



ESCOLA DE FORMAÇÃO 2007

**A configuração do ilícito penal na jurisprudência do  
Supremo Tribunal Federal:  
muito além da mera subsunção?**

Monografia apresentada à Sociedade Brasileira de Direito Público como trabalho de conclusão do curso da Escola de Formação do ano de 2007.

Autora: Ariella Toyama Shiraki

Orientadora: Marta Saad Gimenes

**São Paulo  
2007**

## Sumário

1. Introdução, 3
  - 1.1 Delimitação do tema, 3
  - 1.2 Metodologia, 5
  - 1.3 Desenvolvimento do trabalho, 11
2. Distinção entre princípios e regras, 12
3. Critérios para a análise, 14
  - 3.1 Instrumentos, 14
    - 3.1.1 Raciocínio subsuntivo, 14
    - 3.1.2 Raciocínio ponderativo, 17
  - 3.2 Formas de produção de efeitos dos direitos fundamentais, 18
    - 3.2.1 Não invocação, 19
    - 3.2.2 Efeitos indiretos, 19
    - 3.2.3 Efeitos diretos, 20
4. Supremo Tribunal Federal, 22
  - Caso do Partido Comunista, 22
  - Caso do Periódico "Pinômio", 26
  - Caso da "Casa do Sargento da Bahia", 31
  - Caso do "Topless", 34
  - Caso do militar reformado, 38
  - Caso "O Globo X Garotinho", 41
  - Caso de ofensa às Forças Armadas, 49
  - Caso "Ellwanger", 53
  - Caso "Gerald Thomas", 67
  - Caso de difamação de promotora pública, 74
5. Conclusão, 78
- Bibliografia, 82
- Acórdãos analisados, 82

## 1. Introdução<sup>1</sup>

### 1.1 Delimitação do tema

A constitucionalização do direito, diferentemente do entendimento que um primeiro contato com a expressão poderia suscitar, não corresponde propriamente à subordinação de todo o ordenamento jurídico a um documento denominado Constituição. Trata-se de concepção mais abrangente que se reporta à "*irradiação dos efeitos das normas (ou valores) constitucionais aos outros ramos do direito*".<sup>2</sup>

Enquanto processo, pode ser empreendida por diversos autores e não somente pelo legislador, ao estabelecer dispositivos que se coadunam com o conteúdo da Constituição. Nesse sentido, importante mencionar a participação do Judiciário na concretização do fenômeno, sendo este o foco do presente trabalho.

Especificamente, circunscreverei minha análise a um dos aspectos da constitucionalização do direito, qual seja: os efeitos produzidos pelos direitos fundamentais<sup>3</sup> no âmbito penal, a partir da perspectiva do Supremo Tribunal Federal.

Na verdade, trata-se de responder à seguinte indagação: Como os direitos fundamentais são utilizados pelo STF na análise da configuração de crimes? São incorporados à discussão diretamente da Constituição; através das normas do próprio direito penal, auxiliando, por exemplo, a sua interpretação; ou simplesmente não são referidos nos votos? Em outras palavras, pretendo identificar as formas pelas quais os direitos fundamentais são invocados no exame necessário para a conformação de um ilícito penal, mormente no que tange à sua tipicidade.

Pretendo ainda verificar a própria coerência ou divergência entre os ministros quanto ao modelo de irradiação de efeitos empregado, quando da

---

<sup>1</sup> Nesta nova versão do trabalho, foram incorporadas as sugestões apresentadas pelas argüidoras Marta Saad Gimenes e Denise Vasques, durante a banca da Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público, realizada em 03/12/2007.

<sup>2</sup> Virgílio Afonso da Silva, *A constitucionalização do Direito – os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 18.

<sup>3</sup> Parto da idéia de direitos fundamentais com estrutura de princípios, definidos como mandamentos de otimização, conceito que será mais bem explicado no capítulo atinente à distinção entre princípios e regras.

alusão aos direitos fundamentais em seus votos, diante de uma mesma controvérsia. Saliento ainda a relevância de se efetuar um exame global do suporte jurisprudencial selecionado para a presente pesquisa, com vistas à identificação de uma tendência ou posicionamento do tribunal sobre a questão.

Cabe ressaltar que esta escolha do modelo que estrutura a produção de efeitos dos direitos fundamentais não depende exclusivamente de estratégias argumentativas, mas também da existência ou não de mediação legislativa aplicável à situação concreta. Isso porque, nesta hipótese, é cabível tão somente a produção de efeitos indiretos, respeitando-se a regra já estabelecida no plano infraconstitucional, exceto no controle de constitucionalidade da norma.

Em se tratando de matéria penal e especificamente da análise da configuração de crimes, este tema adquire especial relevância, visto que, por força do princípio da legalidade, não se concebe a conformação de um delito sem lei anterior que o defina. Por conseguinte, necessariamente se lida com a existência de mediação legislativa em todos os casos levados à apreciação do tribunal e inseridos no objeto da presente monografia.

Dessa forma, somente se afiguraria aceitável a invocação de direitos fundamentais na análise da configuração dos delitos por vias indiretas, mantendo-se o protagonismo do raciocínio subsuntivo que orienta aplicação do direito penal, especificamente no que concerne à verificação de tipicidade da conduta perpetrada.

Inegável insegurança se instalaria neste ramo do direito caso se passasse a prescindir do emprego de tal raciocínio em favor do recurso aos direitos fundamentais. Até porque a lógica que orienta estes dois âmbitos é totalmente diversa: enquanto o direito penal, ao criminalizar condutas, lida com normas de interpretação estrita, os direitos fundamentais seguem por via contrária, exigindo a máxima abrangência e intensidade de aplicação dos dispositivos em que se inserem.

Diante das circunstâncias até então explicitadas, não seria temerário admitir qualquer outra forma de invocação dos direitos fundamentais, quando da análise da configuração do ilícito penal, que não a produção indireta de efeitos? Se assim não fosse, não se estaria abrindo a possibilidade de se decidir sobre a tipificação de certo comportamento tão somente a partir de um raciocínio

pautado nos direitos fundamentais? Em última análise, o recurso a tais direitos não representaria um instrumento apto a descriminalizar condutas, mas também a criminalizá-las? Se a primeira hipótese parece ser aceitável, na medida em que é benéfica ao acusado, a segunda soa como uma deturpação do direito penal, pois afasta a aplicação de lei existente para concluir pela configuração do delito, a partir de um comportamento anteriormente tido como atípico. Nessa linha de entendimento, não se estaria mitigando o próprio princípio da legalidade?

Em suma, estas são algumas das indagações suscitadas no presente trabalho, as quais tentarei responder ao longo da análise dos acórdãos selecionados.

Por fim, faço apenas duas ressalvas necessárias para que se compreenda a real abrangência do objeto desta pesquisa. A primeira delas concerne ao fato de que tratarei tão somente de crimes que de alguma forma envolvem a liberdade de expressão, direito fundamental aqui compreendido em suas diversas facetas, abarcando a liberdade de imprensa, a liberdade de informação, a liberdade de manifestação do pensamento e, em certas circunstâncias, a própria liberdade individual.

A segunda ressalva reporta-se ao inevitável subjetivismo que permeia a análise substancial dos acórdãos, não obstante a criação de critérios que visam à mitigação deste componente. Apesar desta dificuldade, entendo que a pesquisa e o exame crítico ora empreendido representem expedientes relevantes e válidos para suscitar o próprio debate sobre a matéria.

## **1.2 Metodologia**

Nesse tópico, pretendo explicitar o percurso metodológico seguido nessa pesquisa, apresentando com maior clareza a delimitação de seu universo, bem como as justificativas para as escolhas empreendidas.

Inicialmente, ao definir os primeiros contornos de meu problema de pesquisa, estabeleci dois grandes objetivos: verificar se, em casos criminais, os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) invocam normas que expressam direitos fundamentais com estrutura de princípios para, em um segundo momento, sendo afirmativa a resposta à primeira indagação, analisar se este

recurso tende a constituir um argumento determinante ou meramente retórico para suas decisões.

Entretanto, deparei-me com a necessidade de delimitar meu universo de pesquisa com maior precisão. Afinal, a identificação de uma tendência de fundamentação entre os ministros nos termos já explicitados exigiria uma análise de todos os acórdãos em matéria penal, o que se afiguraria totalmente inviável nos limites do presente trabalho.

Procedendo à leitura da obra *A constitucionalização do direito*<sup>4</sup>, atinente ao tema dos direitos fundamentais, despertou-me a atenção certa abordagem diferenciada dada ao caso Ellwanger (HC 82.424), na qual o autor empreende críticas à decisão proferida pelo STF muito próximas do meu objeto de interesse neste trabalho. No caso em comento, os ministros identificaram uma colisão de princípios, aplicando, por conseguinte, o sopesamento para a solução da controvérsia. De um lado, figuravam os princípios da liberdade de expressão e da liberdade de imprensa e, de outro, a dignidade da pessoa humana ou a honra.

Diante dessa análise e inspirada por casos<sup>5</sup> já discutidos na Escola de Formação 2007 da Sociedade Brasileira de Direito Público, em que o tema da liberdade de expressão esteve presente, concluí que não seria absurdo supor que, através do exercício desmedido desse direito fundamental, poder-se-ia incorrer na prática de diversos crimes.

Dessa forma, empreendi uma busca de acórdãos sobre o tema da liberdade de expressão em matéria penal, a partir do instrumento de pesquisa de jurisprudência disponível no site do STF<sup>6</sup>.

Primeiramente, utilizei expressões genéricas, o que possibilitou o acesso a alguns acórdãos passíveis de utilização nesse trabalho. Posteriormente, empreguei em novas buscas as palavras contidas nas ementas dos julgados já selecionados, bem como termos semelhantes.

O quadro a seguir organiza os dados atinentes a esta etapa de buscas sucessivas:

---

<sup>4</sup> Cf. Virgílio Afonso da Silva, *A constitucionalização do Direito – os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, pp. 167-170.

<sup>5</sup> Trata-se do caso Ellwanger (HC 82.424) e do caso Gerald Thomas (HC 83.996), os quais serão analisados posteriormente na presente pesquisa.

<sup>6</sup> [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)

Expressões utilizadas	Nº. de casos encontrados	Nº. de casos utilizados	Casos utilizados	Data da Consulta
crime e liberdade adj2 expressão	5	3	Difamação de promotora pública; Gerald Thomas; Ellwanger	07/09/2007
liberdade adj2 expressão	17 <sup>7</sup>	5	Difamação de promotora pública; Gerald Thomas; Ellwanger; Ofensa às Forças Armadas; O Globo X Garotinho	07/09/2007
obscen\$	7	2	Gerald Thomas; Topless	07/09/2007
racismo	3	1	Ellwanger	09/10/2007
crime e liberdade adj2 manifestação	2	2	Ellwanger; Militar reformado	20/09/2007
liberdade adj2 manifestação	10	2	Ellwanger; Militar reformado	09/10/2007
crime e liberdade adj2 imprensa	4	1	Periódico Pinômio	12/10/2007
liberdade adj2 imprensa	11	2	O Globo X Garotinho; Periódico Pinômio	12/10/2007
crime e liberdade adj2 pensamento	4	3	Ellwanger; Militar reformado; Partido Comunista	12/10/2007
liberdade adj2 pensamento	13	4	Ellwanger; Militar reformado; Casa do Sargento da Bahia; Partido Comunista	12/10/2007

Cabe ressaltar que entre todos os acórdãos encontrados foram selecionados apenas aqueles que tratam de crimes e, de alguma forma, invocam direitos fundamentais para o deslinde da causa, mais especificamente, a

<sup>7</sup> Em nova pesquisa realizada no dia 12/10/2007, foram encontrados 18 acórdãos. A nova decisão refere-se a ADI-AgR 2398, que não trata da prática de crimes, versando sobre o tema da classificação indicativa.

liberdade de expressão, entendida em sentido amplo. Esta triagem deu-se a partir de uma leitura prévia de todo o material encontrado, a qual não se restringiu à análise das ementas, tendo em vista que muitas vezes estas não refletem o real conteúdo dos acórdãos.

Não obstante tal delimitação, alguns casos que não versam sobre o julgamento de um crime propriamente dito foram inseridos no objeto do presente trabalho, pois as fundamentações de tais decisões reportam-se à análise de infrações penais e das normas incriminadoras envolvidas. Refiro-me aos seguintes julgados: "Periódico Pinômio", "Casa do Sargento da Bahia", "O Globo X Garotinho".

Saliento ainda que certos casos foram excluídos da presente pesquisa, pois o conteúdo dos votos abordava questões meramente processuais, tais como: a vedação ao reexame de provas ou a análise do rito processual aplicável, não obstante tenham sido encontrados a partir de expressões relacionadas estritamente à liberdade de expressão, em qualquer de suas facetas (por exemplo: "*liberdade adj2 expressão*"; "*liberdade adj2 imprensa*") e embora versassem sobre crimes.

Também figuram entre os acórdãos excluídos aqueles que consubstanciam qualquer controle de constitucionalidade, concentrado ou difuso, na medida em que o objetivo do presente trabalho é analisar o papel dos direitos fundamentais no julgamento de crimes pelo STF, identificando situações de invocação inadequada de tais direitos diretamente da Constituição, o que poderia representar, de acordo com as circunstâncias, até mesmo um controle de constitucionalidade não expresso. Logo, não cabe abordar nos limites deste trabalho casos em que este controle se dá de forma expressa, pois não haveria nesta hipótese qualquer impropriedade, tendo em vista que a abordagem de princípios constitucionais integra a própria essência deste procedimento.

O quadro a seguir organiza estes dados atinentes aos acórdãos excluídos e faz referência a casos que poderiam suscitar dúvidas quanto à sua utilização no presente trabalho:



Expressões utilizadas	Acórdãos Excluídos
crime e liberdade adj2 expressão	Extradição 897; HC 44002
liberdade adj2 expressão	ADI 3741; MS 24831; Extradição 897; RE 348827; RE 221239; ADI-MC 2677; ADI-MC 2566; AI-AgR 278136; ADI-MC 1969; RE 203859; ADI 956; HC 44002
obscen§	HC 77689; RHC 64965; HC 60922; RHC 34301; RMS 18534 <sup>8</sup>
racismo	HC 86452; Inquérito 1458
crime e liberdade adj2 manifestação	Nenhum acórdão excluído
liberdade adj2 manifestação	ADI 1969; RE 348827; AI-AgR 349000; Inquérito 1344 <sup>9</sup> ; ADI-MC 2566; ADI 869; Pet-AgR 240; AI 51078
crime e liberdade adj2 imprensa	Inquérito 1957 <sup>10</sup> ; RHC 38947; RC-EI 1032 <sup>11</sup>
liberdade adj2 imprensa	RE 447584; Inquérito 1957 <sup>12</sup> ; RE 348827; ADI 869; RHC 38947; RE 27234; HC 3536; RE 25348 <sup>13</sup> ; RC-EI 1032 <sup>14</sup>

<sup>8</sup> Neste RMS contesta-se a legalidade do ato do Juiz da Vara de Menores da Capital que determinou a apreensão de diversos exemplares da Revista Realidade, sob o argumento de conteúdo obsceno. Discute-se tão somente o artigo 53 da Lei de Imprensa (Lei 2083 de 1953), que lhe atribuía competência para definir o que era obsceno e para determinar a apreensão do material. O caso não versa sobre a prática de um crime por parte da Editora, não obstante haja previsão de responsabilidade pessoal pela prática do crime de ofensa à moral pública e aos bons costumes na própria lei e no CP. Os ministros buscam em seus votos precisar o conceito de obscenidade e delimitar a abrangência do chamado "poder de polícia" que a Lei de Imprensa conferiu ao Juiz de Menores para adotar medidas restritivas, visando à proteção de crianças e adolescentes. Disso resulta a não inclusão do caso no objeto da presente pesquisa.

<sup>9</sup> O caso versa sobre o crime de difamação (artigo 21 da Lei 5250/67 – Lei de Imprensa), mas os ministros se atêm à análise da imunidade material (cujo intuito é resguardar a liberdade de expressão do parlamentar no exercício do mandato para se assegurar sua independência) e da imunidade processual, sem discutir se houve exercício da liberdade de expressão em sua conduta.

<sup>10</sup> O crime verificado no presente caso refere-se à dispensa irregular de licitação, cuja denúncia do Ministério Público partiu de uma "denúncia anônima". Ministros discutem a liberdade de manifestação do pensamento e a vedação do anonimato, necessária para a responsabilização em caso de abusos. Porém, o caso não trata de alguém que, no exercício de uma suposta liberdade de expressão, tenha violado direitos fundamentais alheios, cometendo crime, mas tão somente da possibilidade de persecução penal a partir de uma "denúncia anônima".

<sup>11</sup> O caso versa sobre o crime de provocar animosidade entre as classes armadas, fazendo propaganda de subversão da ordem pública. Porém, creio que não se insere no objeto do presente trabalho, posto que os direitos fundamentais são invocados tão somente para se decidir qual a lei aplicável ao caso concreto, quais sejam: a Lei de Segurança Nacional (de janeiro de 1953) ou a Lei de Imprensa (de novembro de 1953), diante da constatação de que, a princípio, ambas tipificavam a conduta praticada. O acórdão aborda questões como revogação e âmbito de aplicação de cada um dos diplomas legais. Nesse sentido, não invoca os direitos fundamentais para discutir a configuração ou não da infração penal.

Expressões utilizadas	Acórdãos Excluídos
crime e liberdade adj2 pensamento	RE 23.829 <sup>15</sup>
liberdade adj2 pensamento	ADI 1969; AI-AgR 349000; ADI-MC 2677; ADI-MC 2566; ADI 869; ADI-MC1969; ADI 956; RE 20127; RE 23.829 <sup>16</sup>

Cabe mencionar que procedi a uma busca final no novo site do STF no dia 12/10/2007, utilizando novas expressões, mas também aquelas já empregadas, com o exclusivo intuito de verificar se novos acórdãos estavam disponíveis. Assim, delimito de forma definitiva o objeto desta pesquisa.

Outro desafio com o qual me deparei no presente trabalho refere-se à definição de critérios para um exame coerente dos votos, tendo em vista que, a partir desse contato inicial com o material, pude perceber como as categorias inicialmente firmadas eram imprecisas e insuficientes, pautadas nas seguintes indagações: há invocação ou não de direitos fundamentais? Este recurso constitui argumento determinante ou retórico para a decisão?

