeito ativo deve agir com *vontade* de excitar a prática criminosa e com *consciência* de que sua ação é ou poderá ser percebida ou ouvida por indeterminado número de pessoas. No entanto, não é necessário que a vontade se dirija ao que é objeto da incitação, sendo suficiente que o agente saiba que pode causa-lo e assumo o risco de produzi-lo. (BITTENCOURT, 2012b, p. 412) [grifo no original]

Nesse sentido, pode-se definir que a Apologia de Crime ou Criminoso efetivamente criminaliza a manifestação de uma opinião sobre um fato, e não de uma ideia em si,

enquanto a Incitação ao Crime se trata de uma “inequívoca atuação do agente no sentido de influenciar psicologicamente alguém a cometer o delito” (VIANNA, 2012). Pierangeli (2007, p. 675) endossa tal visão ao afirmar que, enquanto no crime previsto no art. 286 do Código Penal, o agente, de forma direta, visa criar no incitado o ânimo de delinquir, no delito do art. 287 o faz de forma indireta, através de uma exaltação sugestiva, um elogio ou louvor.

Quanto ao ponto, vale citar a interpretação conferida nos Estados Unidos à garantia da liberdade de expressão, a qual foi incorporada à Constituição Norte-Americana ainda em 1791, na aprovação da 1ª Emenda, especialmente com o julgamento do caso *Brandenburg vs. Ohio*⁴⁵ pela Suprema Corte norte-americana em 1969 e que irradia seus efeitos no direito de outros países.

No caso, a Suprema Corte, julgou inconstitucional a Lei do Estado de Ohio, por entender que ela punia a manifestação, a defesa de uma ideia, o que feriria frontalmente à liberdade de expressão. Para isso, a Corte traçou uma distinção entre as ideias racistas, que representariam a expressão de uma opinião e por tal razão seriam protegidas, da incitação à prática de atos violentos, a qual não estaria respaldada pela liberdade de expressão (SARMENTO, 2006a, p. 8).

A Suprema Corte considerou que ao condená-lo, os órgãos judiciários inferiores teriam criminalizado o discurso, e não ações concretas, afrontando à 1ª Emenda à Constituição, que não admite a punição ao ilícito de incitação ao crime de forma meramente abstrata, desvinculada de qualquer perigo “real e imediato”. No caso, a Suprema Corte criou o que ficou conhecido como *Imminent Lawless Action Test*, o que significa que somente poderá haver condenação por incitação se o discurso se encaixar na hipótese de fomento a uma ação ilegal iminente.

Daniel Sarmiento (2006a, p.9) pontua que o entendimento jurisprudencial que se consolidou naquele país ao longo do tempo é que não são permitidas restrições aos

⁴⁵ No caso, Clarence Brandenburg, líder do da Ku Klux Klan, promoveu discurso gravado por repórteres de rede de televisão local, no qual, além de realizar críticas aos governantes norte-americanos, os quais estariam a afrontar a superioridade da raça caucasiana, bem como realizar atos típicos como a queima de uma cruz por homens usando a vestimenta tradicional, inclusive encapuzados, proferiu afirmações como “o negro deve ser devolvido à África”, e “o judeu deve ser devolvido a Israel”. Propôs o mesmo ainda a vingança contra negros e judeus, bem como a seus apoiadores, inclusive lideranças políticas. Foi condenado por ter, com seu discurso, incitado ao crime contra negros e judeus e ter violado o Ohio’s Criminal Syndicalism Statute, estatuto aprovado no estado de Ohio em 1919 que tornou ilegal, dentre outras, as condutas de defender, advogar em prol de crimes, sabotagem, violência, ou outras medidas terroristas ilegais como meios de realizar reformas políticas ou industriais (sindicalismo criminoso); e reunir voluntariamente qualquer sociedade, grupo, ou assembleia de pessoas para ensinar ou advogar a doutrina do sindicalismo criminoso (395 U.S. 444).

discursos com base nos pontos de vista dos indivíduos, somente como exceção “admitir-se-iam apenas restrições às manifestações que, pela sua natureza, pudessem provocar uma imediata reação violenta da audiência”, o que a doutrina norte-americana denomina *fighting words*.

De acordo com Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco (2012, p. 310), esse limite à liberdade de expressão foi estabelecido pelo direito norte-americano e teve ampla repercussão nos demais ordenamentos jurídicos, inclusive o brasileiro. Para eles, as *fighting words* são “mensagens que provocam reações de violenta quebra da ordem”, configuram verdadeiros “estopins de ação, em vez de pautas de persuasão” e por isso, não compõem o âmbito de proteção da liberdade de expressão.