Diante desse novo percalço, busquei novamente inspiração na obra de Virgílio Afonso da Silva<sup>17</sup>, adaptando certas categorias utilizadas no âmbito do direito privado para o meu estudo. Dessa forma, foi possível delinear modelos ou formas de produção de efeitos dos direitos fundamentais no âmbito do direito penal, as quais serão explicitadas no item destinado à apresentação dos critérios de análise.

<sup>12</sup> Vide nota 10.

<sup>13</sup> Discute-se a apreensão de edições do Jornal do Povo pelo Chefe de Polícia, por ofensa a preceitos constitucionais. Alega-se que incitaria processos violentos para a subversão da ordem pública bem como que atuaria na clandestinidade, enquanto órgão do extinto Partido Comunista (artigo 141, §5º e §13 da Constituição de 1946). Apesar da sanção de apreensão constar da Lei de Imprensa (no caso, Decreto 24.776/34), tais condutas não se inserem entre os crimes nela expressamente previstos. Nesse sentido, o acórdão recorrido e a decisão do STF não fazem alusão a um tipo penal específico, limitando-se a afirmar que as provas presentes nos autos não autorizam o entendimento de violação da Constituição por propaganda subversiva ou atuação clandestina.

<sup>14</sup> Vide nota 11.

<sup>15</sup> Discute-se ato discricionário do governo; não há referência a um tipo penal específico, no qual o militar teria incorrido. Não lhe foi imputada a prática de um crime, apenas o Governo cassou sua patente e, por consequência, as honras do posto, no exercício de seu poder discricionário.

<sup>16</sup> Vide nota 15.

<sup>17</sup> Cf. Virgílio Afonso da Silva, *A constitucionalização do Direito – os direitos fundamentais nas relações entre particulares*.

Paulatinamente, os contornos da pesquisa foram sendo delineados, ensejando a percepção de que lidava com duas lógicas distintas, quais sejam: o raciocínio subsuntivo, atinente à tipificação penal, e o raciocínio ponderativo, relacionado à invocação de direitos fundamentais. Diante desta constatação, sistematizei a partir da leitura dos próprios votos alguns instrumentos empregados pelos ministros quando se utilizam de um ou outro raciocínio. Para tanto, também retomei conceitos básicos de direito penal, relacionados à teoria do delito, levando em conta, precipuamente, a estrutura dos crimes comissivos dolosos, visto que, depois de definidos os acórdãos a serem analisados, verifiquei que todos os crimes neles tratados pertenciam a tal categoria.<sup>18</sup>

Em linhas gerais, este foi o percurso metodológico desenvolvido no presente trabalho, a partir do qual se conformou o suporte empírico que será objeto de análise substancial nos capítulos seguintes.

### **1.3 Desenvolvimento do trabalho**

O presente trabalho estrutura-se em cinco capítulos. Após esta introdução, o capítulo 2 fixa uma importante base teórica para a pesquisa, qual seja, a distinção entre princípios e regras e o conceito de princípios como mandamentos de otimização. O capítulo 3, por sua vez, destina-se à breve apresentação dos critérios empregados na análise substancial dos acórdãos, visando a uma maior objetividade e coerência. Estabelecido o referido suporte teórico e definidos tais critérios, passo, no capítulo 4, ao exame das decisões do STF então selecionadas. Apenas saliento que os acórdãos se apresentam em ordem cronológica, devendo-se ainda mencionar que alguns deles reportam-se à legislação antiga e já revogada, bem como a Constituições anteriores à CF/88, o que não descaracteriza o objeto do presente trabalho, visto que tais Cartas já previam, em moldes semelhantes ao da atual, um rol de direitos e garantias fundamentais.

Por fim, o capítulo 5 apresenta uma conclusão geral do trabalho.

---

<sup>18</sup> Cf. Luiz Regis Prado, *Curso de Direito Penal Brasileiro*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 233-443 e Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de Direito Penal – Parte Geral*, Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp. 169-339.

## 2. Distinção entre princípios e regras

Neste capítulo, apresento breves considerações sobre uma importante base teórica para o desenvolvimento do presente trabalho. Trata-se da distinção entre princípios e regras, precipuamente no que tange à concepção de princípios como mandamentos de otimização.

Tal abordagem justifica-se diante da falta de consenso sobre o significado de tais termos. De fato, para uma concepção tradicional o cerne da diferença entre estas duas categorias reside em critérios materiais, de tal forma que os princípios seriam dotados de fundamentalidade, maior generalidade e abstração. Não é esta, contudo, a distinção adotada no presente trabalho.

Pauto-me, na verdade, na teoria desenvolvida por Robert Alexy, que diferencia princípios e regras por meio de um critério estrutural. Segundo o autor, as distinções entre essas duas espécies de normas verificam-se em duas dimensões, quais sejam: em seus conteúdos de dever-ser e em suas formas de aplicação.<sup>1</sup>

Nesse sentido, princípios são mandamentos de otimização, ou seja, norma que exigem que algo seja realizado na maior medida possível segundo as possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Quanto às regras, sendo válidas, sempre se realizam em sua inteireza. Ou seja, enquanto estas expressam direitos e deveres definitivos, aqueles expressam direitos e deveres *prima facie*, na medida em que o seu grau de realização é variável, dependendo das circunstâncias concretas.

No que concerne à aplicação de tais normas, pode-se dizer que, diante de um conflito entre regras, vigora a regra da exceção, ou seja, necessariamente se verifica a invalidade de uma delas. Havendo uma colisão entre princípios, porém, exige-se a definição de relações condicionadas de precedência. Vale dizer, torna-se necessário proceder ao sopesamento entre os princípios colidentes para que se decida qual deles terá preferência, sem qualquer prejuízo à validade do

---

<sup>1</sup> Cf. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, pp. 81-115; Virgílio Afonso da Silva, "Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção", *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1 (2003), p. 607-630 e Virgílio Afonso da Silva, *A constitucionalização do Direito – os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, pp. 29-37.

princípio restringido, sendo tal precedência condicionada, pois vale somente para uma situação específica. Ressalto ainda que desta ponderação resulta uma regra aplicável ao caso concreto.

A partir destes esclarecimentos, justifico a adoção de tais definições pelo fato de abordar neste trabalho o papel desempenhado pelos direitos fundamentais na análise da configuração de ilícitos penais, na jurisprudência do STF, visando precipuamente a identificar situações em que se verifique uma colisão entre tais direitos exigindo sopesamento. Nesse sentido, qualquer possibilidade de acomodação, sem que se retire a validade de qualquer um deles, pressupõe a concepção de direitos fundamentais com estrutura de princípios, nos termos propostos por Alexy.

Por fim, apenas ressalto que ao procederem a tal ponderação, os ministros do STF nem sempre contrapõem direitos fundamentais propriamente ditos, fazendo muitas vezes alusões a bens jurídicos relevantes para a sociedade e tutelados pelo direito penal, como a ordem pública e o pudor público.

### 3. Critérios para a análise

Neste capítulo, pretendo expor sucintamente os critérios adotados para a análise dos acórdãos que compõem o objeto da presente pesquisa. Pode-se organizá-los da seguinte forma:

Instrumentos	Formas de produção de efeitos
<p><b>Raciocínio Subsuntivo (tipicidade)<sup>1</sup>:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- definição de conceitos - TO</li> <li>- núcleo e elementos secundários – TO</li> <li>- ofensa ao bem jurídico tutelado - TO</li> <li>- dolo / elemento subjetivo especial – TS</li> </ul> <p><b>Raciocínio Ponderativo:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- sopesamento implícito</li> <li>- sopesamento expresso</li> <li>- regra da proporcionalidade</li> </ul> <p><b>Hierarquia pré-estabelecida</b></p>	<p><b>Não invocação</b></p> <p><b>Efeitos indiretos</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Respeito à ponderação legislativa</li> <li>- Interpretação</li> <li>- Constatação lógica</li> </ul> <p><b>Efeitos diretos</b></p>

#### 3.1 Instrumentos

Correspondem às ferramentas utilizadas pelos ministros em suas argumentações dependendo do tipo de raciocínio desenvolvido: subsuntivo ou ponderativo. Atento ainda para outra possibilidade que não se enquadra em nenhuma dessas categorias: conceber uma hierarquia pré-estabelecida pela Constituição entre os direitos fundamentais.

##### 3.1.1 Raciocínio subsuntivo

Para que se compreenda tal raciocínio, é preciso remontar ao conceito analítico<sup>2</sup> de crime, pelo qual este é decomposto em suas partes constitutivas,

<sup>1</sup> TO – tipo objetivo; TS – tipo subjetivo.

<sup>2</sup> Segundo o conceito formal, crime é todo fato humano proibido pela lei penal. Já do ponto de vista material, corresponde a um desvalor social, que recai sobre a própria conduta perpetrada ou sobre o resultado de ofensa a certo bem jurídico.

sem que se exclua sua dimensão unitária. A partir desta perspectiva, crime é toda ação ou omissão típica, ilícita ou antijurídica e culpável<sup>3</sup>.

A ação e a omissão correspondem às formas básicas de conduta punível, constituindo os crimes comissivo e omissivo, aos quais se atrelam as qualificações dolosa e culposa, sendo que esta última exige expressa previsão legal.

No presente trabalho, tratarei somente de crimes comissivos dolosos, visto que, tal como explicitado no capítulo metodológico, todos os casos selecionados pelas ferramentas de pesquisa eleitas reportam-se a crimes com tais características, o que pôde ser depreendido a partir de uma leitura prévia de todo o material empírico selecionado.

Saliento ainda que os instrumentos a seguir enunciados, atinentes ao raciocínio subsuntivo, foram definidos a partir das características peculiares desta categoria de crimes. Faço tal ressalva haja vista que os crimes omissivos<sup>4</sup> e os crimes culposos<sup>5</sup> são estruturalmente bem diversos dos crimes comissivos dolosos, de tal forma que a análise daqueles demandaria a utilização de outras ferramentas.

O raciocínio subsuntivo é notadamente uma análise da tipicidade da conduta, ou seja, examina sua adequação a um modelo legal (tipo penal) que abstratamente descreve um comportamento que a lei proíbe. Há tipicidade quando se verifica um ajuste do fato às características objetivas e subjetivas compreendidas no tipo. Daí se poder afirmar que em sua estrutura encontram-se o tipo objetivo e o tipo subjetivo<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> A tipicidade será objeto de análise posterior. Quanto à antijuridicidade, em linhas gerais, reflete uma contrariedade ao direito. Configura-se sempre que não houver norma permissiva que represente uma causa de justificação, apta a afastar os indícios de ilicitude já trazidos pela tipicidade. Na esfera da culpabilidade, por sua vez, analisa-se a imputabilidade daquele que desenvolveu a conduta, bem como sua consciência da ilicitude (ainda que potencial) e a possibilidade de se exigir um comportamento conforme ao direito.

<sup>4</sup> Neste caso, transgride-se uma norma que impõe um comportamento ativo, diferentemente dos crimes comissivos, que representam violação de uma norma proibitiva.

<sup>5</sup> Nestes crimes, verifica-se um tipo aberto, pois cabe ao juiz identificar a conduta proibida, ou seja, aquela realizada com negligência, imprudência ou imperícia, violando um dever objetivo de cuidado.

<sup>6</sup> Segundo a concepção clássica ou teoria causal, o conceito de tipo penal limitava-se à parte objetiva, deslocando-se o conteúdo subjetivo à culpabilidade.

O tipo objetivo compreende a conduta<sup>7</sup> desenvolvida, o nexo de causalidade e o seu resultado, sendo que estes dois últimos elementos são necessários apenas para a consumação de crimes materiais. Tendo em vista que apresenta não somente elementos descritivos (cujo conhecimento se opera pela simples verificação sensorial, por exemplo, "mulher"), mas também elementos normativos (determinados somente por meio de uma valoração jurídica ou cultural, por exemplo, "ato obsceno", "pudor público"), pode ser necessário proceder à **definição de conceitos** antes de analisar o enquadramento do fato.

Outra ferramenta empregada neste âmbito refere-se à verificação de preenchimento do **núcleo** (verbo) e dos **elementos secundários** (sujeitos, nexo causal, resultado naturalístico, circunstâncias de tempo, lugar, meio, modo de execução, entre outros) que compõem o tipo objetivo, sendo imprescindível a realização de todos os elementos para a configuração desta vertente da tipicidade.

Outra análise cabível nessa esfera é a de **ofensa ao bem jurídico tutelado**, entendida como lesão ou perigo de lesão a tal bem. Trata-se de "resultado jurídico", que não se confunde com o resultado naturalístico presente nos crimes materiais (por exemplo, resultado "morte", no crime de homicídio). Também ressalto que esta ofensa é sempre necessária para a configuração do tipo penal, tanto nos crimes de dano e de perigo concreto, como nos crimes de perigo abstrato.

Em minha análise, faço alusão tão somente às ferramentas expressamente referidas pelos ministros em seus votos. Contudo, isso não significa que tenham sido as únicas por eles empregadas em seus processos decisórios. Explico-me: ao fundamentarem a tipicidade de uma conduta na ofensa ao bem jurídico tutelado, ainda que não se reportem expressamente ao preenchimento do núcleo do tipo penal e aos seus elementos secundários, isso não significa que prescindiram de tal análise, que resta subentendida. Não será, entretanto, por mim referida especificamente.

No que tange ao tipo subjetivo dos crimes analisados na presente monografia, pode-se dizer que se compõe necessariamente do **dolo** (consciência

---

<sup>7</sup> O crime como conceito insere a conduta na esfera da tipicidade (crime seria tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade). Ao se afirmar que se trata de *conduta* típica, antijurídica e culpável, parte-se da consideração de crime como fato.



e vontade quanto à realização do tipo objetivo) e, eventualmente, de **elementos subjetivos especiais**, que se apresentam de forma autônoma e são muitas vezes denominados de dolo específico. Apenas ressalto que em muitos casos trato destes elementos indistintamente. Entretanto, considero necessária a ressalva, posto que, em outros julgados, os próprios ministros reportam-se a tal diferença.

A partir da exposição deste instrumental, pode-se depreender que uma das grandes preocupações na esfera penal é assinalar limites com precisão, a fim de tornar possível uma segura distinção entre o permitido e o vedado. Não por outro motivo, uma das funções desempenhadas pelo tipo penal é a garantia, relacionada ao princípio da legalidade.

### 3.1.2 Raciocínio ponderativo

Este é o raciocínio empregado quando se insere a controvérsia no âmbito dos direitos fundamentais e se identifica uma colisão entre eles, exigindo solução. Nesse caso, cabível o sopesamento com o intuito de definir, no caso concreto, o direito prevalente, sem qualquer prejuízo à validade daquele que foi restringido.

Este sopesamento pode se dar de forma implícita ou expressa. No primeiro caso, reporto-me a situações em que se faz alusão a um determinado direito fundamental, no caso do presente trabalho, à liberdade de expressão, identificando-se a sua colisão com o bem jurídico tutelado pelo tipo penal. Contudo, prescinde-se de qualquer referência expressa ao emprego da ponderação e à solução ótima dela decorrente. Não obstante, outros elementos presentes na fundamentação do voto possibilitam a percepção de que o ministro dá prevalência a um dos direitos fundamentais envolvidos, restringindo o conflitante. O emprego de tal ferramenta ficará mais evidente na análise concreta dos casos, empreendida no capítulo seguinte.

O sopesamento exposto, por sua vez, reflete uma hipótese de identificação dos direitos fundamentais conflitantes, procedendo-se a um explícito sopesamento. Neste caso, a solução decorrente do emprego de tal instrumento é expressamente enunciada pelo ministro, dando preferência a certo direito com a conseqüente restrição de outro.

Ressalto que ao lidar com estas colisões entre direitos fundamentais, é possível, ainda, recorrer adicionalmente à regra da proporcionalidade. Em linhas gerais, trata-se de uma regra de interpretação e aplicação do direito empregada especialmente em casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental implica a restrição de outro direito também fundamental, evidenciando uma hipótese de colisão. Tal regra tem como objetivo evitar que tal restrição tome dimensões desproporcionais. Constitui-se de três sub-regras, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.<sup>8</sup>

A partir desta breve exposição dos instrumentos atinentes ao raciocínio subsuntivo e ao raciocínio ponderativo, pode-se concluir que ambos se orientam por lógicas totalmente diversas. Por conseguinte, empregá-los em um mesmo problema concreto ou aplicar cada qual a um âmbito que lhe é estranho (por exemplo, utilizar-se do raciocínio ponderativo na análise da configuração de crimes), pode ensejar consideráveis incoerências.

### **3.2 Formas de produção de efeitos dos direitos fundamentais**

Através dessa classificação pretendo responder a indagação que constitui o cerne do presente trabalho, qual seja: como os direitos fundamentais irradiam seus efeitos na análise da configuração de crimes, empreendida pelo STF?

Vale dizer, diante da necessidade de se verificar a ocorrência de certo crime, objetivo examinar se os ministros se atêm a um raciocínio eminentemente subsuntivo, analisando a tipicidade da conduta do agente com base nas regras penais existentes, ou se invocam direitos fundamentais na construção de sua decisão.

Verificando-se esta última hipótese, resta saber de que forma se dá esse recurso aos direitos fundamentais, ou seja, proponho-me a analisar se se configura uma invocação indireta ou direta de tais direitos.

Apenas reitero que, havendo mediação legislativa, o que sempre se verifica no âmbito da criminalização de condutas, inadequada se torna qualquer

---

<sup>8</sup> Cf. Virgílio Afonso da Silva, "O proporcional e o razoável", *Revista dos Tribunais* 798 (2002), pp. 23-50.

forma de produção direta de efeitos, sendo somente aceitáveis os efeitos indiretos.

Passo a analisar mais detidamente cada uma destas categorias, salientando que foram adaptadas para o presente trabalho a partir de modelos cunhados para o direito privado, tal como afirmado anteriormente.<sup>9</sup>

### 3.2.1 Não invocação

Com esta designação, reporto-me às argumentações que não invocam de nenhuma forma os direitos fundamentais no momento de aplicação da regra penal. Ou seja, não se reportam ao sopesamento já empreendido pelo legislador que, ao estabelecer tal norma, decidiu pela proteção de determinado bem jurídico ainda que isso representasse mitigação de outros direitos fundamentais (efeitos indiretos). Nem tampouco invocam princípios diretamente da Constituição (efeitos diretos). O que se verifica nesta hipótese é, em geral, a solução da controvérsia por instrumentos atinentes ao raciocínio subsuntivo.