De acordo com essa doutrina, poder-se-ia afirmar que há uma distinção entre discurso e conduta, de forma que esta última não está salvaguardada pela liberdade de expressão. Dessa forma, a defesa da descriminalização das drogas estaria protegida, mas não o seu consumo; uma passeata contra um governo ilegítimo seria tutelada, enquanto a promoção de um golpe de Estado não.

Contudo, tal distinção não pode ser tida como absoluta, visto que existem condutas que possuem uma natureza predominantemente expressiva, já que sua finalidade é apenas a transmissão de uma mensagem. Cita-se novamente um exemplo do direito norte-americano⁴⁶, em que uma conduta, como a queima de uma bandeira nacional, utilizada como forma de protesto contra o governo, teria um caráter eminentemente simbólico e estaria no âmbito de proteção dessa liberdade (SARMENTO, 2013, p. 542).

A manifestação do pensamento, na visão de Alexandre Assunção e Silva (2012, p. 48) só poderia ser objeto de repreensão pelo Direito Penal quando “representar um claro e presente perigo à sociedade (*clear and presente danger*), ou quando ofender um bem jurídico de outrem, tal como a honra”. Isso decorre do fato de ninguém poder ser punido por aquilo que é ou que pensa, mas somente por aquilo que pratica e pode ofender efetivamente e seriamente os direitos de outrem.

⁴⁶ No caso *Texas v. Johnson* (109 S. Ct. 2533 1989), Gregory Lee Johnson, membro da *Revolutionary Communist Youth Brigade*, queimou uma bandeira dos Estados Unidos durante uma convenção do Partido Republicano, em Dallas, no ano de 1984. O ato foi uma forma de protesto contra as políticas do presidente Reagan e ofendeu muitos expectadores. Johnson foi preso, condenado a um ano de detenção pela violação de uma lei do Texas que criminalizava tal conduta. A Suprema Corte dos Estados Unidos, decidiu em favor de Johnson, por 5 votos contra 4, entendendo ser uma manifestação legítima, protegida pela liberdade de expressão e que o Estado não poderia proibir a expressão de uma ideia em função de considera-la ofensiva.

A repressão do discurso pela via penal confere ao Estado o monopólio de selecionar quais as ideias poderão ser objeto de discussão. À autoridade pública será conferida a prerrogativa antidemocrática de simplesmente decidir aquilo que não poderá ser questionado no âmbito público, não sendo ouvidas as vozes divergentes, de forma a não se possuir um panorama efetivo do problema na sociedade, a exemplo do que acontece em ditaduras, em que a única manifestação do pensamento possível é aquela favorável à ordem vigente.

O Ministro Fux (2011a, p. 146) destaca em seu voto na ADPF n. 187:

Quais as consequências dessa repressão? A clandestinidade da discussão é uma delas. **O tema da descriminalização da maconha e de outras drogas, se reprimido o debate, fica subterrâneo**, estimulando-se a formulação de juízos parciais e míopes, com elevado risco do surgimento visões maniqueístas de ambos os lados [...] **A questão precisa ser profunda e permanentemente debatida** [grifo no original]

Nesse contexto, diversos autores da seara Direito Penal expressam sua preocupação com a criminalização da Apologia de Crime ou Criminoso – muitos defendendo, inclusive, não ter sido tal tipo penal recepcionado pela Constituição Federal de 1988, posto sua edição na época ditatorial, conteúdo sujeito a autoritarismos e contrário à liberdade de expressão constitucionalmente assegurada.

O autor César Roberto Bittencourt (2012b, p. 420) externa em sua obra sua inconformidade com o delito em questão, que, no seu sentir, criminaliza a própria manifestação do pensamento, da ideologia, contrariando a liberdade de expressão constitucionalmente assegurada:

Pois, nesta hipótese criminalizada, a instigação (apologia), mais que não exigir o início de qualquer conduta definida como crime, se satisfaz com seu efeito indireto, isto é, *implícito*, que, *presumidamente*, poderia estimular alguém a cometer crime semelhante. Ora, são imprecisões em demasia, presunções exageradas, ilações inadmissíveis contrariando as liberdades antes mencionadas, sem um instrumento aferidor dos limites entre o constitucionalmente assegurado e a repressão penalmente autorizada, prestando-se a toda sorte de perseguições políticas, religiosas, ideológicas, morais ou pura e simplesmente vingativas.

Em sentido contrário, Celso Delmanto (2010, p. 820), por sua vez, acredita existir um conflito aparente de formas com a proibição prevista pelo art. 287 do Código Penal e as garantias constitucionais da liberdade de pensamento e expressão. Para ele, o crime não seria incompatível com a ordem constitucional, visto que o Direito Penal pune apenas o abuso do exercício dessas liberdades e que o perigo de dano ao bem jurídico paz pública deve ser concreto, restando inócua a conduta daquele que, por exemplo, usa uma camiseta com a estampa de uma folha de maconha.

Por sua vez, Alexandre Assunção e Silva (2012, p. 195-196) afirma que a Apologia de Crime ou Criminoso é um resquício da censura no nosso ordenamento jurídico, obrigando, muitas vezes, os indivíduos a pensarem e se expressarem do modo politicamente e socialmente aceitável, a fim de evitar seu enquadramento na lei penal. Para ele, “há uma contínua patrulha ideológica, em relação a tudo que possa ofender a moral, os bons costumes, ou que não se considerar a opinião certa”, de forma que diversas leis ordinárias restringem indevidamente o exercício da liberdade de expressão, em maneira que não diverge de regimes ditatoriais.

Em suma, tem-se em mente que a conduta criminalizada no art. 287 é daquele que elogia um autor de crime ou fato definido como tal, de forma que fazer apologia, nada mais é que manifestar uma opinião. Não se trata de uma incitação explícita ou de instigação direta à prática de crime, nem de “palavras belicosas”, de forma a não se verificar a hipótese de restringibilidade da liberdade de expressão com base na conduta que pode provocar uma imediata reação do público. Além disso, a liberdade de expressão tutela inclusive a disseminação de ideias impopulares, que são julgadas repugnantes pela sociedade ou pelo Poder Público, não limitando seu âmbito de proteção às comunicações julgadas “politicamente corretas”. Dessa forma, fazer apologia é manifestar uma opinião, que, função do princípio da neutralidade, pode ter qualquer conteúdo.

Em verdade, a existência desse tipo penal no ordenamento jurídico brasileiro se revela incompatível com a liberdade de expressão definida na Constituição Federal e seu protagonismo no sistema constitucional vigente, caracterizando uma forma de censura à manifestação do pensamento e contrariando o preceito insculpido no art. 5º, VIII, da Carta Magna, sobre a impossibilidade da privação de direitos “por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política”.

Endossa a vedação da tipificação de condutas que impliquem restrição à expressão do pensamento a proibição da extradição de um estrangeiro pelo Estado Brasileiro em função de crime de opinião (art. 5º, LII), pois nessa hipótese, há a tipificação indevida do exercício regular da liberdade de expressão (ROTHENBURG, 2013, p. 897).

Outrossim, César Roberto Bittencourt (2012b, p. 424), em posição anteriormente exposta, atenta à impossibilidade da existência do crime do art. 287 do Código Penal num Estado Democrático de Direito, que tutela o direito de ser diferente e não ser privado de seus direitos por suas convicções:

Com efeito, em uma sociedade que se diz pluralista e democrática, na qual se assegura o *direito de ser diferente*, em que se protege a liberdade de expressão e

toda forma de manifestação do pensamento, que não se admite a discriminação racial, ideológica ou religiosa, não se pode coibir manifestação favorável ou contra qualquer tipo de procedimento, de postura ou estilo de vida, constituam ou não crimes, punindo criminalmente o exercício de direitos fundamentais, típico de um moderno Estado Democrático de Direito.

É tênue a linha que distingue uma discussão acalorada, palavras duras ou desagradáveis, de um discurso violento injurioso, que possa provocar a retaliação da pessoa comum. Esta última, vale dizer, não está sob o manto da liberdade de expressão, não encontrando respaldo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (FERNANDES, 2016, p. 412).

Conforme destacou o Ministro Marco Aurélio Mello (2004, p. 240), em seu voto no caso Ellwanger⁴⁷, “garantir a liberdade de expressão apenas das ideias dominantes que acompanham o pensamento oficial significa viabilizar unicamente a difusão de mentalidade já estabelecida”, o que é totalmente contrário a uma sociedade que se pretenda plural, aberta e democrática.