### 3.2.2 Efeitos indiretos

Neste caso, os direitos fundamentais são invocados pelos ministros na análise da configuração do crime, por intermédio do material normativo do próprio direito penal. Ou seja, não se prescinde da regra penal nem se pretende substituir ou confirmar a ponderação nela consubstanciada. Em outras palavras, não se sopesam novamente os direitos fundamentais envolvidos.

Uma das hipóteses em que isso se verifica é aquela na qual se invocam direitos fundamentais, mas expressamente se afirma que a norma penal já consagra a proteção a um deles, considerado prevalente pelo legislador, devendo-se respeitar tal decisão. Trata-se de uma produção de efeitos indireta, pois há referência a princípios, enquanto objetos de sopesamento em uma mediação legislativa.

A interpretação também constitui outra forma de produção indireta de efeitos, visto que utiliza os direitos fundamentais para precisar conceitos atinentes ao próprio tipo penal. Por exemplo, utiliza-se a liberdade de expressão

---

<sup>9</sup> Tal ressalva já se encontra no capítulo metodológico.

como justificativa para uma interpretação mais estrita do crime de prática de racismo. Neste caso, não se ignora a norma penal já existente, mas tão somente se restringe sua abrangência por vias interpretativas que tomam os direitos fundamentais como base.

Outra forma de produção indireta de efeitos consiste na “constatação lógica”. Por tal nomenclatura designo casos em que a conclusão de inocorrência de crime, utilizando-se do material normativo penal, conduz necessariamente a constatação de que a conduta praticada representa o exercício de um direito. Pode-se resumir tal categoria na seguinte construção meramente exemplificativa: “não há crime, logo, há exercício da liberdade de expressão”. O emprego deste raciocínio poderia conduzir ao errôneo entendimento de que somente haveria exercício de um direito quando não se verificasse a prática criminosa, quando, na verdade, a tipificação de uma conduta como delito apenas restringe (não exclui completamente) um dos direitos envolvidos. Nesse sentido, mais precisa é a construção: “não há crime, logo, há exercício da liberdade de expressão sem as restrições impostas por tal norma penal”.

### 3.2.3 Efeitos diretos

Neste grupo incluo todas as situações em que se verifica uma ponderação entre direitos fundamentais colidentes, realizada pelos ministros, diante de um caso concreto, diretamente da Constituição. Portanto, independe de qualquer referência à mediação legislativa existente, que, porém, não precisa ser completamente ignorada para que o modelo de efeitos diretos se concretize. Basta que o ministro, ao proferir seu voto, não atente para a ponderação já consubstanciada na regra penal em questão.

Nesse sentido, é possível identificar situações em que, somando-se a um raciocínio subsuntivo já empreendido (que, portanto, levou em conta a norma penal), procede-se a um raciocínio ponderativo. Ou seja, desconsidera-se o sopesamento legislativo, realizando-o novamente na seara judicial. Em outros casos, porém, não se verifica qualquer alusão à mediação legislativa e, por conseguinte, prescinde-se totalmente da ponderação nela já consagrada.

De qualquer forma, este novo sopesamento empreendido pelos ministros se afigura totalmente desnecessário, podendo ainda contrariar o que já fora

estabelecido pelo legislador, bem como representar um fator de instabilidade no direito penal, pois a tipificação de uma conduta passaria, em muitos casos, a depender do próprio resultado da ponderação e não da subsunção da conduta à norma já conhecida.

Por fim, ressalto ainda a possibilidade de se utilizar a ponderação, efetuada diretamente da Constituição, para se afastar a ilicitude de uma conduta considerada típica pelo raciocínio subsuntivo.

#### 4. Supremo Tribunal Federal

##### Caso do Partido Comunista – Apelação Criminal 1.509/SP

##### Data do julgamento – 04/06/1954

O presente caso versa sobre a imputação do crime de tentativa de reorganização do Partido Comunista do Brasil, sob falsos nomes e formas simuladas, a diversos indivíduos que, aparentemente, intentavam formar tão somente uma entidade de classe. Tal infração encontra-se prevista no artigo 9º da Lei 1802/53 (Lei de Segurança Nacional):

*"Art. 9º - Reorganizar ou **tentar reorganizar**, de fato ou de direito, pondo logo em funcionamento efetivo, ainda que sob falso nome ou forma simulada, **partido político ou associação dissolvidos por força de disposição legal** ou fazê-lo funcionar nas mesmas condições quando legalmente suspenso: Pena – reclusão de 2 a 5 anos; reduzida da metade, quando se tratar da segunda parte do artigo".<sup>1</sup>*

Segundo a denúncia, alegou-se que os mesmos indivíduos também incorriam em outras práticas criminosas previstas na referida lei, quais sejam: prestação de auxílio à entidade legalmente dissolvida, mediante serviços e donativos (artigo 10)<sup>2</sup>; realização de propaganda subversiva e de ódio de classe (artigo 11, alíneas a e b)<sup>3</sup>; distribuição de boletins e panfletos com tal conteúdo (artigo 11, §3º)<sup>4</sup> e incitamento das classes sociais à luta pela violência (artigo 12)<sup>5</sup>.

A decisão de primeiro grau resultou na absolvição de alguns acusados e na condenação dos demais como incurso apenas no artigo 10 da Lei de Segurança Nacional mencionada. E, tão somente em relação a um dos réus, também foi

<sup>1</sup> Sem negritos no original.

<sup>2</sup> "Art. 10 – **Filiar-se ou ajudar com serviços ou donativos**, ostensiva ou clandestinamente, mas sempre de maneira inequívoca, a qualquer das **entidades reconstituídas ou em funcionamento na forma do artigo anterior**: Pena – reclusão de 1 a 4 anos" (sem negritos no original).

<sup>3</sup> "Art. 11 – **Fazer publicamente propaganda**: a) de processos violentos para a subversão da ordem política ou social; b) de ódio de raça, de religião ou de classe; (...): Pena – reclusão de 1 a 3 anos" (sem negritos no original).

<sup>4</sup> "Art. 11 – (...) §3º - Pune-se igualmente, nos termos deste artigo, a **distribuição ostensiva ou clandestina**, mas sempre inequivocamente **dolosa, de boletins ou panfletos**, por meio dos quais se faça a propaganda condenada nas letras a, b e c do princípio deste artigo" (sem negritos no original).

<sup>5</sup> "Art. 12 – **Incitar diretamente e de ânimo deliberado as classes sociais à luta pela violência**: Pena – reclusão de 6 meses a 2 anos".

imputada a prática de distribuição de boletins e panfletos com conteúdo subversivo (artigo 11, §3º). Em todos os casos, restou afastado o crime previsto no artigo 9º, de tentativa de reorganização do Partido Comunista do Brasil, por insuficiência de provas.

Diante dessa decisão, apelaram os réus condenados com vistas à absolvição, tendo também a Promotoria Pública interposto recurso.

#### Argumentação do Ministro

Em seu voto, o Ministro Edgard Costa, relator, pautou-se na análise da aplicação dos artigos referidos na sentença apelada.

Diante da ausência de qualquer prova nos autos apta a demonstrar a efetiva reconstituição ou tentativa de restabelecimento do Partido Comunista do Brasil, o ministro reforçou o entendimento já firmado em primeira instância, afastando a imputação do crime delineado no artigo 9º da Lei de Segurança Nacional. Ou seja, partindo de um tipo penal já delimitado, não logrou êxito na tentativa de preencher seu núcleo e seus elementos secundários, diante da falta de provas mais contundentes. Verifica-se aqui a não configuração do tipo objetivo do crime, o que afastou a aplicação do dispositivo ao caso concreto.

No que tange ao artigo 10, acolheu o argumento segundo o qual o crime nele descrito, de filiação ou ajuda, pressupõe expressamente a prática da conduta prevista no artigo antecedente atinente à reorganização ou tentativa de reorganização de entidades dissolvidas legalmente. Vale dizer, entende que só se pode incorrer no crime de filiação ou ajuda (artigo 10) quando comprovada a prática do crime de restabelecimento ou de tentativa de reconstituição do Partido Comunista do Brasil (artigo 9º). Por conseguinte, diante das circunstâncias do caso concreto, a atipicidade da conduta dos agentes no que concerne a este crime (artigo 9º) implicava o não atendimento dos elementos secundários necessários à configuração daquele (artigo 10). Nesse sentido, ainda que o ministro não tenha se expressado nestes termos, pode-se extrair a conclusão de atipicidade da conduta quanto ao crime previsto no artigo 10 da referida lei, em sua vertente objetiva, resultando na absolvição dos agentes.

O ministro afastou ainda a incidência do artigo 11, §3º da referida lei, atinente à distribuição de boletins ou panfletos, que recaía apenas sobre um dos

acusados. Em seu entendimento, este tipo penal exigia não somente a posse de material subversivo, mas também a prática de sua divulgação (núcleo de seu tipo objetivo), ostensiva ou clandestina, a qual não restou comprovada no caso sob análise. De fato, sustenta que a mera apreensão do material na casa do réu, relatada pela sentença recorrida, era, por si só, insuficiente para atribuir-lhe a conduta de distribuição. Prosseguindo na análise desse mesmo tipo penal, atenta para a falta de preenchimento de seus elementos secundários, visto que o agente fora encontrado com jornais enquanto o referido dispositivo alude tão somente a "*boletins ou panfletos*". Salienta ainda a exigência de dolo quanto à divulgação de conteúdos vedados, que igualmente não fora comprovado no caso concreto. Portanto, utilizando-se dos instrumentos então enunciados, afasta a tipicidade objetiva e subjetiva da conduta perpetrada, o que conduziu ao acolhimento da pretensão do réu ao qual tal crime havia sido imputado.

Por fim, ainda salienta que, independentemente do teor da propaganda veiculada, tais jornais exercem uma atividade lícita, haja vista a autorização para sua circulação por força de seu registro.

Pelo exposto até o presente momento, pode-se depreender que o ministro empregou um raciocínio claramente subsuntivo, ao tratar dos três artigos da Lei de Segurança Nacional invocados na sentença recorrida. E, ao concluir pela atipicidade da conduta no que tange a cada um dos tipos penais, decidiu pela absolvição dos réus, dando provimento às suas apelações e, por conseguinte, julgando prejudicado o recurso da Promotoria Pública, no que foi seguido pelos demais ministros em sessão plenária.

Não obstante este tenha sido o cerne de sua decisão, também os direitos fundamentais produziram seus efeitos neste caso ao serem invocados pelo ministro. De fato, após afirmar que todos os envolvidos são indiscutivelmente partidários ou simpatizantes do credo comunista, salienta que meramente "ser comunista" não configura crime, pois se trata de livre manifestação do pensamento. Assim o ministro aborda a questão: "*Mas **ser comunista**, isto é, acreditar como melhor um regime político diverso do que nos rege, não obstante seus erros, suas bases falsas e os resultados perniciosos da sua prática entre os povos que o adotaram, **não constitui crime, pois, por preceito constitucional, é livre a manifestação do pensamento**, que como toda a*



*liberdade tem limites: na espécie, a proibição de propaganda de processos violentos para subverter a ordem política e social vigente” (p. 8).<sup>6</sup>*

À primeira vista, a partir desse excerto, poder-se-ia conceber que o ministro justifica a inoccorrência de crime no presente caso pelo exercício da liberdade de manifestação do pensamento, assegurado no artigo 141, §5º da Constituição de 1946<sup>7</sup>. Ou seja, não se configuraria crime *porque* haveria exercício de tal direito fundamental. Desse entendimento decorreria necessariamente a conclusão de que tal liberdade seria elemento suficiente para elidir qualquer prática criminosa, quando, na verdade, é possível que o exercício de tal direito se enquadre em certo tipo penal, ao colidir com outro direito fundamental considerado prevalente pelo legislador. Isso reconhece o próprio ministro ao asseverar que a liberdade de manifestação de pensamento encontra limites na necessidade de se proteger a ordem política e social vigente, que, portanto, deve prevalecer na hipótese de conflito, ensejando a restrição daquele direito.

Diante disso, estaria o ministro em contradição, ao sustentar, em um primeiro momento, que a liberdade de manifestação de pensamento é suficiente para afastar a prática criminosa e, em seguida, afirmar que no exercício desse direito é possível incorrer na prática de crime, ao se ofender a ordem política e social? Na verdade, afasto essa aparente contradição e interpreto o excerto do voto de outra forma.

Ao conceber que o mero fato de “ser comunista” não enseja ofensa à ordem política e social, afasta a prática criminosa e, por conseguinte, a necessidade de se restringir tal direito fundamental em favor daquele bem jurídico. Há, na verdade, uma ausência de colisão, tornando-se prescindível qualquer sopesamento e limitação a qualquer dos direitos envolvidos no caso concreto. E, de fato, o ministro acertadamente não procedeu a qualquer ponderação. Diante disso, verifico a seguinte constatação lógica no seu

---

<sup>6</sup> Sem negritos no original.

<sup>7</sup> “Art. 141 – A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) §5º - **É livre a manifestação do pensamento**, sem que dependa de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar pelos abusos que cometer. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos não dependerá de licença do Poder Público. **Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social**, ou de preconceitos de raça ou de classe” (sem negritos no original).

raciocínio: “não há crime, logo, há exercício da liberdade de manifestação do pensamento sem restrições concretas”.

Apenas pontuo que o ministro não concebe que o crime e este direito fundamental sejam esferas excludentes, na medida em que reconhece que o próprio exercício desta liberdade pode ensejar violação de bens jurídicos relevantes, impondo-se a necessidade de limitação de seu exercício.

Por fim, ressalto que a invocação de direitos fundamentais no presente caso se verificou sem se prescindir do material normativo do próprio direito penal, haja vista que a constatação de exercício autorizado do direito resultou da conclusão de atipicidade da conduta.

Organização de Informações		
Instrumentos	Forma de produção de efeitos	Direitos fundamentais envolvidos
Raciocínio subsuntivo (tipicidade): - núcleo e elementos secundários – TO - dolo / elemento subjetivo especial – TS	Efeitos indiretos - Constatação lógica	Liberdade de manifestação do pensamento vs. ordem política e social

### Caso do Periódico “Pinômio” – RMS 2.371/MG

#### Data do julgamento – 12/07/1954

O Chefe de Polícia do Estado de Minas Gerais ordenou a apreensão da edição de 23 de novembro de 1952 do Periódico “Pinômio”, sob a alegação de que seu conteúdo era ofensivo aos bons costumes e à honra do Governador, ensejando a prática de crimes previstos no Decreto 24.776/34 (Lei de Imprensa), quais sejam: crime de ofensa à moral pública<sup>8</sup> e de injúria<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> “Art. 10 – Ofender, de qualquer modo, a **moral pública** ou os **bons costumes**: Pena - de prisão celular por três meses a um ano, e multa de 200\$ a 1:000\$000. Parágrafo único – É proibido, sob as mesmas penas, expor à venda, vender ou por algum modo concorrer para que circule qualquer livro, folheto, periódico ou jornal, gravura, desenho, estampa, pintura ou impressão de qualquer natureza, desde que contenha **ofensa à moral pública ou aos bons costumes**” (sem negritos no original).

<sup>9</sup> “Art. 14 – Imputar vícios ou defeitos, com ou sem fatos especificados, que possam expor a pessoa ao ódio ou ao desprezo público; imputar fatos ofensivos da reputação, do decoro e da honra; usar de palavra reputada insultante na opinião pública: Pena – de multa de 1:000\$ a 5:000\$, ou prisão por três meses a um ano. Parágrafo único – As injúrias compensam-se: consequentemente não poderão querelar por injúrias os que reciprocamente se injuriarem”.

Tal medida restritiva encontrava fundamento em dispositivos deste decreto, visto que seu artigo 12<sup>10</sup> autorizava a apreensão de jornais antes de uma sentença condenatória definitiva, desde que fosse observado o processo estabelecido em seu artigo 63, sendo relevante para o caso a previsão de seu §6º:

*"Art. 63 – Para a **apreensão de jornais**, no caso previsto no art. 12, observar-se-á o seguinte processo: (...) §6º Quando a situação reclamar urgência, a apreensão poderá ser ordenada, independentemente de mandado judicial, pelo Chefe de Polícia, no Distrito Federal, nas capitais dos Estados e no Território do Acre, ou pela autoridade policial mais graduada, nas demais localidades. Nesse caso, **dentro do prazo de 48 horas, contadas da apreensão, a autoridade que a tiver ordenado submeterá o seu ato à aprovação do juiz competente**, justificando a necessidade da medida e a urgência em ser tomada, instruindo a sua representação com um exemplar do jornal que lhe deu causa. O juiz ouvirá o diretor do jornal no prazo de 48 horas, e, a seguir, dentro de igual prazo, proferirá a sua decisão aprovando ou não o até, cabendo no primeiro caso, recurso da parte para o Tribunal Superior".<sup>11</sup>*

Foi impetrado mandado de segurança ao Tribunal de Justiça com pedido de devolução dos exemplares e de proteção à sua livre circulação, o qual restou denegado, sob o argumento de que havia respaldo legal para a apreensão, não se verificando direito líquido e certo do impetrante. Este, por conseguinte, recorreu da decisão, levando a controvérsia ao STF.

#### Argumentação do Ministro

Dois importantes fundamentos podem ser depreendidos do voto do Ministro Edgard Costa, relator do caso, para a concessão da segurança. O primeiro refere-se à constatação de inoccorrência dos crimes de injúria contra o Governador do Estado e de ofensa à moral pública, a partir da análise do conteúdo da própria publicação. Para tanto, o ministro desenvolveu um raciocínio

---

<sup>10</sup> "Art. 12 – Às penas estatuídas nos artigos anteriores acrescer-se-á, conforme a gravidade da infração e seus possíveis efeitos, a da **apreensão e perda do impresso**. § 1º Em se tratando, porém, de **jornais**, essa apreensão, **antes de sentença condenatória definitiva, somente poderá ser ordenada e feita nos termos do art. 63"** (sem negritos no original).

<sup>11</sup> Sem negritos no original.

eminentemente subsuntivo, indagando-se sobre o enquadramento das condutas praticadas nos tipos referidos na Lei de Imprensa. Diante de uma resposta negativa, ainda que não tenha se expressado em tais termos, pode-se afirmar que concluiu pelo não preenchimento do tipo objetivo (núcleo e elementos secundários) dos crimes em questão, o que tornava a apreensão ilegal.