Dito isso, tendo em vista a natureza eminentemente expressiva da conduta criminalizada, postula-se a inconstitucionalidade do delito previsto no art. 287 do Código Penal.

3.3.2 Aspectos Penais da Apologia de Crime ou Criminoso

3.3.2.1 Da Punição de um Ato Preparatório

Entendendo-se nesse trabalho se tratar o tipo penal em comento como a mera manifestação do pensamento, parcela da doutrina compreende que há a tipificação de um mero ato preparatório de um delito, o que não seria permitido na seara penal.

Conforme dito no Capítulo 2, dispõe o art. 31 do Código Penal que “o ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são

⁴⁷ Em 2003, no caso Ellwanger, o Supremo Tribunal Federal decidiu no sentido da constitucionalidade da punição de manifestações de antissemitismo. O caso se referia a uma ação penal do crime de discriminação racial (art. 20, da Lei 7.716/89, com redação dada pela lei 8.081/90) proposta contra Siegfried Ellwanger, que escrevera, editara e publicara diversos livros que negavam a existência do Holocausto e atribuíam qualidades negativas aos judeus. Entendeu o Supremo que a edição e publicação de obras escritas veiculando ideias antissemitas, 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, com acentuado conteúdo racista. A discriminação no caso, se evidenciou como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, o que configura ilícito de prática de racismo. Ademais, ressaltaram que a liberdade de expressão não é uma garantia absoluta, que tem limites morais e jurídicos e que não pode abrigar manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal.

puníveis, se o crime não chega, pelo menos a ser tentado”, de maneira que a prática de atos preparatórios é penalmente irrelevante, salvo aqueles tipificados como crimes autônomos.

Pierangeli (2007, p. 677) afirma que por se tratar de um crime formal, consumando-se quando há apologia de fato criminoso ou autor de crime em público e perceptível por um número indeterminado de pessoas, é possível notar que o legislador buscou punir meros atos preparatórios.

No mesmo sentido é o magistério de Celso Delmanto (2010, p. 817), para quem o legislador, ao tipificar a Apologia de Crime ou Criminoso, na realidade, “antecipa-se a punição de condutas perigosas, isto é, de condutas que poderão levar à prática de outros crimes”. O autor, entretanto, atenta para o perigo da tipificação de meros atos preparatórios como crimes, pois “podem levar à punição de uma mera intenção”:

Contudo, tendo em vista a grande amplitude do significado da locução “paz pública”, deve-se atentar para o fato de que a punição dos “atos preparatórios” como tipificadores de um crime autônomo àquele que seria praticado traz grande risco ao Estado Democrático de Direito e às liberdades individuais pela excessiva utilização do aparato repressivo estatal. Esses tipos penais, se mal interpretados, podem levar à punição da “mera intenção”, o que, a nosso ver, não se sustenta quando defendemos que o Direito Penal deve ser mínimo, sempre excepcional e proporcional. Com efeito, só se pode constitucionalmente justificar a imposição de uma pena quando a conduta incriminada tiver, efetivamente, ofendido a um bem jurídico ou, ao menos, exposto esse bem a um efetivo perigo de lesão (perigo concreto), e não hipotético, imaginário.

César Roberto Bittencourt (2012b, p. 420) partilha desse entendimento e acrescenta sua preocupação com a tipificação desse crime, “como uma espécie *sui generis* de instigação”, que não é uma forma de repressão penalmente autorizada. A respeito da ideia disseminada que a conduta tipificada no art. 287 do Código Penal seria um estímulo e sugestão àqueles propensos à prática de crimes, o autor acredita que seria mais efetivo e ético se o Estado formulasse políticas públicas, como auxílio pedagógico ou psicológico, para que uma pessoa pudesse ter contato e refletir sob novas perspectivas, do que criminalizar sumária e preventivamente tal conduta.

Dito isso pune-se uma simples instigação implícita ou indireta, mesmo sem o início de qualquer infração penal dela decorrente. Tal conduta foi tipificada num período ditatorial, sendo uma disposição ainda existente no Código Penal, que devido às dificuldades em precisar seu próprio conteúdo, pode ser transformado, pelas autoridades, em instrumento de perseguição política, sob o fundamento da perturbação da ordem pública.

3.3.2.2 Da Possível Inexistência de Crime

A despeito das considerações acima feitas, caso se entenda constitucional a tipificação da conduta daquele que exalta ato criminoso ou o seu autor, no caso concreto pode o fato ser atípico.

O tipo previsto no art. 287 do Código Penal é doloso, de forma que o sujeito ativo deve agir com “vontade de instigar efetivamente a futura prática criminosa, além de estar consciente de que sua ação é ou poderá ser percebida por indeterminado número de pessoas”, não de somente expressar uma opinião (BITTENCOURT, 2012b, p. 424).

Contudo, de acordo com o caso concreto, é possível verificar a inexistência de vontade dirigida ao induzimento à prática de um novo crime, e sim, um mero expressar de ideias, que pode ou não produzir efeitos em um determinado indivíduo, de modo que a conduta carece de seu elemento subjetivo. Por exemplo, não se pode presumir que aquele que declara seu apoio a alguém que realizou um aborto quis tacitamente instigar outras pessoas a fazerem o mesmo.

Outrossim, a conduta também pode não se ajustar à descrição típica, por não ter ocorrido em público, sendo dirigida a um número reduzido de pessoas, como aquela levada a efeito durante uma reunião familiar. As pessoas as quais o discurso é dirigido é que devem ser indeterminadas, não o seu número.

Além disso, em muitas situações, não se vislumbra de que maneira aquele que exalta um crime ou o seu autor oferece risco de lesão à paz pública, induzindo à repetição do delito e sua disseminação na sociedade, de forma a agredir outros bens jurídicos tutelados pela Constituição e pela própria lei penal. Não se ignora o fato de ser o tipo penal em questão doutrinariamente classificado como de perigo abstrato, contudo, conforme já adiantado, discute-se a constitucionalidade desses crimes, visto que a lei penal acaba por criminalizar a sua simples insubordinação, independentemente da realização de um perigo concreto⁴⁸. Contudo, difícil enxergar, concretamente, de que modo o risco de lesão poderia ser tão relevante ao ponto de justificar a reação penal.

Diante de tal contexto, retorna-se à lição de Nilo Batista (2011, p. 92), exposta no Capítulo 2, sobre uma das funções do princípio da lesividade no Direito Penal ser

⁴⁸ Paulo Queiroz (2012, p. 214) afirma que em alguns casos, o perigo de lesão é tão importante que a tipificação se torna necessária, por isso, não se pode afirmar que todos os crimes de perigo abstrato são inconstitucionais.

justamente proibir a incriminação de uma conduta que exceda o âmbito do próprio autor, de forma que os atos preparatórios de um crime não são punidos. O referido princípio também serve para proibir que uma atitude interna seja incriminada:

As ideias e convicções, os desejos, aspirações e sentimentos dos homens não podem constituir o fundamento de um tipo penal, nem mesmo quando se orientem para a prática de um crime. O projeto mental do cometimento de um crime (cogitação) não é punível (*cogitationis poenam nemo patitur*). Isso não significa absolutamente que o direito penal se desinteresse da atitude interna do homem [...] Em qualquer hipótese, todavia, é imprescindível que a atitude interna esteja nitidamente associada a uma conduta externa.

Tal observação também é feita por Alexandre Assunção e Silva (2012, p. 100-101): é preciso que num Estado Democrático de Direito se atenda ao princípio da ofensividade, como garantia de liberdade. Para o autor, para que se possa punir a manifestação do pensamento, a ação tem que ser concretamente perigosa, visto que a sanção penal é medida de *extrema ratio*, a qual deve ser empregada quando houver apenas concreta lesão ao bem ou interesse tutelado pelo Direito Penal. Isso é necessário, visto que nenhuma pessoa pode ser punida por aquilo que é ou que simplesmente pensa, mas sim pelo dano que efetivamente causar a alguém.

Nessa toada, entende Cézár Roberto Bittencourt (2012b, p. 416) que, em regra, não passa de uma mera “manifestação pacífica de pensamento” e que, na maioria das vezes, a “coletividade apenas ouve como uma das tantas pregações, forma ou não a sua opinião, a favor ou contra, sem qualquer repercussão positiva ou negativa no meio social”. Em suma, adverte o autor que mesmo que uma conduta se adeque formalmente ao tipo penal, materialmente não gera efetiva ofensa ao bem jurídico supostamente protegido, revelando um problema entre o tipo penal em comento e a questão da tipicidade material.

Sob essa perspectiva, poder-se-ia afirmar que a Apologia de Crime ou Criminoso constituiria um resquício do direito penal do autor no ordenamento jurídico brasileiro, pois, em uma análise extrema, não proibiria o ato em si, mas o ato como forma de manifestação de um modo de ser do autor, este sim considerado delituoso.