Entretanto, em se tratando de recurso de mandado de segurança, este não parece ter sido o principal argumento presente em sua decisão, pois frágil seria a tese que pretendesse sustentar a existência de um direito líquido e certo com base na inocorrência de crime, nem sempre reconhecível de pronto. Passa então a considerar a possibilidade de configuração de tais infrações, concluindo que ainda assim a apreensão permaneceria eivada de ilegalidade. Logo, a ocorrência de crime representava elemento necessário, porém não suficiente para a imposição daquela medida. Transcrevo tal excerto e passo a análise de seu segundo fundamento: *"Mas, ainda que configurada estivesse qualquer dessas infrações da Lei de Imprensa, a apreensão do periódico seria de ilegalidade irrecusável, porque levada a efeito com violação dos preceitos legais, garantidores da **liberdade do pensamento escrito**"* (p. 6).<sup>12</sup>

A partir deste fragmento, poder-se-ia cogitar, a princípio, que a liberdade de imprensa representa elemento determinante para a sua decisão, posto que se mostra apta a afastar a aplicação de uma medida coercitiva, ainda que seja incontroversa a ocorrência de prática criminosa. Ter-se-ia, nessa hipótese, o seguinte raciocínio: não obstante a configuração dos crimes de injúria e de ofensa à moral pública, violando os respectivos bens jurídicos (honra e pudor público ou bons costumes), a apreensão não deve ser concretizada, pois a liberdade de imprensa, enquanto direito constitucionalmente assegurado<sup>13</sup>, deve prevalecer sobre os direitos fundamentais tutelados pelos tipos penais.

Sendo este o entendimento do ministro, estaríamos diante de um sopesamento entre direitos fundamentais realizado implicitamente. Afinal, apesar

---

<sup>12</sup> Sem negritos no original.

<sup>13</sup> "Art. 141 – A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) §5º - **É livre a manifestação do pensamento, sem que dependa de censura**, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar pelos abusos que cometer. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. **A publicação de livros e periódicos não dependerá de licença do Poder Público.** Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe" (sem negritos no original).

da ausência de referência expressa ao emprego de tal técnica, seria possível depreender que, diante de crimes nos quais se verifica a tensão entre liberdade de imprensa, de um lado, e honra e pudor público, de outro, fez prevalecer a primeira.

Tal solução, entretanto, conduziria a incongruências. Isso porque não se pode perder de vista que o legislador, ao tipificar condutas como crimes, já procedeu a um sopesamento entre os direitos fundamentais envolvidos em certa colisão, dando primazia a um deles. No presente caso, concebeu restrições à liberdade de imprensa para preservação da honra (crime de injúria) e do pudor público (crime de ofensa à moral pública). Nesse sentido, o ministro estaria procedendo a uma nova ponderação, obtendo, inclusive, solução diversa, qual seja: a prevalência de liberdade de imprensa.

Por conseguinte, invocando direito fundamental diretamente da Constituição, afastaria a aplicação da norma penal, o que significaria, em última análise, desconsiderar o raciocínio subsuntivo que houvesse concluído pela tipicidade da conduta e pela imposição da medida de apreensão de publicações.

Felizmente, não foi este o entendimento encampado pelo Ministro Edgard Costa em seu voto, tendo em vista que não se distanciou da mediação legislativa. Pelo contrário, demonstrou profundo respeito pelas normas infraconstitucionais.

Retomando o referido excerto, quando o ministro afirma que a apreensão dos exemplares do jornal seria inconcebível, ainda que houvesse práticas criminosas, toma tal posicionamento com respaldo na própria lei. De fato, esta também estabelece normas destinadas a assegurar a liberdade de imprensa, entre as quais se insere o próprio artigo 63, §6º, que somente admite restrição a tal direito fundamental pela apreensão de jornais, antes de uma sentença condenatória definitiva, se observadas certas exigências.

Nesse sentido, entende que a medida tomada pelo Chefe de Polícia é de "indefensável ilegalidade", pois violou a obrigação de se submeter tal ato, dentro do prazo de 48 horas, contadas da apreensão, à aprovação do juiz competente, prevista no aludido artigo.

Portanto, se por um lado, a ponderação empreendida pelo legislador conduz à limitação da liberdade de imprensa, por outro, em certas situações, também pode significar sua maior realização.

No que tange aos crimes de injúria e de ofensa à moral pública, a ponderação legislativa resultou em maior restrição à liberdade de imprensa em favor da maior realização de outros direitos como a honra e os bons costumes. Todavia, no que concerne a medidas restritivas antes de uma sentença condenatória, impõe o legislador certos requisitos, por entender que a liberdade de imprensa deve ser preservada. Desatendidas tais prescrições, os meios tornam-se arbitrários. Segundo o ministro, *"a apreensão de jornais, como de quaisquer outras publicações, fora dos casos expressos em lei, é atentatória da liberdade constitucional assegurada no §5º do artigo 141"* (p. 7).

Assim, a liberdade de imprensa cumpre um papel relevante na decisão, porém, somente na medida em que foi contemplada pelo legislador como direito fundamental prevalente nas circunstâncias que se reproduzem no caso concreto. Vale dizer, tal precedência não foi definida pelo ministro, mediante um novo sopesamento em substituição ao já efetuado quando do estabelecimento da norma. Trata-se, na verdade, de utilização do próprio material normativo infraconstitucional para o deslinde da causa, demonstrando respeito às ponderações de princípios já empreendidas pelo legislador. Por conseguinte, concluo que os direitos fundamentais irradiam seus efeitos nessa relação penal de forma indireta.

Por fim, cabe apenas ressaltar que, por tais fundamentos, foi dado provimento ao recurso para a concessão da segurança, por unanimidade, em sessão plenária.

<b>Organização de Informações</b>		
<b>Instrumentos</b>	<b>Forma de produção de efeitos</b>	<b>Direitos fundamentais envolvidos</b>
Raciocínio subsuntivo (tipicidade): - núcleo e elementos secundários – TO	Efeitos indiretos - Respeito à ponderação legislativa	Liberdade de imprensa vs. honra e moral pública, pudor público, bons costumes

## Caso da “Casa do Sargento da Bahia” – RE 26.350/DF

**Data de julgamento – 05/05/1955**

A “Casa do Sargento da Bahia”, segundo o seu presidente, consiste em uma instituição de classe, fundada em 11 de fevereiro de 1950, que congrega militares de diversas patentes, com a finalidade de estreitar os laços de amizade entre eles. Foi, porém, declarada extinta por ato do Comandante da 6ª Região Militar, sob a alegação de foco de indisciplina. Inconformada, a entidade impetrou mandado de segurança, que restou denegado. Diante disso, interpôs recurso ao tribunal, onde obteve êxito com o seu provimento. A União, então, recorreu da decisão, trazendo a controvérsia para a apreciação do STF.

### Argumentação dos Ministros

O Ministro Mário Guimarães, relator do caso, invoca, primeiramente, a liberdade de manifestação do pensamento e a liberdade de reunião, constitucionalmente<sup>14</sup> consagradas. Contudo, salienta que tais direitos fundamentais não se aplicam a militares e civis da mesma forma, havendo maiores limitações em relação àqueles. Afinal, não se pode perder de vista que as classes armadas estão submetidas à rígida hierarquia e disciplina, segundo previsão do próprio artigo 176 da Constituição de 1946:

*“Art. 176 – As forças armadas, constituídas essencialmente pelo Exército, Marinha e Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes, **organizadas com base na hierarquia e na disciplina**, sob a autoridade suprema do Presidente da República e dentro dos limites da lei”.*<sup>15</sup>

Embora o ministro não identifique expressamente uma colisão entre princípios constitucionais, procedendo à ponderação entre eles, pode-se

---

<sup>14</sup> “Art. 141 – A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) §5º - **É livre a manifestação do pensamento**, sem que dependa de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar pelos abusos que cometer. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos não dependerá de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe. (...) § 12 – É garantida a **liberdade de associação** para fins lícitos. **Nenhuma associação poderá ser compulsoriamente dissolvida senão em virtude de sentença judiciária**” (sem negritos no original).

<sup>15</sup> Sem negritos no original.

depreender de suas afirmações que, diante do conflito entre a liberdade de manifestação do pensamento e de reunião, de um lado, e a disciplina militar, de outro, entende que esta deve prevalecer, restringindo a realização das primeiras. Essa precedência fica evidente quando o ministro, após aludir ao artigo que consubstancia a liberdade de reunião, questiona se esse dispositivo seria *"extensivo às associações de militares, onde militares discutem assuntos de sua classe e chegam até a externar, pelo jornal que editam, os resultados de suas discussões e as opiniões que emitem, algumas das quais, de censura a seus superiores hierárquicos"*. A tal indagação, segue-se a seguinte resposta: *"Não é possível"* (p. 5). Ou seja, sustenta que o exercício de tais liberdades não podem importar mitigação da disciplina militar.

Diante disso, conclui que, diferentemente do âmbito civil, na esfera militar não se requer determinação judicial para se dissolver uma associação, o que pode ser ordenado pelo superior militar, não havendo, por conseguinte, ilegalidade no ato praticado pelo Comandante.

Agrega ainda outro argumento à sua fundamentação, qual seja: segundo entendimento das autoridades militares competentes, as reuniões promovidas na Casa do Sargento constituíam crime nos termos do artigo 143 do antigo CPM (Decreto-lei 6.227/44), tipo inserido entre os crimes de insubordinação, o que afastava qualquer ilegalidade do ato de fechamento da entidade. Esse é o teor do artigo referido:

*"Art. 143 – Promover a reunião de militares, ou nela tomar parte, para discussão de ato de superior ou assunto atinente à disciplina militar: Pena – detenção, de seis meses a um ano ao promotor da reunião; de dois a seis meses a quem dela participa"*.

Diante do exposto, entendo pertinentes algumas considerações. O Ministro Mário Guimarães empreendeu, ainda que implicitamente, uma ponderação entre direitos fundamentais, dando prevalência à disciplina militar. Para tanto, invocou-os diretamente da Constituição, sem se utilizar do material normativo infraconstitucional, o que sinaliza para uma produção direta de efeitos por parte destes princípios.

Ressalto que tal característica da irradiação de efeitos não é elidida pela alusão feita pelo ministro ao tipo penal presente no CPM. Afinal, a configuração



de efeitos diretos não requer que se ignore completamente a norma penal em questão, bastando que não se atente para a ponderação nela já contida. E é exatamente o que ocorre no voto ora analisado.

De um lado, a ponderação do ministro fez prevalecer a disciplina, autorizando a dissolução de uma associação militar sem sentença judicial. De outro, o sopesamento consubstanciado na norma penal também limitou a liberdade de manifestação do pensamento e de reunião em favor da disciplina, mas, nesse caso, só se ensejaria o fechamento da entidade por sentença judicial que reconhecesse a prática criminosa. Daí ser possível concluir que, embora os sopesamentos tenham se alinhado em um mesmo sentido, aquele deduzido pelo ministro impôs maior restrição às liberdades fundamentais.

O Ministro Afrânio Antônio da Costa, por sua vez, utiliza-se de semelhante instrumento em seu voto, ao defender a relevância da disciplina na atividade militar, cuja preservação justificaria restrições da liberdade de expressão, em suas diversas facetas. Trata-se de um sopesamento implícito entre os princípios já referidos, dando-se prevalência à disciplina, até porque, segundo o ministro, críticas desagradáveis comprometeriam, em última análise, o próprio aparelhamento da defesa nacional.

Nesse voto, não se verifica qualquer alusão à mediação legislativa existente e, portanto, com muito mais razão, pode-se afirmar que os direitos fundamentais envolvidos irradiam seus efeitos diretamente.

Entendo que seja questionável inserir a disciplina militar entre os direitos fundamentais. Porém, ainda que se acolha tal entendimento, a lógica que sustenta o raciocínio ponderativo não pode ser completamente afastada no presente caso. Isso porque a necessidade de se impor limitações à liberdade de manifestação do pensamento e à liberdade de reunião em favor da disciplina militar pretendem, em última análise, proteger a segurança da coletividade, concebida como direito fundamental.

O Ministro Nelson Hungria, a seu turno, também dá provimento ao recurso interposto pela União, mas por outros fundamentos. Em síntese, entende que a entidade em questão não se confunde com associações civis, pois apresenta uma característica muito peculiar: sua existência encontra-se condicionada à prévia autorização do Comandante da Região Militar. Logo, para o seu fechamento,

bastaria a determinação administrativa nesse sentido. Ou seja, destoando dos demais ministros cujos votos constam do acórdão, não faz alusão à norma penal incriminadora nem invoca os direitos fundamentais possivelmente envolvidos na controvérsia.

Por fim, apenas ressalto que o presente recurso foi conhecido e provido pela Primeira Turma do STF.

<b>Organização de Informações</b>			
<b>Ministro</b>	<b>Instrumentos</b>	<b>Forma de produção de efeitos</b>	<b>Direitos fundamentais envolvidos</b>
Mário Guimarães	Raciocínio Ponderativo: - sopesamento implícito	Efeitos diretos	Liberdade de manifestação do pensamento e liberdade de reunião vs. "disciplina militar"
Afrânio Antônio da Costa	Raciocínio Ponderativo: - sopesamento implícito	Efeitos diretos	
Nelson Hungria	Não há raciocínio subsuntivo Não há raciocínio ponderativo	Não invocação	

### **Caso do "Topless" – RHC 50.828/Guanabara**

#### **Data do julgamento – 12/03/1973**

A recorrente, modelo e desenhista de modas, pleiteia que lhe seja assegurado o direito de desnudar inteiramente o busto nas praias cariocas sem que sofra qualquer importunação por parte da Polícia. Seu temor decorreria de uma declaração do Diretor da Divisão de Censura e Diversões, da Secretaria de Segurança Pública do Estado, veiculada pela imprensa, segundo a qual mulheres que assim procedessem estariam sujeitas à prisão e à conseqüente instauração de inquérito policial, pela prática do crime de ato obsceno, previsto no artigo 233 do CP:

*"Art. 233 - Praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa".*

Em primeira instância, o pedido de *habeas corpus* foi indeferido, sob o argumento de que a vigilância policial era perfeitamente lícita para a prevenção

de delitos e para a manutenção da segurança e da tranqüilidade pública. Também se afirmou que tal pedido teria o mascarado intuito de transformar o Judiciário em um órgão de consulta, concluindo ser inadmissível a prática de tal conduta, sob o beneplácito da Justiça. Tal decisão foi mantida pelo Tribunal de Alçada da Guanabara, o que ensejou o presente recurso para o STF.

#### Argumentação do Ministro

O único voto constante do acórdão em questão é o do Ministro Raphael de Barros Monteiro, haja vista que todos os demais integrantes da Segunda Turma acompanharam o seu entendimento.

Acredito que o cerne de sua decisão resida na definição do bem jurídico tutelado pelo tipo penal constante do artigo 233 do CP. Trata-se, segundo o ministro, do pudor coletivo, objetivamente considerado, sendo irrelevante a concepção pessoal do agente quanto à obscenidade da ação praticada. Por conseguinte, ao constatar que o comportamento reivindicado pela recorrente viola esse bem, definido a partir de um padrão médio da sociedade, nega provimento ao recurso, sem grande esforço argumentativo.

No mais, afirma que o parecer da Procuradoria Geral da República reflete precisamente o seu entendimento sobre a matéria em debate, incorporando à sua decisão todos os fundamentos ali explicitados. Entre eles, ressalto o argumento de que o crime de ato obsceno não exige dolo específico, característica denominada no presente trabalho de elemento subjetivo especial. Ou seja, não é necessária *"a deliberada intenção de afronta ao pudor público, bastando a vontade pura e simples de praticar o ato, que se sabe obsceno, e a consciência da publicidade do lugar em que se dá a ocorrência"* (p. 8). Desse excerto, pode-se depreender que se reconhece a exigência de dolo, enquanto consciência e vontade de realização da conduta típica, para a configuração do crime, mas se prescinde do "dolo específico", relacionado ao intuito de lubricidade. Vale dizer, basta que a conduta praticada se apresente em colisão com o pudor público ou se mostre apta a suscitar um sentimento comum de vergonha, sob um prisma objetivo. Nas palavras de Nelson Hungria, citado no parecer: *"não é indispensável que o ato represente uma expansão erótica ou vise à excitação da lascívia alheia"* (p. 8).

A partir dessa fundamentação, constato que o ministro se valeu de dois instrumentos para configurar a tipicidade objetiva da conduta discutida, quais sejam, a definição do bem jurídico tutelado, necessária para que se delimite a própria abrangência do tipo penal em questão, e a verificação de sua violação. No que tange ao tipo subjetivo, entende que o mesmo também restou preenchido, já que lhe basta a verificação do dolo, não exigindo a presença de um elemento subjetivo especial.

Diante do exposto, pode-se depreender que o ministro empregou um raciocínio eminentemente de subsunção, pautado na verificação da tipicidade da conduta, tanto em sua vertente objetiva como subjetiva. E, ao confirmar este enquadramento, decidiu contrariamente às pretensões da recorrente.

Entretanto, não se pode deixar de mencionar que os direitos fundamentais também irradiam seus efeitos no caso em tela, ao serem invocados pelo parecer da Procuradoria Geral da República, cujo conteúdo foi integralmente adotado pelo ministro como sua razão de decidir.

Contraopondo-se ao pudor público, à moral coletiva ou ainda aos bons costumes, foi identificada a liberdade individual, da qual decorreria a impossibilidade de se obrigar alguém a trajar o que fosse desejável pelas autoridades.

Apenas esclareço que entendo esta liberdade individual como uma das facetas da própria liberdade de expressão, na medida em que esta, em sentido amplo, não se restringe à comunicação por meio de palavras escritas ou faladas. Faço a ressalva, pois, tal como explicitado no item destinado à delimitação do tema, circunscrevo o meu trabalho à análise de crimes que envolvem a liberdade de expressão.

Diante da colisão anteriormente assinalada, o entendimento foi de que "*a liberdade individual é um princípio relativo, que deve sofrer as restrições impostas pela comunidade, notadamente em matéria de costumes*" (p. 7).

Ou seja, a partir do sopesamento entre direitos fundamentais conflitantes, prevaleceu a necessidade de se proteger o pudor coletivo diante da liberdade individual, conclusão que, para o caso concreto, redundou na impossibilidade da recorrente desnudar seu busto nas praias cariocas.

Independentemente da análise do acerto ou desacerto dessa ponderação e de seu resultado, entendo que o raciocínio empreendido se mostra desnecessário para o deslinde do caso concreto. Afinal, a análise da tipicidade já havia evidenciado que a conduta praticada por mulher que frequenta um ambiente público sem a parte superior de seu traje de banho enquadra-se no crime de ato obsceno. Nesse sentido, dispensável o sopesamento que meramente traduz o que já está positivado na norma penal, ou seja, a própria ponderação efetuada pelo legislador, que concluiu que a liberdade individual encontra limites na necessidade de se proteger o pudor coletivo ou os bons costumes.

Esse raciocínio ponderativo apenas faria algum sentido se, diante da conclusão de tipicidade da conduta (raciocínio subsuntivo), fosse empregado o sopesamento com o intuito de afastar a ilicitude do ato. Nesse caso, ter-se-ia um comportamento que, embora típico, seria lícito, não configurando, por conseguinte, crime. Ou seja, poder-se-ia ter argumentado que, não obstante a prática se ajuste ao tipo, a liberdade de individual ganha prevalência sobre o pudor público nas circunstâncias do caso concreto, tornando a conduta lícita.

Diferentemente, caso o raciocínio subsuntivo nos conduzisse à atipicidade, entendo que não haveria mais lugar para a ponderação em matéria penal. Afinal, tal conclusão já seria suficiente para a descaracterização do crime e, portanto, para a decisão favorável àquele a quem o delito tivesse sido imputado. Inadmissível um sopesamento que resultasse em situação diversa, criminalizando novamente a conduta praticada pelo indivíduo, por se entender que o direito fundamental por ele restringido no exercício de outro direito também fundamental deveria prevalecer no caso concreto. Estar-se-ia abrindo a possibilidade de criação de um crime sem lei anterior, violando-se o princípio da legalidade que norteia o direito penal.

De qualquer forma, no julgamento em tela, a ponderação é empregada, sem qualquer referência à esfera da ilicitude e tão somente reproduzindo o que o legislador já havia consagrado em norma infraconstitucional, o que só evidencia a desnecessidade desta invocação de princípios, diretamente da Constituição.

Por fim, apenas ressalto que, neste caso, os direitos fundamentais irradiam seus efeitos na relação penal de forma direta, ou seja, conferindo direitos subjetivos aos envolvidos, independentemente do material normativo

infraconstitucional, não obstante tal invocação, da forma como fora realizada, se afigure desnecessária.

Organização de Informações		
Instrumentos	Forma de produção de efeitos	Direitos fundamentais envolvidos
Raciocínio subsuntivo (tipicidade): - definição de conceitos – TO - ofensa ao bem jurídico tutelado – TO - dolo / elemento subjetivo especial – TS  Raciocínio ponderativo: - sopesamento expresso	Efeitos diretos	Liberdade individual vs. pudor coletivo, costumes, moral coletiva

### Caso do militar reformado – HC 75.676-0/RJ

#### Data do julgamento – 12/05/1998

Em 19 de julho de 1996, o paciente, Presidente do Clube de Oficiais do Corpo de Bombeiros do Estado do Rio de Janeiro, concedeu entrevista à emissora de rádio CBN, em que criticou publicamente atos do Comandante-Geral da PMERJ, bem como a política de Segurança Pública adotada pelo então Governo do Estado. Por conseguinte, foi-lhe imputado o crime de crítica indevida, previsto no artigo 166 do CPM (Decreto-lei 1001/69), cujo texto é o seguinte:

*"Art. 166 – Publicar o **militar ou assemelhado**, sem licença, ato ou documento oficial, ou **criticar publicamente ato de seu superior ou assunto atinente à disciplina militar, ou a qualquer resolução do Governo**: Pena – detenção, de dois meses a um ano, se o fato não constitui crime mais grave".<sup>16</sup>*

A questão chegou ao STF pela via do *habeas corpus*, em que se alegou ilegitimidade *ad causam* passiva, ante a impossibilidade de o acusado figurar no pólo passivo da ação penal. Afinal, como militar reformado da Polícia Militar, nunca poderia sobre ele incidir o tipo penal referido, cujo sujeito ativo é necessariamente um militar da ativa ou aqueles que, de qualquer forma, tenham retomado a situação de atividade, em caráter excepcional. A impetração ressalta

<sup>16</sup> Sem negritos no original.

ainda que o militar reformado equipara-se ao civil, para fins de conceituação de crime militar, cujas hipóteses, nesse caso específico, estão exaustivamente enumeradas no artigo 9º, inciso III<sup>17</sup> do CPM, entre as quais não se insere a insubordinação, que atenta contra a autoridade ou a disciplina militar, bens jurídicos tutelados pelo artigo 166<sup>18</sup> do CPM. Acrescenta que, para a configuração de tal crime, é imprescindível a existência de um vínculo de subordinação funcional, que não se verifica no caso concreto. Por fim, sustenta que o paciente não se enquadra na definição legal de assemelhado.

#### Argumentação do Ministro

O Ministro Sepúlveda Pertence, relator, acolhendo os argumentos do impetrante e do parecer da Procuradoria Geral da República, deferiu a ordem para o trancamento do processo, no que foi acompanhado pelos demais ministros da Primeira Turma.

Empreendendo um raciocínio eminentemente subsuntivo, o ministro concluiu que o tipo objetivo do crime em questão exigia um elemento secundário para sua configuração, o qual não restou preenchido no caso concreto. Trata-se da qualidade do sujeito ativo da infração penal, necessariamente, militar da ativa ou em situação de atividade ou ainda assemelhado. Sendo o paciente oficial reformado, encontra-se desligado de suas obrigações com a disciplina militar, até porque não goza das mesmas vantagens asseguradas aos que se acham em atividade, não se podendo impor-lhe os mesmos deveres. Deve-se ainda atentar para o fato de que tal conclusão não prescindiu de uma anterior definição legal do conceito de assemelhado, elemento normativo do tipo objetivo.

---

<sup>17</sup> “Art. 9º – Consideram-se crimes militares, em tempo de paz: (...) III - os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos: a) contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar; b) em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra funcionário de Ministério militar ou da Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo; c) contra militar em formatura, ou durante o período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras; d) ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele fim, ou em obediência a determinação legal superior”.

<sup>18</sup> Cabe ressaltar que o crime de crítica indevida (artigo 166) insere-se no capítulo intitulado “Da Insubordinação”, que, por sua vez, encontra-se entre os crimes contra a autoridade ou disciplina militar do Título II do CPM.

Outro fundamento relevante acolhido pelo ministro em sua decisão refere-se à impossibilidade de ofensa aos bens jurídicos tutelados pela norma, quais sejam, a autoridade e a disciplina militares, enquanto ruptura da relação de sujeição. Isso porque, dada a condição do acusado, não haveria como se conceber a existência de um vínculo de subordinação entre ele e as pessoas ditas atacadas pela crítica empreendida.

Portanto, diante do não preenchimento do referido elemento secundário do tipo objetivo, bem como pela impossibilidade de ofensa aos bens jurídicos tutelados, concluiu pela atipicidade da conduta praticada, que não se enquadrava no modelo do crime de crítica indevida. Tal entendimento, no âmbito do direito material, redundou no reconhecimento de sua ilegitimidade passiva e, portanto, na falta de justa causa para a ação penal, na esfera processual.

Relevante assinalar que o ministro, ao acolher integralmente o parecer da Procuradoria Geral da República como sua razão de decidir, também se reportou aos direitos fundamentais envolvidos, sem, contudo, proceder a qualquer sopesamento entre a livre manifestação do pensamento e a disciplina e autoridade militares<sup>19</sup>. Apenas ressalta que, pela condição do paciente e pela falta de ofensa aos bens jurídicos tutelados no caso concreto, qualquer limitação àquela liberdade se afiguraria indevida. Ou seja, diante da atipicidade da conduta, inconcebível se torna a restrição a tal direito, que somente seria possível diante da ocorrência de crime. Tal entendimento pode ser depreendido a partir do seguinte excerto de seu voto: *"Em verdade, submeter o policial militar da reserva ou reformado às proibições do artigo 166 do CPM, sequer se cogitando de manifestações ofensivas, representa clara limitação à livre manifestação de pensamento e estabelecimento de uma forma de censura (CF art. 5º, IV e IX)"* (p. 15).

Considero que tal construção representa uma constatação lógica, segundo a qual o ministro, após afastar a hipótese de configuração do delito, conclui que há exercício da liberdade de manifestação do pensamento, sem que se imponha qualquer limitação nas circunstâncias concretas. Trata-se do seguinte raciocínio:

---

<sup>19</sup> Faço a ressalva, já explicitada no caso da "Casa do Sargento da Bahia", de que é questionável inserir a disciplina militar entre os direitos fundamentais. Contudo, limitações à liberdade de expressão para a sua maior realização se estabelecem, em última análise, com o intuito de se preservar a segurança coletiva, concebida como direito fundamental.



“não há crime, logo, há exercício da liberdade de manifestação do pensamento sem as restrições em questão”.

Por fim, apenas saliento que tal invocação de direitos fundamentais representa uma forma de produção indireta de efeitos, visto que não se prescindiu do material normativo do próprio direito penal, cujo exame se mostrou necessário para a conclusão de atipicidade da conduta praticada pelo paciente.

<b>Organização de Informações</b>		
<b>Instrumentos</b>	<b>Forma de produção de efeitos</b>	<b>Direitos fundamentais envolvidos</b>
Raciocínio Subsuntivo (tipicidade): - definição de conceitos - TO - núcleo e elementos secundários - TO - ofensa ao bem jurídico tutelado - TO	Efeitos indiretos - Constatação lógica	Liberdade de manifestação do pensamento vs. “disciplina militar”

### **Caso “O Globo X Garotinho” – Petição 2.702-7/RJ**

#### **Data do julgamento – 18/09/2002**

A presente controvérsia teve início quando da veiculação de reportagem no jornal “O Globo”, intitulada “Garotinho sabia do suborno”, na qual se noticiava que conversas gravadas em 1995 revelavam a participação do então Governador do Rio de Janeiro em operação de suborno de auditor fiscal da Receita Federal. Tais informações teriam sido obtidas, segundo a própria publicação, a partir da interceptação, por terceiro, de conversas telefônicas, em que Garotinho figurava como interlocutor.

Diante disso, este requereu medida cautelar com pedido de liminar contra Infoglobo Comunicações e outros, para que fosse determinada a apreensão de todas as fitas e gravações mencionadas na matéria e para que se impedisse a veiculação do conteúdo das conversas telefônicas pela imprensa escrita e falada. Como fundamento de seus pedidos, invoca o artigo 5º, X (inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem) e XII (inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas) da CF/88; o artigo 10 da Lei 9296/96 (crime

de interceptação de comunicações telefônicas sem autorização judicial)<sup>20</sup> e o artigo 151, §1º, II do CP (crime de violação de comunicação telefônica)<sup>21</sup>.

Em primeiro grau, a liminar foi deferida em parte, determinando tão somente que as rés se abstivessem de veicular publicamente o conteúdo das gravações. A decisão foi agravada e então confirmada pelo tribunal, sob o argumento de que a liberdade de imprensa e o direito à informação encontram limites nos demais direitos e garantias fundamentais e de que a divulgação de conversa telefônica de terceiros, em tese, configura crime, nos termos do CP.

Em reação a esta decisão, foi impetrado recurso extraordinário, alegando-se contrariedade ao artigo 5º, IX (liberdade de expressão), XIII (liberdade de profissão) e XIV (direito à informação), e ao artigo 220, §§ 1º e 2º (liberdade de imprensa)<sup>22</sup> da CF/88. Sustenta-se que a liberdade de informar é constitucionalmente assegurada, não se admitindo qualquer forma de censura prévia.

Porém, ante a ausência de manifestação da presidência do Tribunal de Justiça quanto à admissibilidade ou retenção do RE e a urgência de apreciação da matéria, tendo em vista as pretensões de Garotinho à candidatura presidencial e a aproximação do período eleitoral, Infoglobo e seus litisconsortes encaminharam petição ao STF, requerendo, em caráter liminar, autorização para divulgar o conteúdo das gravações telefônicas em tela e, subsidiariamente, a imediata remessa do RE pendente de apreciação. Sustentando esse pedido, agregam o argumento de que se trata de pessoa pública, cujo direito à privacidade sofre, inegavelmente, restrições. Além disso, os fatos narrados interessam a toda a população, na medida em que Garotinho tem declaradas pretensões à candidatura à Presidência da República.

---

<sup>20</sup> "Art. 10 - Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo de Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei: Pena - reclusão, de dois a quatro anos, e multa".

<sup>21</sup> "Art. 151 - Devassar indevidamente o conteúdo de correspondência fechada, dirigida a outrem: Pena - detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa. §1º Na mesma pena incorre: (...) II - quem indevidamente divulga, transmite a outrem ou utiliza abusivamente comunicação telegráfica ou radioelétrica dirigida a terceiro, ou conversação telefônica entre outras pessoas".

<sup>22</sup> "Art. 220 - A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. §1º - Nenhuma lei conterá 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. §2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística".

## Argumentação dos Ministros

O caso suscitou a abordagem de diversas questões formais. Porém, para os fins do presente trabalho, circunscrevo minha análise a alguns dos argumentos desenvolvidos pelos ministros no exame do pedido principal de autorização para veiculação do conteúdo das conversas telefônicas referidas.

O Ministro Sepúlveda Pertence, relator, identificou no caso um conflito entre direitos fundamentais. Porém, não se trata da clássica colisão entre a liberdade de imprensa e o direito à informação, de um lado, e a proteção à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem, de outro, em que se tenderia a dar prevalência aos primeiros pelo envolvimento de pessoa pública e pelo conteúdo de interesse coletivo presente nas conversas.

Segundo o ministro, dois elementos atribuem maior complexidade à mencionada colisão, quais sejam: o fato de a interceptação telefônica não autorizada constituir por si só crime e a ofensa à garantia constitucional da inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas. O ministro faz alusão a estas peculiaridades no seguinte fragmento: "*não é possível fazer abstração de que está em causa é a **licitude da publicação do fruto de interceptação telefônica** – hoje, em si mesma **iniludivelmente criminosa** – e que afronta **garantia constitucional** – a do **sigilo das comunicações telefônicas** –, de cujo âmbito a Constituição só subtraiu aquela previamente autorizada por decisão judicial e para fins de investigação criminal ou inspeção de processo penal (art. 5º, XII)" (p. 18).<sup>23</sup>*

Entendo que o ministro conferiu maior relevância ao segundo elemento, haja vista que passou a tecer considerações sobre a amplitude do direito ao sigilo<sup>24</sup>, sopesando-o no caso concreto com os demais direitos envolvidos.

Nesse sentido, acentua que a garantia do sigilo das comunicações telefônicas independe do conteúdo da mensagem veiculada, não se limitando ao resguardo das esferas da intimidade e da privacidade dos sujeitos nelas envolvidos. Por conseguinte, considerações sobre o interesse público e sobre a notoriedade de seus interlocutores são insuficientes para elidir esta inviolabilidade que, portanto, deve prevalecer sobre a liberdade de imprensa e o

---

<sup>23</sup> Sem negritos no original.

<sup>24</sup> O ministro parece considerar a inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas como garantia e também como direito fundamental.

direito à informação. Tal conclusão pode ser depreendida do seguinte excerto de seu voto: "*diversamente do que sucede nas hipóteses normais de confronto entre a liberdade de informação e os direitos da personalidade – no âmbito da proteção ao sigilo das comunicações, não há como emprestar peso relevante, na ponderação entre os direitos fundamentais colidentes, ao interesse público no conteúdo das mensagens veiculadas, nem à notoriedade ou ao protagonismo político ou social dos interlocutores*" (p. 20).

No que tange a outra peculiaridade apontada nesta colisão, entendo que alguns pontos merecem relevo. Embora não esteja explícito em seu voto, acredito que o ministro não realizou maiores considerações sobre o crime de interceptação de comunicação telefônica, que contaminaria o ato de publicação de seu conteúdo, pois não vislumbrou a configuração de um ilícito penal nas circunstâncias do caso concreto. Isso porque as gravações em questão remontam ao ano de 1995, enquanto a lei que previu o crime de **interceptação telefônica** sem autorização judicial, **em si mesma** e independentemente de divulgação posterior, é de 1996. Por conseguinte, insustentável o argumento de Garotinho, presente em seu pedido de liminar, que invocava o artigo 10 da Lei 9296/96 (crime de interceptação de comunicação telefônica sem autorização judicial), em vigor no momento da decisão, mas não na época dos acontecimentos. Daí a afirmação do ministro de que tal interceptação é "**hoje** (momento da decisão), **em si mesma iniludivelmente criminosa**" (p. 18).<sup>25</sup>

Não obstante a coerência desta construção, o ministro não atentou para o fato de que a própria **divulgação** do conteúdo de comunicação telefônica entre outras pessoas constitui crime previsto no artigo 151, §1º, II do CP, o que por si só já tornaria reprovável a autorização pleiteada para veiculação do material.

Ainda que a presente ação não tenha por objeto o julgamento de um crime propriamente dito, diante da ocorrência de um delito ao menos em tese, seria relevante considerar a mediação legislativa e a ponderação entre direitos fundamentais nela contida, tal como fizera o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro no julgamento do agravo impetrado.

Diferentemente, o ministro não identificou a tipicidade da conduta a partir de um raciocínio subsuntivo, nem tampouco considerou a ponderação entre

---

<sup>25</sup> Sem negritos no original.

direitos fundamentais efetuada pelo legislador e já consubstanciada na norma penal, que restringiu a liberdade de imprensa em favor da proteção do sigilo das comunicações telefônicas.

Não obstante o ministro tenha obtido a mesma conclusão de prevalência do direito ao sigilo, limitando a liberdade de imprensa e o direito à informação, ao empreender este novo sopesamento entre direitos fundamentais diretamente da Constituição, ignorou absolutamente a própria existência de uma norma infraconstitucional tipificando a conduta em questão como crime. Tal substrato decisório somente evidencia um exemplo de produção direta de efeitos por parte dos direitos fundamentais na relação em tela.

Em síntese, pode-se dizer que o voto proferido carece de um elemento relevante, qual seja, a alusão à norma penal que criminaliza a conduta de divulgação do material, cuja aplicação redundaria na impossibilidade de sua veiculação. De outra parte, empreende um sopesamento que tão somente traduz o que já consubstanciado na mediação legislativa.