Zaffaroni (2010, p.110) leciona que o direito penal do autor pode se fundar em uma concepção determinista ou biológica do home, ou seja, que o homem seria incapaz de escolher entre o bem ou mal ou em uma visão de direito penal da culpabilidade. Esta por sua vez, parte da premissa de que “a personalidade que se inclina ao delito, é gerada na repetição de condutas que num começo foram livremente escolhidas, e, portanto, postula que a reprovação que faz ao autor não é em virtude do ato, mas em função da personalidade que esse ato revela”. Baseada em uma ou outra justificativa, é possível

chegar à conclusão que o direito penal do autor viola a esfera de autodeterminação do homem.

Entretanto, para alguns autores, a Apologia de Crime ou Criminoso pode ser considerada fato típico, porém, é desprovida de antijuridicidade, razão pela qual também não constituiria infração penal. Nesse sentido, agiria aquele que faz a Apologia de Crime ou Criminoso acobertado pela excludente de ilicitude do exercício regular de direito. Tal descriminante é prevista no artigo 23, III, 2ª parte do Código Penal, compreendendo aquelas condutas do cidadão que são autorizadas por outro ramo do direito e condicionada à regularidade do exercício desse direito. Celso Delmanto (2010, p. 820) é um dos que leciona nesse sentido.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho desenvolvido buscou analisar o delito de Apologia de Crime ou Criminoso e sua recepção pela Constituição Federal de 1988, a partir de uma análise interdisciplinar envolvendo as searas do Direito Penal e do Direito Constitucional.

Sem embargo, tentou-se mostrar neste estudo que o delito em questão pune a conduta daquele que exalta, glorifica, elogia, o autor de um crime ou o próprio ato criminoso em si, de maneira que fazer apologia é, em síntese, opinar sobre um fato.

Por ser a manifestação de uma opinião – seja qual for o seu conteúdo, consoante o princípio da neutralidade -, consiste no mero exercício do direito fundamental à liberdade de expressão, sendo contrária à Carta Magna a sua definição como crime. Além disso, o tipo penal do art. 287 do Código Penal vai de encontro à proibição da privação de direitos por motivo de crença religiosa, convicção filosófica ou política insculpida no art. 5º, VIII, da Constituição da República. Inclusive, a Carta Magna também veda a extradição de estrangeiros por crime de opinião, em seu art. 5º, LII, demonstrando a preocupação do constituinte com a tipificação indevida desses delitos.

Fez-se neste trabalho a distinção entre discurso e conduta, afirmando-se que apenas o primeiro é salvaguardado pelo direito de livremente se expressar, de maneira que “palavras belicosas” não são abrangidas por tal liberdade. Nesse sentido, apologia é a mera defesa, ou justificação, sem possuir uma finalidade imediata, enquanto a incitação busca levar alguém a praticar um delito. O próprio Código Penal Brasileiro diferenciou Incitação ao Crime e Apologia de Crime ou Criminoso, prevendo tais condutas em figuras típicas distintas. Contudo, diferentemente de outros países, a legislação penal brasileira ainda pune a Apologia, por considerá-la uma “incitação tácita”, conforme demonstrado no Capítulo 2.

Diante dessas premissas, entende-se que o crime previsto no art. 287 do Código Penal impede o exercício pleno do direito fundamental à liberdade de manifestação do seu pensamento, caracterizando odiosa censura legal prévia à manifestação do pensamento, fruto do período ditatorial na legislação penal, incompatível com a ordem constitucional vigente, podendo ser utilizado para calar o pensamento dissidente.

A partir da análise dos elementos do referido crime no Capítulo 2, nota-se que são muitas imprecisões na sua definição, particularmente quanto ao significado das elementares “fato criminoso” e “autor de crime”, pois envolvem uma conceituação ampla, genérica, abrangente, gerando uma insegurança jurídica, não tolerada no campo do Direito

Penal, que possui como princípio a taxatividade do seu conteúdo. Diante de tantos questionamentos sobre o delito, o próprio Supremo Tribunal Federal, na ADPF n. 187 foi acionado e conferiu interpretação conforme ao art. 287 do Código Penal, excluindo do seu âmbito de punição aquelas condutas que visam à descriminalização de drogas ou de quaisquer outras substâncias entorpecentes, a fim de adequar sua interpretação ao disposto na Constituição de 1988.