Embora considere pertinentes tais conclusões, a análise global do voto e das circunstâncias concretas evidencia que essa argumentação substancial por parte do ministro era dispensável para o deslinde da causa, o que ele mesmo reconheceu. Isso porque o fundamento determinante para a decisão residiu em questões meramente processuais: em se tratando de pedido de antecipação da tutela recursal, foi suficiente para o seu indeferimento a invocação do não preenchimento de um de seus requisitos, qual seja, a ausência de risco de irreversibilidade do provimento antecipado, avaliado na perspectiva do requerido.

De qualquer forma, creio que o raciocínio ponderativo empreendido e outras considerações de natureza substancial exercem alguma função em sua explanação, ainda que seja tão somente de mitigação da aparência formalista da decisão ou de reforço argumentativo.

No que concerne ao Ministro Gilmar Mendes, em um sucinto voto, afirma que o caso reflete uma colisão complexa de direitos fundamentais, pois, para além daquela clássica contraposição já mencionada, envolve consideração sobre a própria inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas. E, ao adotar os fundamentos traçados pelo relator, indefere o pedido de tutela antecipada.

O ministro, portanto, identifica uma situação de colisão a merecer sopesamento, e, ainda que não construa uma solução de precedência para o caso concreto, invoca os direitos fundamentais diretamente da Constituição, sem qualquer alusão à mediação legislativa existente.

O Ministro Marco Aurélio adota posicionamento diverso, sustentando que o conflito identificado pelos demais ministros é meramente aparente. Afinal, a própria Constituição já teria definido que a liberdade de imprensa e o direito à informação, assegurados no seu artigo 220, constituem direitos prevalentes. Para fundamentar tal assertiva, faz alusão a diversos dispositivos constitucionais, que supõem o amplo exercício da liberdade de informar, prevendo tão somente mecanismos de controle *a posteriori*. Entre eles, ressalta o direito de resposta proporcional ao agravo e o direito à indenização por dano material ou moral, previstos no artigo 5º, incisos V e X. Diante da previsão de instrumentos destinados a sanar eventuais danos decorrentes de abusos no exercício daquela liberdade, é incabível para o ministro qualquer forma de controle prévio.

Passo a analisar tal argumentação. Ao afirmar que vislumbra no presente caso tão somente uma colisão aparente, tendo em vista que a Constituição já definiu os direitos fundamentais que devem prevalecer em qualquer situação, atribui à liberdade de imprensa e ao direito à informação um caráter praticamente absoluto. Concebe uma hierarquia rígida e pré-estabelecida pela Constituição entre os direitos fundamentais. Nesse sentido, uma vez presentes tais liberdades, não haveria mais espaço para o raciocínio ponderativo, cujo intuito é harmonizar princípios colidentes, definindo aquele que terá preferência de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

Também não se verifica na construção argumentativa empreendida pelo ministro qualquer margem para o emprego do raciocínio subsuntivo, visto que ignora completamente em seu voto a norma penal que criminaliza a conduta de indevidamente divulgar conversação telefônica entre outras pessoas. Entendo que este seja um dado relevante na medida em que o reconhecimento da prática criminosa, ao menos em tese, já sinalizaria para a solução da controvérsia no sentido de indeferimento do pedido da empresa Infoglobo Comunicações e de seus litisconsortes.

De fato, se a conduta de divulgação do conteúdo das referidas gravações se enquadra no tipo penal presente no artigo 151, §1º, II do CP, configurando

crime em tese, entendo que se impõe a proibição de tal veiculação. Caso contrário, ter-se-ia decisão judicial autorizando a perpetuação de um comportamento reprovado pelo direito penal. Em última análise, o deferimento da liminar representaria uma salvaguarda para práticas criminosas. E isso somente no que concerne à própria publicação pela imprensa do conteúdo das comunicações telefônicas, abstraindo-se quaisquer considerações sobre vícios de origem, decorrentes de interceptação não autorizada.

Sob outra perspectiva, o deferimento poderia representar, na prática, a exclusão da ilicitude da conduta, já considerada típica, resultando na descaracterização do crime. Tal argumento é, inclusive, levantado em defesa de Garotinho, que sustenta ser inadmissível a utilização de tal expediente. No meu entendimento, trata-se de instrumento cujo emprego é em certa medida aceitável: recorrer aos direitos fundamentais, definindo o prevalente no caso concreto, a partir do sopesamento, com o intuito de afastar a ilicitude de uma conduta já considerada típica. Não foi esse, entretanto, o raciocínio construído pelo ministro, que, como já salientado, nem sequer aludiu à regra penal existente.

Outras incongruências decorrem do fato de os ministros em geral não terem atentado para tal mediação legislativa. Reporto-me precisamente à desconsideração da ponderação entre direitos fundamentais já empreendida pelo legislador. Este, ao estabelecer a norma penal ora discutida, restringiu a liberdade de imprensa e o direito à informação em favor da proteção do sigilo das comunicações telefônicas e, em muitos casos, da própria intimidade e da vida privada.

Sem atentar para tais circunstâncias, os ministros trataram novamente da questão, obtendo entre si conclusões diametralmente opostas. Se por um lado o Ministro Sepúlveda Pertence deu prevalência ao direito ao sigilo, por outro, o Ministro Marco Aurélio negou tal precedência, sustentando a maior relevância constitucional da liberdade de informar. Tal panorama já indica os prejuízos para a segurança jurídica decorrentes do desenvolvimento de um raciocínio que prescindia do sopesamento presente na norma estabelecida pelo legislador, sobretudo no ramo do direito penal, que deve operar sobre bases mais sólidas.

Para além dessa divergência existente entre os ministros, o que por si só já representaria um fator de instabilidade, passo a abordar a mesma questão sob

outra óptica: o novo sopesamento realizado pelo ministro relator não destoia da solução presente na norma penal, ainda que a ela não tenha se reportado diretamente; já a conclusão do Ministro Marco Aurélio, ao se opor a qualquer restrição *a priori* à liberdade de informar, não se coaduna com a previsão legislativa aplicável ao caso concreto, que restringe tal direito.

Com isso não pretendo defender que não se pode discordar do acerto dessa ponderação fixada pelo legislador, principalmente diante das disposições constitucionais. Seria perfeitamente possível questionar na esfera do Poder Judiciário a própria constitucionalidade do dispositivo. Não é, entretanto, o que se verifica no voto do Ministro Marco Aurélio, que tão somente afasta a aplicação da norma penal e extrai da Constituição solução diversa para o deslinde da causa. A prevalecer tal entendimento, haveria uma espécie de controle de constitucionalidade difuso da norma em questão, porém, de forma não expressa. Explico-me: já que, segundo a Constituição, a liberdade de expressão e o direito à informação são preponderantes em qualquer situação, não se sustentaria uma tipificação penal que pretendesse restringi-los em favor da realização de outros direitos fundamentais "menos relevantes", tal como ocorre na previsão que criminaliza a divulgação do conteúdo de conversas telefônicas entre terceiros.

Independentemente da análise do acerto ou desacerto do controle de constitucionalidade difuso nessas circunstâncias, acredito que se trata de um expediente formalmente possível. O problema reside em empregá-lo de forma não expressa. Não creio que este tenha sido o intuito do ministro em seu voto, haja vista que nem ao menos atentou para a existência de uma norma penal e, tampouco, para sua possível inconstitucionalidade. Porém, a consequência necessária de se entender que a Constituição atribui um valor quase absoluto à liberdade de informar seria a declaração de inconstitucionalidade de todas as normas que estabelecessem restrições a tal direito.

Poder-se-ia levantar contra tal raciocínio a objeção de que o voto do Ministro Marco Aurélio não implica necessariamente a inconstitucionalidade da regra penal. Isso porque, ao atentar para a possibilidade de controle de condutas *a posteriori*, não a afasta completamente. Contudo, refuto tal alegação afirmando que o objetivo de uma norma penal não é apenas sancionar uma conduta depois que esta já ocorreu, mas indicar limites à atuação dos indivíduos, em consonância com a Constituição.



Em linhas gerais, pode-se dizer que o Ministro Marco Aurélio, assim como os demais cujos votos constam do acórdão ora analisado, invocam direitos fundamentais da Constituição, independentemente do material normativo do próprio direito penal, configurando uma irradiação direta de efeitos por parte daqueles.

Por fim, apenas ressalto que, agregando a tais considerações o argumento de sobreposição do interesse coletivo nas informações sobre o interesse individual do interlocutor, o Ministro Marco Aurélio deferiu a liminar para autorizar a veiculação do conteúdo das conversas telefônicas. Trata-se, porém, de voto vencido, diante dos demais ministros do STF que acompanharam o relator, em sessão plenária.

<b>Organização de Informações</b>			
<b>Ministro</b>	<b>Instrumentos</b>	<b>Forma de produção de efeitos</b>	<b>Direitos fundamentais envolvidos</b>
Sepúlveda Pertence	Raciocínio Ponderativo: - sopesamento exposto	Efeitos diretos	Liberdade de imprensa e direito à informação vs. intimidade, vida privada, honra, imagem e inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas
Gilmar Mendes	Raciocínio Ponderativo: - sopesamento exposto	Efeitos diretos	
Marco Aurélio	Hierarquia pré-estabelecida	Efeitos diretos	

### **Caso de ofensa às Forças Armadas – HC 83.125-7/DF**

#### **Data do julgamento – 16/09/2003**

O Ministério Público Militar ofereceu denúncia contra o paciente, imputando-lhe o crime de ofensa às Forças Armadas, sob a alegação de que teria narrado no livro "Feridas da Ditadura Militar" fatos ofensivos a tal instituição, entre os quais, ressalto: desapropriações irregulares em prejuízo de pequenos agricultores goianos, crimes ecológicos, torturas e assassinatos cruéis, restando todas essas condutas impunes em um período de exceção.

Tal crime encontra-se tipificado no artigo 219 do CPM (Decreto-lei 1001/69), cujo teor é o seguinte:

*"Art. 219 – Propalar fatos, que sabe inverídicos, capazes de ofender a dignidade ou abalar o crédito das Forças Armadas ou a confiança que estas merecem do público: Pena – detenção, de seis meses a um ano".*

Diante do recebimento da denúncia, o acusado impetrou o presente *habeas corpus* ao STF, alegando a atipicidade da conduta, já que não havia demonstração da inverdade de suas afirmações na referida obra, bem como invocou a liberdade de expressão, como direito fundamental assegurado constitucionalmente.

#### Argumentação do Ministro

Para o presente trabalho, duas questões abordadas pelo Ministro Marco Aurélio, relator do caso, merecem relevo. A primeira delas refere-se a uma análise da tipicidade da conduta do paciente, em que o ministro extrai do texto legal referido a exigência de ciência do agente sobre a inverdade dos fatos por ele narrados. Ou seja, imprescindível para a configuração do tipo penal o elemento subjetivo, que é o dolo de "propalar fatos, que sabe inverídicos". Assim se manifesta o ministro: *"Em síntese, não basta para configuração do tipo penal o lançamento de fatos que não correspondam à realidade, sendo indispensável que aquele que o faça tenha ciência de tal defeito"* (p. 9).

Afirma o ministro que nada consta da denúncia sobre esta ciência do acusado. Além disso, constata que o próprio prefácio do livro demonstra a crença de seu autor na veracidade das informações veiculadas. Diante disso, conclui pela atipicidade da conduta do paciente.

Ressalta ainda a correção do parecer apresentado pela Procuradoria Geral da República, segundo o qual a configuração do tipo penal em questão contém três exigências, quais sejam, a inverdade dos fatos narrados, a ciência do agente no que tange a este defeito e a aptidão da conduta para prejudicar a imagem ou a honra das Forças Armadas, sendo que nenhuma delas restou comprovada no caso em tela. Afinal, a denúncia não demonstrou de forma inequívoca a inverdade dos fatos e a consciência do agente, e, no que tange ao último

elemento, ressalta que obra de restrita circulação, como a analisada, não se mostra apta a abalar o prestígio das Forças Armadas.

Diante do que foi exposto até o presente momento, pode-se dizer que o Ministro Marco Aurélio empregou um raciocínio eminentemente subsuntivo, utilizando-se dos instrumentos que lhe são peculiares. De fato, ao se reportar à necessidade de se comprovar a narração de fatos inverídicos e a aptidão da conduta para ofender os bens jurídicos tutelados, o ministro discute o tipo objetivo presente no artigo 219 do CPM, o qual não restou preenchido, no seu entendimento. Já quando alude à exigência de ciência por parte do paciente sobre a inverdade dos fatos veiculados, analisa o tipo subjetivo do crime, o qual também não se configurou no caso concreto. Diante disso, coerente foi a decisão que concedeu a ordem de *habeas corpus*.

A segunda questão relevante presente no voto do Ministro Marco Aurélio reporta-se aos direitos fundamentais envolvidos no caso em tela. De um lado, facilmente se identifica a liberdade de expressão ou de manifestação do pensamento, consagrada no artigo 5º, inciso IV<sup>26</sup> e artigo 220, *caput*<sup>27</sup>, ambos da CF/88. De outro, o ministro faz alusão à honra<sup>28</sup> ou à imagem, previstas no artigo 5º, inciso X<sup>29</sup> da CF/88, ou ainda à dignidade ou ao prestígio das Forças Armadas.

Diante desta colisão, parece que o ministro dá maior ênfase à liberdade de expressão, já que, segundo ele, "*não há Estado Democrático de Direito sem observância da liberdade de expressão*" (p. 4). E, ao acolher a argumentação da Procuradoria Geral da República, essa prevalência se torna evidente, diante da afirmação de que não se pode, "*em nome da proteção da honra e da intimidade, restringir a livre manifestação do pensamento quando se trata da discussão e crítica de arbitrariedades patrocinadas ou consentidas pelo Poder Público*" (p. 9).

Nesse sentido, tem-se uma expressa ponderação entre direitos fundamentais colidentes, da qual resulta a prevalência da liberdade de expressão, tendo em vista as circunstâncias desse caso específico, em que as

---

<sup>26</sup> "Art. 5º - (...) IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato".

<sup>27</sup> "Art. 220 - A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição".

<sup>28</sup> É relevante notar que o próprio crime de ofensa às Forças Armadas, previsto no art. 219 do CPM, insere-se no capítulo de crimes contra a honra.

<sup>29</sup> "Art. 5º - (...) X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".

informações veiculadas aludem a episódios de repressão e tortura vividos pelo Brasil em história recente, especificamente, no período da Ditadura Militar, cuja inocorrência é difícil afirmar peremptoriamente.

Embora concorde com o acerto da conclusão do ministro no que tange à ponderação efetuada, entendo que esta se afigura desnecessária. Afinal, o próprio tipo penal já excluía de seu campo de incidência fatos cuja inverdade não fosse comprovada, dando, por si só, a solução da controvérsia, qual seja, de atipicidade da conduta e, por conseguinte, de concessão da ordem de *habeas corpus*.

O sopesamento empreendido, ao resultar na maior aplicabilidade da liberdade de expressão, diante de informações cuja inverdade não restou comprovada, nos conduz necessariamente à mesma conclusão de deferimento do pedido. Não obstante, como já salientado, mostra-se dispensável quando a solução da questão já foi obtida pelo raciocínio subsuntivo, a partir das regras positivadas na legislação infraconstitucional, sem a necessidade de se invocar direitos fundamentais diretamente da Constituição.

Estamos, portanto, diante de um exemplo em que os direitos fundamentais irradiam seus efeitos de forma direta, ou seja, independentemente do material normativo do próprio direito penal. Ou seja, à subsunção, somou-se o sopesamento realizado pelo órgão julgador.

Todavia, não se pode perder de vista que o próprio legislador penal, ao tipificar condutas como crimes, já efetuou uma ponderação entre os direitos fundamentais envolvidos, no caso, entre a liberdade de expressão e a honra das Forças Armadas, entendendo que aquela deve prevalecer sobre esta quando se trata de propalar fatos verídicos. Ainda que o sopesamento efetuado pelo ministro neste julgamento tenha resultado em conclusão semelhante àquela construída pelo legislador, tal construção dá margem para que se obtenham soluções divergentes, o que configuraria um fator de constante instabilidade.

Nesse sentido, apenas saliento o risco de se proceder a esse raciocínio ponderativo adicional: enquanto regras penais que tipificam condutas como crimes lidam com uma interpretação muito mais restrita, o campo dos direitos fundamentais e de suas colisões é muito mais aberto. Conseqüentemente, a tentativa de se introduzir essa lógica diversa no julgamento de crimes pode

representar menor segurança jurídica, em um âmbito cujo cerne deve ser exatamente este.

Quanto aos demais ministros, acompanharam integralmente o relator nesse julgamento realizado pela Primeira Turma do STF.

<b>Organização de Informações</b>		
<b>Instrumentos</b>	<b>Forma de produção de efeitos</b>	<b>Direitos fundamentais envolvidos</b>
Raciocínio subsuntivo (tipicidade): - núcleo e elementos secundários – TO - ofensa ao bem jurídico tutelado – TO - dolo / elemento subjetivo especial – TS  Raciocínio ponderativo: - sopesamento expresso	Efeitos diretos	Liberdade de expressão vs. honra, imagem, dignidade, prestígio

### **Caso “Ellwanger” – HC 82.424-2/RS<sup>30</sup>**

#### **Data do julgamento – 17/09/2003**

Siegfried Ellwanger, na qualidade de escritor e sócio da empresa “Revisão Editora Ltda.”, editava, distribuía e vendia ao público obras de alegado conteúdo anti-semita, tanto de sua autoria como de terceiros. Afirma a denúncia que o material veiculado objetivava incitar e induzir a discriminação racial, semeando em seus leitores sentimentos de ódio, desprezo e preconceito contra o povo de origem judaica.

Embora tenha sido absolvido em primeiro grau de jurisdição, foi condenado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, como incurso no *caput* do artigo 20 da Lei 7716/89, com redação dada pela Lei 8081/90:

*“Art. 20 – Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, por religião, etnia ou procedência nacional: Pena – reclusão de dois a cinco anos”.*

<sup>30</sup> Tendo em vista a extensão deste acórdão e o tempo disponível para o desenvolvimento do presente trabalho, abordarei somente os votos dos Ministros Moreira Alves (por ser relator do caso), Gilmar Mendes e Marco Aurélio (por aplicarem a regra da proporcionalidade em suas argumentações).

O cerne da controvérsia reside no enquadramento da conduta do paciente no crime de prática de racismo, haja vista que este é inafiançável e imprescritível, nos termos do artigo 5º, inciso XLII da CF/88:

*"XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei".*

A questão chega ao STF pela via do *habeas corpus*, após indeferimento de pedido semelhante junto ao STJ, visando ao afastamento da imprescritibilidade do delito. Em linhas gerais, alega-se que a condenação de Ellwanger se deu pelo crime de discriminação, o qual não tem qualquer conotação racial, até porque os judeus não constituem uma raça. Nesse sentido, a infração penal praticada não seria alcançada pela imprescritibilidade prevista na CF/88, a qual se restringe ao crime de prática de racismo. Por conseguinte, imperativo o reconhecimento de extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva.

Ou seja, a impetração reconhece o crime de discriminação ou preconceito contra os judeus, mas rechaça o cometimento de crime de prática de racismo, sendo somente este caracterizado pela imprescritibilidade, posto que a disposição constitucional restritiva de direito não poderia ser entendida extensivamente.

Nesse julgamento, dois grandes temas foram abordados pelo tribunal, quais sejam: a abrangência do crime de prática de racismo e o eventual conflito entre princípios constitucionais. Deve-se, contudo, salientar, que, uma vez definida a amplitude de uma regra penal e verificada a subsunção da conduta ao tipo referido, desnecessária se torna qualquer ponderação entre os direitos fundamentais envolvidos no caso concreto, haja vista a existência de mediação legislativa, já consubstanciando uma relação de precedência entre eles. Porém, não parece ser esta a orientação adotada pelos ministros neste julgamento.

Nesse sentido, ressalta Virgílio Afonso da Silva que, diante da existência de mediação legislativa, *"o que é aplicável é uma regra penal, que proíbe manifestações racistas. Não há que se discutir, portanto, se a liberdade de imprensa é mais ou menos importante do que outro princípio eventualmente envolvido, como se esforçaram em fazer todos os ministros. A única discussão possível, em sede de 'habeas corpus' no STF, seria uma discussão sobre a*

*qualificação do ato como sendo ou não racista. Mas aqui, como é facilmente perceptível, o raciocínio é subsuntivo e não ponderativo*".<sup>31</sup>

Dos votos selecionados para a presente análise, apenas o Ministro Moreira Alves ateve-se à delimitação da abrangência do crime de racismo, enquanto os Ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio concentraram-se na colisão entre direitos fundamentais, recorrendo inclusive à regra da proporcionalidade a fim de determinar o princípio prevalente.

#### Argumentação dos Ministros

Conforme já salientado, o Ministro Moreira Alves, relator do caso, identifica que o principal elemento da controvérsia consiste na determinação do sentido e do alcance da expressão "racismo", contida no referido preceito constitucional. Afinal, desta qualificação decorre a imprescritibilidade do delito, que não foi referida na legislação infraconstitucional quando tratou da discriminação e do preconceito em geral.

Primeiramente, salienta que a Constituição não atribuiu ao legislador a incumbência de estabelecer tal significado, mas tão somente determinou que lhe cabe tipificar as condutas em que consiste essa prática e quantificar a pena de reclusão a elas cominada. Daí a expressão "nos termos da lei" presente no aludido dispositivo constitucional.

Ademais, entende que o termo deve ser interpretado estritamente, visto que a imprescritibilidade constitui uma exceção no direito penal, não alcançando nem mesmo os crimes rotulados de hediondos pela própria Constituição, que previu apenas que a lei os considerará inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia.

Prosseguindo em sua análise, defende que desta interpretação estrita deve decorrer a conclusão de que a prática de racismo abarca somente a discriminação e o preconceito racial e, mais especificamente, contra a raça negra. Para sustentar tal entendimento, remonta às discussões realizadas no âmbito da Assembléia Constituinte, que justificou a inserção de tal inciso na

---

<sup>31</sup> Virgílio Afonso da Silva, *A constitucionalização do Direito – os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, p. 168.

CF/88 pela necessidade de se vencer a discriminação contra o negro, sob pena de se inviabilizar a construção de um verdadeiro Estado Democrático.

Outros dois argumentos são apresentados pelo ministro com o intuito de corroborar esta interpretação sobre o alcance da expressão "racismo", quais sejam: o entendimento de diversos doutrinadores que procederam à análise da Constituição de 1988, chegando a conclusões muito semelhantes às explicitadas no voto, e estudos de antropólogos, para os quais convencionalmente se distinguem três grandes raças (branca, amarela e negra), sendo que grupos nacionais, religiosos, geográficos, lingüísticos e culturais não podem ser considerados "raças".

Até o presente momento, pode-se depreender que o Ministro Moreira Alves concentrou sua atenção no delineamento da expressão "crime de prática de racismo", concluindo que abarca tão somente a discriminação ou o preconceito de raça, sendo esta tomada na acepção comumente atribuída ao termo. Ainda que tais vocábulos estejam previstos em norma constitucional, não se pode perder de vista que se reportam diretamente a tipos penais estabelecidos na Lei 7716/89, com redação dada pela Lei 8081/90<sup>32</sup>. Daí se poder afirmar que tal expediente visa à delimitação da própria abrangência do tipo penal ao qual se impõe a imprescritibilidade, consubstanciando um instrumento atinente ao raciocínio subsuntivo, qual seja, de definição de conceitos.

Uma vez fixado o que se entende por crime de prática de racismo, o ministro passa a verificar se a conduta perpetrada por Ellwanger se enquadra no tipo penal descrito na referida legislação ao qual se atribuiu tal qualificação. Vale dizer, analisa seu ajuste especificamente à seguinte previsão: "*praticar, induzir ou incitar (...) a **discriminação ou preconceito de raça***".<sup>33</sup>

Se por um lado não discute a condenação do paciente no que concerne ao induzimento e à incitação de discriminação ou preconceito, por outro, afasta a conotação racial da sua conduta, pois considera que os judeus não constituem uma raça. E assim, conclui: "*Não sendo, pois, os judeus uma raça, não se pode qualificar o crime de discriminação pelo qual foi condenado o ora paciente como*

---

<sup>32</sup> Apenas ressaltar que a redação deste diploma legal foi novamente alterada pela Lei 9459/97, a qual não se aplica ao caso em tela, tendo em vista a data dos acontecimentos, anterior à sua promulgação.

<sup>33</sup> Sem negritos no original.



*delito de racismo e, assim, imprescritível a pretensão punitiva do Estado”* (p. 21).

Considerando em certa medida o crime de prática de racismo como um tipo penal<sup>34</sup>, que enseja a consequência da imprescritibilidade, não obstante esteja inserido em norma constitucional, pode-se dizer que o ministro, tendo já delineado o seu conteúdo, verificou se restavam preenchidos, no caso concreto, tanto o núcleo como os elementos secundários que compõem o próprio tipo objetivo do delito. Sendo negativa a resposta, na medida em que, no seu entendimento, os judeus não constituem uma raça, não mais cogitou da caracterização de crime de racismo, deferindo o *habeas corpus*.

Em confirmação de voto, o Ministro Moreira Alves manteve a discussão no mesmo plano, atendo-se à definição deste conceito e rechaçando interpretação ampliada concebida pelo Ministro Maurício Corrêa, segundo a qual se configuraria tal crime sempre que se verificasse discriminação contra grupos humanos com características culturais próprias. Reitera suas alegações, agregando, entre outros, o argumento de que nos termos da própria Constituição, discriminação e racismo não se equiparam, sendo este uma espécie agravada daquele gênero<sup>35</sup>.

Por fim, apenas ressalto que o ministro não deslocou a discussão para o plano dos direitos fundamentais, prescindindo, por conseguinte, da utilização de qualquer instrumento atinente ao raciocínio ponderativo. Relevante notar que ele mesmo identifica que o deslinde da causa restringe-se à análise da subsunção da conduta do paciente ao crime de prática de racismo, sem qualquer transbordamento para a esfera dos princípios constitucionais: *“no presente ‘habeas corpus’, não se está discutindo se a condenação viola a **liberdade de pensamento**, mas, sim e apenas, a questão da **imprescritibilidade** sob a alegação de que, no caso, não houve **crime de racismo**”* (p. 87).<sup>36</sup>

---

<sup>34</sup> Em confirmação de voto, fica evidente que o Ministro Moreira Alves trata da previsão do crime de prática de racismo como um tipo penal. Afinal, ao rechaçar o entendimento externado pelo Ministro Corrêa, que atribuiu ao conceito interpretação ampla, explicita sua preocupação em conceber “o crime de racismo como um tipo de conteúdo aberto” (p. 73).

<sup>35</sup> Isso porque estão previstos em incisos distintos do artigo 5º da CF/88. Enquanto o crime de prática de racismo é referido no inciso XLII, a vedação à discriminação encontra-se no inciso XLI, cujo teor é o seguinte: “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

<sup>36</sup> Sem negritos no original.

O Ministro Gilmar Mendes, por sua vez, aborda em seu voto duas grandes questões. A primeira delas relaciona-se à abrangência do termo "racismo", tendo em vista que dessa qualificação decorre a imprescritibilidade, cerne da controvérsia apresentada ao STF. Ou seja, trata-se de responder à seguinte indagação: o anti-semitismo atribuído ao paciente configura racismo?

Nesta análise, o ministro emprega um instrumento característico do raciocínio subsuntivo, qual seja, a definição de conceitos atinentes ao tipo penal em questão, com o intuito de delimitar sua abrangência para posterior verificação do enquadramento da conduta em tal modelo.

Primeiramente, pontua que a classificação dos seres humanos em raças não mais se sustenta na atualidade, principalmente a partir do mapeamento do genoma humano. Alerta, entretanto, que desta constatação não decorre o completo esvaziamento do conteúdo do crime de prática de racismo. Isso porque, tal conceito, em uma perspectiva histórica e social, prescinde da noção de raça, relacionando-se muito mais com a crença do agente nessa divisão, que admitiria raças superiores e inferiores, sendo que as primeiras teriam o direito de dominar as segundas.

Portanto, ao delinear o conceito jurídico de "racismo", o ministro pauta-se no sentido social e histórico do fenômeno, atribuindo-lhe interpretação ampla, de forma a abarcar "*qualsquer manifestações discriminatórias assentes em referências de índole racial (cor, religião, aspectos étnicos, nacionalidade, etc.)*" (p. 125). Dessa forma, conclui que não há como negar o caráter racista do anti-semitismo.

Apenas para reforçar tal posicionamento, invoca instrumentos internacionais subscritos pelo Brasil, bem como decisões proferidas pela Suprema Corte dos Estados Unidos e pela Câmara dos Lordes na Inglaterra, em que se firmou uma interpretação ampla do termo "racismo", tomado em seu sentido histórico, abarcando, inclusive, o anti-semitismo.

Definida a abrangência do tipo penal em questão, o ministro, mantendo ainda um raciocínio eminentemente subsuntivo, faz considerações sobre o núcleo de seu tipo objetivo, qual seja, "incitar", confirmando a idoneidade do meio empregado ("livros") para a realização de tal conduta.

Diante do entendimento de que o anti-semitismo representa uma manifestação racista e tendo constatado o preenchimento dos demais elementos exigidos pelo tipo penal, necessário seria concluir pela configuração do crime de prática de racismo, o que redundaria no indeferimento do pedido de *habeas corpus*, sem quaisquer outras considerações.

Não obstante a suficiência da análise até então empreendida para o deslinde da causa, o ministro aborda uma segunda questão, inserindo a controvérsia no âmbito dos direitos fundamentais. Invoca mais especificamente a liberdade de expressão, ao salientar que o exercício de tal direito pode ensejar incitação à discriminação racial, configurando o chamado “discurso de ódio” (“*hate speech*”). Nessa hipótese, que traduz o próprio caso concreto, identifica uma colisão entre direitos fundamentais, ou seja, entre a liberdade de expressão e o direito à não-discriminação ou à igualdade.

Diante disso, conclui que esta tensão impõe a aplicação da regra da proporcionalidade, a fim de se verificar se a condenação de Ellwanger pelo crime de prática de racismo, restringindo sua liberdade de expressão, se justifica para maximizar a proteção à igualdade e à dignidade humana. Nesse sentido, para o ministro, a própria tipificação da conduta do paciente passaria a depender de um juízo de proporcionalidade. Manifesta-se nos seguintes termos: “*a tipificação de manifestações discriminatórias, como racismo, há de se fazer com base em um juízo de proporcionalidade*” (p. 132).

Entretanto, não se pode perder de vista que o próprio ministro já havia fixado o conceito de “racismo”, nele inserindo o anti-semitismo, procedendo então ao exame da tipificação da conduta mediante um raciocínio de subsunção. Neste momento do voto, porém, agrega à sua análise lógica diversa, orientada pelo raciocínio ponderativo, que lida com estruturas muito mais abertas e com múltiplas possibilidades de acomodação dos direitos envolvidos.

Entendo que a aplicação do raciocínio ponderativo nesses moldes por si só já refletiria incongruências, haja vista a instabilidade que se instalaria no direito penal caso a tipificação de uma conduta como crime passasse a depender da aplicação da regra da proporcionalidade. A presente decisão, contudo, guarda

ainda maiores inconvenientes, pois emprega lógicas díspares para a solução de um mesmo problema.

Partindo da premissa de que a liberdade de expressão não apresenta um caráter absoluto e conceituando a regra da proporcionalidade como um método geral para a solução de conflitos entre princípios, apto a definir o limite último da possibilidade de restrição legítima de determinado direito fundamental, passa a verificar se a decisão condenatória atendeu às suas três máximas.

Nesse sentido, considera evidente a *adequação* da medida para a salvaguarda de uma sociedade pluralista, pautada na tolerância, defendendo-se, em última análise, a dignidade humana. Também afirma que é indubitável a *necessidade* da condenação, diante da ausência de outro meio menos gravoso à liberdade de expressão e igualmente eficaz na tutela dos demais direitos fundamentais envolvidos. Neste ponto, ressalto a falta de qualquer esforço argumentativo por parte do ministro no sentido de apresentar alternativas à medida, ainda que tão somente para concluir pelo seu descarte. Por fim, sustenta que o requisito da *proporcionalidade em sentido estrito* também foi observado, haja vista a existência de proporção entre o objetivo de preservação de uma sociedade plural e da dignidade humana e o ônus imposto à liberdade de expressão do paciente.

Não obstante a aplicação da regra da proporcionalidade tenha conduzido à prevalência da igualdade e da dignidade humana, restringindo a liberdade de expressão, o que redundou no indeferimento da ordem de *habeas corpus*, não se pode ignorar as incoerências que podem advir do emprego de raciocínios distintos diante de uma mesma problemática. Seria perfeitamente possível que a aplicação da regra da proporcionalidade conduzisse à solução diversa, resultando no reconhecimento de que a conduta de Ellwanger não representou prática de racismo. Tal desfecho, contudo, destoaria daquele decorrente de um raciocínio subsuntivo, que concluiu pelo seu enquadramento, conforme a delimitação do tipo fixada anteriormente.

Outras críticas podem ser empreendidas diante de uma análise global do voto. Reitero que à subsunção seguiu-se um sopesamento desnecessário, haja vista a existência de uma regra penal que já consubstanciava o resultado de um

sopesamento entre os direitos fundamentais envolvidos no caso concreto. Nesse sentido, seria admissível invocá-los tão somente para a interpretação da própria regra, com a conseqüente produção de efeitos indiretos, quando da análise da configuração do ilícito penal.

O Ministro Gilmar Mendes, entretanto, afasta-se dessa orientação, ignorando a regra penal ao tratar da colisão entre direitos fundamentais presente no caso concreto. Tem-se, por conseguinte, uma produção direta de efeitos, através do recurso à regra da proporcionalidade.

Diante dessas considerações, pode-se dizer que o ministro mais parece realizar um controle de constitucionalidade da regra penal infraconstitucional, que tipifica condutas discriminatórias e preconceituosas como crime, eventualmente caracterizadas como racismo, conforme a interpretação anteriormente fixada para este termo. Isso porque, em vez de aplicar a regra ao caso concreto após a devida delimitação de seu alcance, sopesa direitos fundamentais, concluindo que a igualdade e a dignidade humana devem prevalecer sobre a liberdade de expressão, do que decorreria a constitucionalidade da norma, que já consagrara tal precedência. Apenas ressalto que, independentemente do resultado, o relevante é atentar para a utilização deste expediente de forma velada.

Obviamente, é possível que o ministro discorde do sopesamento já consubstanciado na regra penal, questionando sua constitucionalidade. Tal análise, entretanto, deve se dar de forma expressa e não pode "*ser tomada na decisão de mérito do 'habeas corpus' no Supremo Tribunal Federal, mas sim por meio de uma prejudicial de constitucionalidade ou em ações de controle de constitucionalidade próprias para tanto*".<sup>37</sup>

As críticas até então empreendidas ao voto do Ministro Gilmar Mendes aplicam-se com maior razão à decisão proferida pelo Ministro Marco Aurélio, que pouca atenção dispensou à regra penal relativa à matéria, identificando como cerne da controvérsia o problema da colisão entre direitos fundamentais, mais especificamente, entre a liberdade de expressão e a dignidade do povo judeu,

---

<sup>37</sup> Virgílio Afonso da Silva, *A constitucionalização do Direito – os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, p. 170.

exigindo a aplicação da ponderação com o intuito de se definir qual o princípio prevalente.

Nestes termos manifesta-se o ministro: *"o caso denota um profundo, complexo e delicado problema de Direito Constitucional, e daí o tom paradigmático deste julgamento: estamos diante de um problema de eficácia de direitos fundamentais e da melhor prática de ponderação dos valores. (...) Refiro-me ao intrincado problema da colisão entre os princípios da liberdade de expressão e da proteção à dignidade do povo judeu. Há de definir-se se a melhor ponderação dos valores em jogo conduz à limitação da liberdade de expressão pela alegada prática de um discurso preconceituoso atentatório à dignidade de uma comunidade de pessoas ou se, ao contrário, deve prevalecer tal liberdade. Essa é a verdadeira questão constitucional que o caso revela"* (pp. 346-347).

Nesse sentido, o ministro mais parece realizar um controle de constitucionalidade da regra penal que tipifica como crime condutas discriminatórias e preconceituosas, eventualmente tidas como prática de racismo, dependendo da interpretação atribuída a tal expressão. Isso porque, tal norma já contém o resultado de um sopesamento efetuado pelo legislador, que restringiu a liberdade de expressão para assegurar maior proteção à dignidade humana. Ao ponderar novamente os direitos fundamentais envolvidos, no fundo, determina qual é a relação de precedência adequada para a Constituição, o que acaba por definir se a norma penal é ou não constitucional, de acordo com a sua compatibilidade com tal solução.