Outros argumentos foram apresentados no Capítulo 3 acerca da problemática que cerca o art. 287 do Código Penal, como o fato de se tratar de tipificação de um mero ato preparatório, ser um crime de perigo abstrato e a possibilidade de, no caso concreto, a conduta se revelar atípica pela ausência do elemento subjetivo ou por não satisfazer as elementares previstas.

Desta maneira, acredita-se que não basta que a Apologia de Crime ou Criminoso receba uma interpretação conforme, mas sim que seja varrida do ordenamento jurídico brasileiro, ou que seja acrescida ao tipo a necessidade de provocação de um perigo concreto e uma maior definição às locuções elementares “autor de crime” e “fato criminoso”.

Contudo, não se pretendeu com esse estudo, esgotar o tema dos delitos de opinião, que constituem a tipificação indevida do exercício regular de um direito fundamental. Quando há o abuso da liberdade de expressão e grave lesão a direitos alheios, não há direito de se expressar e é possível a sua incriminação. Neste estudo, a ideia central foi tecer breves considerações sobre a Apologia de Crime ou Criminoso e conclui-se que a conduta prevista nesse tipo legal específico, não ultrapassa os limites constitucionalmente previstos à liberdade de expressão.

Acredita-se que para combater as más ideias, deve ser promovido o debate, o contato com outros pontos de vista que permitam ao cidadão, livremente, formular suas opiniões, questioná-las ou até substituí-las, após travar contato com o pensamento dissidente – e não a censura, que pode ser feita através da criminalização daquele que expressa um pensamento contrário à ordem vigente.

Na complexa sociedade atual, em que está difundido o acesso aos meios de comunicação, em que as redes sociais permitem uma facilidade de propagação do conteúdo e o contato com uma pluralidade de opiniões, crenças, orientações, outrora inimaginável, a liberdade de expressão e seus limites se revelam um tema atual.

A despeito do seu lado positivo, permitindo receber maiores informações, ampliar pontos de vista, aprender o respeito ao diferente, surgem episódios traumáticos como o massacre perpetrado na redação do jornal satírico francês Charlie Hebdo, em 7 de janeiro de 2015, em Paris, que resultou na morte de 12 pessoas, como forma de protesto a uma edição do *hebdomadaire* que causou polêmica com a comunidade islâmica.

Dessa forma, exige-se uma maior reflexão, não só por parte da sociedade, mas também do próprio Estado, acerca dos limites desse direito, suas hipóteses de restrição, em função de uma crescente tensão entre as duas faces da liberdade de expressão: a de garantia contra as arbitrariedades estatais e de instrumento de promoção da diversidade na esfera pública, exigindo uma maior atuação do ente estatal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSUNÇÃO E SILVA, Alexandre. **Liberdade de Expressão e Crimes de Opinião**. São Paulo: Atlas, 2012.

ARGENTINA. **Código Penal da Nação Argentina**. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#22>. Acesso em 01 de setembro de 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 01 de setembro de 2016.

_____. **Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em 01 de setembro de 2016.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937)**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em 01 de setembro de 2016.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em 02 de setembro de 2016.

_____. **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em 03 de setembro de 2016.

_____. **Ato institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm>. Acesso em 03 de setembro de 2016.

_____. Decreto-Lei n. 1.077, de 26 de janeiro de 1970. **Dispõe sobre a execução do artigo 153, §8º, parte final, da Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del1077.htm>. Acesso em 03 de setembro de 2016.

_____. Decreto-Lei n. 431, de 18 de maio de 1938. **Define crimes contra a personalidade internacional, a estrutura e a segurança do Estado e contra a ordem social**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del0431.htm>. Acesso em 01 de setembro de 2016.

_____. Decreto-Lei n. 2.848/40. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 01 de setembro de 2016.

_____. Decreto-Lei n. 678, de 6 de novembro de 1992. **Convenção Interamericana de Direitos Humanos**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em 01 de setembro de 2016.

_____. Decreto n. 592 de 6 de julho de 1992. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em 01 de setembro de 2016.

_____. Lei n. 5.250, de 9 de fevereiro de 1967. **Regula a liberdade de manifestação do pensamento e da informação**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5250.htm>. Acesso em 01 de setembro de 2016.

_____. Lei n. 6.620, de 17 de dezembro de 1978. **Crimes contra a Segurança Nacional**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6620.htm>. Acesso em 01 de setembro de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. APDF 187/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. em 15/06/2011, DJe de 29/5/2014.

_____. Supremo Tribunal Federal, ADI 4274/DF. Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, j. em 23/11/2011, DJe de 2/5/2012.

_____. Supremo Tribunal Federal, ADI 4815/DF. Rel(a). Min(a). Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, j. em 10/6/2015, DJe de 1/2/2016.

_____. Supremo Tribunal Federal, HC 82424/RS. Rel. Min. Moreira Alves, Rel. para acórdão Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, j. em 17/9/2003, DJe de 19/3/2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. STF admite execução da pena após condenação em segunda instância. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>>. Acesso em 12 de novembro de 2016.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. Revan: Rio de Janeiro, 2007.

BERLIN, Isaiah. **Quatro Ensaios sobre a Liberdade**. Tradução de Wumberto Hudson Ferreira. Brasília: Editora da UNB, 1981.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 17. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012a.

_____. **Tratado de direito penal: parte especial – Dos crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública**, vol. IV. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012b.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia: Uma defesa das Regras do Jogo**. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte especial, vol. III. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CASTRO, Matheus Felipe de; FREITAS; Riva Sobrado de. **Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão**. In: Revista Sequência, n. 66. Florianópolis, 2013, p. 327-355.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Declaração de Princípios da Liberdade de Expressão**. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/s.convencao.libertade.de.expressao.htm>>. Acesso em 7 de outubro de 2016.

_____ . **Pacto de San José da Costa Rica**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em 13 de setembro de 2016.

_____ . **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em 13 de setembro de 2016.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. 3. ed. Imprensa: Rio de Janeiro, 1998.

DELMANTO, Celso. **Código Penal comentado**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444**. Washington, 1969. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/395/444>>. Acesso em 10 de novembro de 2016.

ESTEFAM, André; CAMPOS, Pedro Franco de. **Coleção curso e concurso: direito penal 3 - parte especial 2**. 4. ed. ver. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Jus Podivm, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FISS, Owen. **A Ironia da Liberdade de Expressão: Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em 2 de setembro de 2016.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal: Parte Especial**, vol. III. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. Trad. Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2003.

LOCKE, John. **Carta sobre a tolerância**. Disponível em <http://dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/edh_locke_carta_tolerancia.pdf>. Acesso em 10 de outubro de 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; WOLFGANG, Ingo; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARTINS NETO, João dos Passos. **Fundamentos da liberdade de expressão**. Florianópolis: Insular, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocência Mártires. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 29 ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2013.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal: Parte Especial**, vol. IV. São Paulo: Saraiva, 1986.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral: parte especial**. 10. ed.rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Acesso em 10 de novembro de 2016.

PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Especial arts. 121-361**, vol. II. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em 12 de novembro de 2016.

PRADO, Luiz Régis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. **Direito Penal Brasileiro: Parte Geral e Parte Especial**. 14. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

QUEIROZ, Paulo. **Direito penal: parte geral**, vol. I. 8. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Jus Podivm, 2012.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Comentário ao art. 5º, LI e LII**. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 893-912.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Cultrix: São Paulo, 1965.

SANCHES, Rogério. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 3. ed. São Paulo: Jus Podivm, 2015a.

_____. **Manual de Direito Penal: Parte Especial**. 7. ed. São Paulo: Jus Podivm, 2015b.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. **Comentário ao art. 5º, IV**. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 534-549.

_____. **A liberdade de expressão e o problema do “Hate Speech”**. In: *Livres e Iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006a, p. 207-262.

_____. **Liberdade de expressão, pluralismo e o papel do Estado**. In: *Livres e Iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006b, p. 263-299.

_____. **Liberdade de expressão e propaganda de bebidas alcoólicas. Limites da atuação jurisdicional na restrição a direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/20-liberdade-de-expressao-e-propaganda-de-bebidas-alcoolicas-limites-daatuacao-jurisdicional-na-restricao-a-direitos-fundamentais/parecer-cervbrasil.pdf>> Acesso em 09 de outubro de 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 36 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

URUGUAI. **Código Penal Uruguaio**. Disponível em: http://www.adau.com.uy/innovaportal/file/12336/1/ley_9155.pdf. Acesso em: 01 de setembro de 2016.

VIANNA, Túlio Lima. **O crime de apologia como instrumento de censura**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3373, 25 set. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22684>>. Acesso em: 9 nov. 2016

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: Parte Geral, vol. I. 9. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.