Delineado o objeto de sua análise, o ministro passa a tecer longos comentários sobre a importância dos direitos fundamentais para a concretização do princípio democrático. E, neste contexto, identifica o protagonismo da liberdade de expressão, na medida em que promove a autonomia individual e estabelece um ambiente propício para a manifestação e contraposição de diversas opiniões e ideologias, sem medo ou censura. Ressalta ainda a dupla dimensão de tal direito, não somente analisado na perspectiva do indivíduo, mas também da sociedade, a quem deve ser assegurado o acesso ao mais amplo conhecimento. Atenta também para o importante papel desempenhado pela liberdade de expressão como mecanismo de controle sobre atos estatais e sobre a opinião majoritária, impedindo que verdades oficiais se tornem absolutas.

Apesar desta extrema relevância, o ministro entende que tal direito não apresenta um caráter absoluto, encontrando limites nos demais direitos fundamentais. E, na hipótese de colisão entre eles, impõe-se a aplicação da ponderação, a fim de que se defina qual direito terá primazia no caso concreto.

Conforme salientado anteriormente, o Ministro Marco Aurélio identificou no caso em tela um conflito entre a dignidade do povo judeu e a liberdade de expressão, princípios de mesma hierarquia. Diante desta questão, considerou aplicável a regra da proporcionalidade, concebida pelo ministro como um "*mecanismo eficaz a realizar a ponderação exigida no caso concreto*" (p. 372).

Assim como o Ministro Gilmar Mendes, passa a verificar se a condenação de Ellwanger pelo crime de prática de racismo obedeceu à regra da proporcionalidade, obtendo, contudo, conclusão totalmente diversa. Primeiramente, não considera a medida *adequada* para eliminar a discriminação contra o povo judeu ou o risco de se incitar a discriminação. Diante da inobservância desta primeira sub-regra, desnecessário seria verificar a obediência às demais. Porém, o ministro prossegue em sua análise, constatando que a condenação não cumpre a sub-regra da *necessidade*. Para o ministro, "*na hipótese, a observância desse subprincípio deixa ao Tribunal apenas uma solução cabível, ante a impossibilidade de aplicar outro meio menos gravoso ao paciente: conceder a ordem, garantindo o direito à livre manifestação do pensamento*" (p. 374). Neste ponto, apenas saliento uma deturpação na aplicação desta sub-regra, pois diante da inexistência de outro meio menos gravoso à liberdade de expressão do indivíduo que proteja a dignidade com mesma intensidade, a consequência é a necessidade da medida restritiva, e não o seu afastamento como pretendeu o ministro. Quanto à análise da *proporcionalidade em sentido estrito*, entende que não é razoável, em uma sociedade plural como a brasileira, restringir-se a liberdade de expressão, quando há reduzidos indícios de que a manifestação estimule a discriminação entre os judeus, ferindo a sua dignidade.

Dessa forma, conclui que a condenação de Ellwanger desatendeu a regra da proporcionalidade, indicando a primazia da liberdade de expressão no caso em análise. Com base na jurisprudência espanhola, apenas salienta que haveria prevalência do direito à honra ou da dignidade caso as obras refletissem manifestações jocosas. Nesse sentido, a tipificação de uma conduta como crime

e a própria condenação do paciente passariam a depender tão somente de um juízo de ponderação entre direitos fundamentais, na medida em que se prescinde de qualquer discussão substancial sobre a regra penal aplicável.

Não obstante o raciocínio ponderativo tenha presidido a argumentação do ministro, em certos momentos, pode-se depreender construções tipicamente subsuntivas. Refiro-me precisamente à tentativa do ministro de definir o conceito de “racismo”, com o objetivo de delimitar quais condutas se inserem no tipo penal caracterizado pela imprescritibilidade.

Nesse sentido, interpreta a expressão restritivamente, pois entende que a imprescritibilidade implica uma diminuição de eficácia dos direitos fundamentais, devendo ser compreendida de forma limitada. Retoma ainda as discussões havidas na Assembléia Constituinte, salientando, como o Ministro Moreira Alves, que a inserção do inciso XLII no artigo 5º da CF/88 decorreu da necessidade de se eliminar a discriminação contra o negro, sendo somente esta conduta atingida pela imprescritibilidade. Todas as demais manifestações discriminatórias, entre as quais a promovida contra os judeus, constituiria tão somente crime nos termos da legislação infraconstitucional, sobre o qual incidiria a prescrição. Por fim, apenas ressalta que a imprescritibilidade é, em geral, atribuída somente a delitos de maior gravidade.

Outras manifestações esparsas do raciocínio subsuntivo podem ser extraídas de seu voto. Reporto-me à análise do preenchimento do núcleo e dos elementos secundários que compõe o tipo penal em questão, em sua vertente objetiva. Neste ponto, o ministro indaga-se sobre a configuração de qualquer induzimento ou incitação à discriminação ou ao preconceito contra o povo judeu, concluindo ser negativa a resposta, haja vista que tão somente se veiculou uma ideologia, o que não configura crime.

Quanto aos elementos secundários, questiona se um livro constitui meio apto a propiciar a realização da conduta típica. Responde positivamente a esta indagação, mas com a ressalva de que isso só se torna possível caso se verifique em uma comunidade a tendência para aceitar as idéias nele veiculadas. Vale dizer, no caso concreto, o instrumento livro somente concorreria para a conduta típica caso houvesse na sociedade brasileira uma predisposição à discriminação



contra o povo judeu. Porém, constata que "em nenhum momento de nosso passado, houve qualquer inclinação da sociedade brasileira a aceitar, de forma ostensiva e relevante, idéias preconceituosas contra o povo judeu" (p. 368).

Diante disso, conclui: "em relação ao povo judeu, o livro não ensejou uma **hipótese de dano real. O perigo seria meramente aparente.** (...) Repita-se – inexistem no Brasil os pressupostos sociais e culturais aptos a tornar um livro de cunho preconceituoso contra o povo judeu **verdadeiro perigo atentatório à dignidade** dessa comunidade" (p. 370).<sup>38</sup>

Deste excerto, extraio ainda outro elemento atinente ao raciocínio subsuntivo, qual seja, a análise da ofensa ao bem jurídico tutelado, entendida como lesão ou perigo de lesão a tal bem. O ministro trata do crime em questão como se este exigisse para a configuração da tipicidade um dano real ou um perigo concreto, sendo que no caso verificou-se tão somente um perigo hipotético ou aparente.

Celso Lafer, comentando tal passagem do voto, entende que o Ministro Marco Aurélio criou exigência não prevista na tipicidade penal. Pois, sendo o delito previsto no artigo 20 da Lei 7716/89, na redação dada pela Lei 8081/90, um crime de mera conduta, independeria da configuração de dano real ou de perigo ao bem jurídico tutelado.<sup>39</sup> Contudo, segundo as premissas estabelecidas no presente trabalho, tal crítica não procede, pois, como já explicitado, o resultado de que prescindem os crimes de mera conduta para a sua consumação corresponde ao resultado naturalístico, exigido pelos crimes materiais. Todos estes delitos, entretanto, demandam para a configuração da tipicidade, a ofensa ao bem jurídico protegido, ainda que na modalidade de mero perigo de lesão.

Em síntese, uma análise global do voto indica que o Ministro Marco Aurélio desenvolveu tanto o raciocínio subsuntivo como o ponderativo, atribuindo, contudo, maior ênfase ao último, na medida em que identificou a colisão entre princípios como cerne da controvérsia apresentada ao STF. Verifica-se, assim, uma invocação dos direitos fundamentais diretamente da Constituição, ou seja, independentemente do material normativo do próprio direito penal.

---

<sup>38</sup> Sem negritos no original.

<sup>39</sup> Cf. Celso Lafer, *A internacionalização dos direitos humanos – Constituição, racismo e relações internacionais*, Barueri: Manole, 2005, p.105.

Em sessão plenária, após longos debates, o pedido foi indeferido por maioria de oito votos, sendo possível identificar três posicionamentos distintos: a corrente vencedora, capitaneada pelo Ministro Maurício Corrêa, que qualificou o anti-semitismo de racismo; os vencidos, representados pelos Ministros Moreira Alves e Marco Aurélio que acolheram o pedido, reconhecendo a prescrição; e o Ministro Carlos Britto que absolveu o paciente, deferindo *habeas corpus* de ofício, por entender que ele não incorreu em conduta penalmente típica.

Em linhas gerais, pode-se identificar um caráter problemático nos votos proferidos pela maioria dos ministros, qual seja, a aplicação direta dos direitos fundamentais no caso em tela, ignorando-se a própria regra penal existente, que já consagra uma ponderação legislativa. Nessas circunstâncias, um novo sopesamento se afigura totalmente desnecessário e indica um controle de constitucionalidade não expresso ou ainda uma correção da obra do legislador, hipótese em que não somente se afasta o dispositivo já existente, como se cria a partir de nova ponderação outra regra para o caso concreto, ensejando repercussões na própria separação de Poderes.

<b>Organização de Informações</b>			
<b>Ministro</b>	<b>Instrumentos</b>	<b>Forma de produção de efeitos</b>	<b>Direitos fundamentais envolvidos</b>
Moreira Alves	Raciocínio Subsuntivo (tipicidade): - definição de conceitos - TO - núcleo e elementos secundários - TO	Não invocação	Liberdade de expressão vs. igualdade, não-discriminação, dignidade humana
Gilmar Mendes	Raciocínio Subsuntivo (tipicidade): - definição de conceitos - TO - núcleo e elementos secundários - TO  Raciocínio Ponderativo: - regra da proporcionalidade	Efeitos diretos	
Marco Aurélio	Raciocínio Subsuntivo (tipicidade): - definição de conceitos - TO - núcleo e elementos secundários - TO - ofensa ao bem jurídico tutelado - TO  Raciocínio Ponderativo: - regra da proporcionalidade	Efeitos diretos	

## **Caso "Gerald Thomas" – HC 83.996-7/RJ**

### **Data do julgamento – 17/08/2004**

Em 17 de agosto de 2003, Gerald Thomas, ao término da apresentação do espetáculo "Tristão e Isolda", que dirigiu no Teatro Municipal do Rio de Janeiro, diante de vaia e xingamentos, simulou uma masturbação e, ato contínuo, exibiu as nádegas para os espectadores. Por conseguinte, foi denunciado pelo Ministério Público do Rio de Janeiro pela prática de ato obsceno, tipificado no artigo 233 do CP:

*"Art. 233 - Praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa".*

O caso chegou ao STF pela via do *habeas corpus*, impetrado contra a decisão da Primeira Turma Recursal Criminal do Juizado Especial Criminal do Estado do Rio de Janeiro, que denegara a ordem, sob o argumento de que o fato narrado era em tese criminoso, sendo necessário o prosseguimento do processo para se apurar a existência de dolo por parte do agente e de violação ao bem jurídico tutelado.

A impetração alegou a atipicidade da conduta, sob o fundamento de que a definição do conceito de pudor público e de ato obsceno não poderia prescindir de considerações sobre o contexto em que se deu a ação do paciente nem de reflexões sobre a relativização dos costumes na atualidade. Sustentou ainda a ausência de conotação sexual na atuação do diretor, cujo único intuito era demonstrar desprezo pelo público que o vaiava.

### **Argumentação dos Ministros**

Houve empate no julgamento realizado pela Segunda Turma do STF: de um lado, Carlos Velloso (relator) e Ellen Gracie defenderam a necessidade de instrução criminal, haja vista a ocorrência de um crime em tese; de outro, Gilmar Mendes, seguido por Celso de Mello, deferiu o pedido, alegando a atipicidade da conduta, inserida no contexto da liberdade de expressão. Diante do empate, acolheu-se a decisão mais favorável ao réu, determinando-se a extinção do processo de conhecimento com imediato trancamento da ação penal.

Passo a analisar os votos dos ministros separadamente, de forma mais aprofundada.

O Ministro Carlos Velloso, primeiramente, ressalta que nos estreitos limites do processo de *habeas corpus* não se pode realizar um exame aprofundado dos fatos, sendo suficiente que se constate a ocorrência de um crime em tese para se rechaçar a pretensão de trancamento da ação penal.

Tomando por base tais considerações, empreende um raciocínio eminentemente subsuntivo do qual resulta a conclusão de que a conduta do paciente de fato se ajustava ao tipo penal em questão, ao menos em tese.

Isso porque, segundo o ministro, para a configuração do crime de ato obsceno não é necessário dolo específico de ofensa ao bem jurídico tutelado, bastando que, sob um prisma objetivo, a conduta se apresente em colisão com o pudor público ou se mostre apta a suscitar um sentimento comum de vergonha, independentemente da real intenção do agente. Nesse sentido, cita o seguinte fragmento de Magalhães Noronha: "*é mister ter presente não ser imprescindível que ele (ato obsceno) sirva ao desafogo da luxúria ou sensualidade do agente (...). Basta que conflite com o pudor público, pouco importando o móvel do agente: lubricidade, gracejo, vingança*" (p. 11). Trata-se, portanto, de um crime doloso que não exige a concretização de dolo específico ou elemento subjetivo especial para a conformação de seu tipo subjetivo.

Prosseguindo em suas considerações, o ministro buscou precisar certos conceitos como pudor público e ato obsceno, elementos normativos atinentes ao tipo objetivo do crime. Para tanto, invoca o RHC 50.828/GB (caso do "Topless"), também analisado no presente trabalho, no qual se estabeleceu o entendimento de que o objeto da tutela penal, no que tange ao referido dispositivo, é o pudor coletivo, objetivamente considerado, pouco importando a concepção pessoal do agente a respeito da obscenidade de sua conduta.

Também salientou a necessidade de se interpretar tais conceitos à luz da evolução cultural vivida pela sociedade, não se podendo igualmente perder de vista o local e as circunstâncias em que a conduta fora praticada: um teatro no centro do Rio de Janeiro às duas horas da manhã.

Tais esforços de análise demonstram a tentativa do ministro de precisar os contornos do tipo objetivo do crime de ato obsceno, constituído de alguns elementos normativos, cuja determinação depende de valoração extrajurídica.

Não obstante tenha acolhido certos argumentos da impetração, pareceu-lhe prematura a conclusão de inocorrência de ofensa ao pudor dos espectadores que lá se encontravam. Pode-se depreender que o ministro neste ponto procedeu à análise de outro elemento necessário para a configuração da tipicidade objetiva, qual seja, a ofensa ao bem jurídico tutelado, ainda que se trate de crime de perigo, segundo sua própria afirmação, caso em que a aludida ofensa representa uma violação meramente potencial, mas ainda assim necessária. Reconhecendo que tal questão só poderia ser elucidada com a instrução processual, indeferiu o pedido de *habeas corpus*.

Portanto, o ministro não descartou a hipótese de atipicidade da conduta de Gerald Thomas. Tão somente considerou relevante a produção e o exame de provas para que se concluísse com elevado grau de certeza sobre o preenchimento ou não de todos os elementos que compõem o tipo penal discutido, análise esta necessária diante de um crime em tese.

Ressalto apenas que o ministro se valeu somente de instrumentos atinentes ao raciocínio subsuntivo, não procedendo à invocação e ao sopesamento dos direitos fundamentais envolvidos.

O Ministro Gilmar Mendes, por sua vez, acolheu os argumentos da impetração em sua totalidade. De fato, considerou que a conduta do diretor, ainda que deseducada e de mau gosto, representou mero protesto ou reação contra o público que o viajava com o exclusivo intuito de demonstração de desprezo, não se verificando qualquer conotação sexual. Aborda, nesse sentido, o tipo subjetivo do crime de ato obsceno, salientando que a real intenção do agente não era ofender o pudor público, não havendo, por conseguinte, dolo específico no caso concreto.

Assim como o Ministro Carlos Velloso, atentou ainda para a existência de diversos elementos normativos no tipo objetivo do crime em questão, reclamando por uma definição mais precisa, dependente de juízos pautados na experiência. Assim se manifesta o ministro: "*estamos aqui com um tipo*

*marcadamente normativo, envolvendo esses conceitos culturais fortíssimos”* (p. 27).

Dessa forma, enfatizou a relevância do contexto em que fora praticada a conduta para se depreender com maior rigor a real dimensão de expressões como ato obsceno e pudor público. Faz, nesse sentido, ressalvas semelhantes às apresentadas pelo relator: estava-se diante de um público adulto, às duas horas da manhã, no Estado do Rio de Janeiro, sendo que o próprio roteiro da peça envolvia uma simulação de masturbação.

Prosseguindo neste propósito de definição de conceitos, concentrou-se na noção de obscenidade, invocando precedente que versava sobre publicações tidas como impróprias para a formação moral e psicológica de crianças e adolescentes (RMS 18.534)<sup>40</sup>. De tal acórdão extraiu o entendimento de que, diante da falta de um conceito legal, seria cabível guiar-se pela consciência do homem médio de seu tempo, verificando se a conduta em questão se revestia de algum valor artístico. Atentou ainda para certo trecho do voto do Ministro Aliomar Baleeiro no mencionado precedente, em que salientou a importância do aspecto temporal e evolutivo do conceito de ato obsceno: *“o conceito de ‘obsceno’, ‘imoral’, ‘contrário’ aos bons costumes é condicionado ao local e à época. Inúmeras atitudes aceitas no passado são repudiadas hoje, do mesmo modo que aceitamos sem pestanejar procedimentos repugnantes às gerações anteriores”* (p. 23).<sup>41</sup>

Diante desta análise concernente ao tipo objetivo do crime de ato obsceno, que buscou precisar conceitos abertos, levando-se em conta o contexto e a evolução cultural verificada em matéria de costumes, difícil conceber, segundo o ministro, o enquadramento do ato do diretor no modelo constante da norma penal incriminadora.

Porém, ao explicitar tal conclusão decorrente de um raciocínio eminentemente subsuntivo, creio que o ministro, embora propenso a crer na atipicidade da conduta, demonstrou dúvidas e, portanto, não descartou a possibilidade de ofensa ao pudor público, bem jurídico tutelado pela regra penal discutida, o que só poderia ser esclarecido em instrução criminal, tal como

---

<sup>40</sup> Trata-se do caso “Revista Realidade”, excluído do objeto da presente pesquisa, ao qual, porém, faço alusão na nota 8 do capítulo metodológico.

<sup>41</sup> Sem negritos no original.

decidiu o relator. Sendo assim, resta a seguinte indagação: o que teria conduzido o ministro à solução totalmente diversa, concedendo a ordem para o trancamento da ação penal?

Creio que o elemento determinante no voto do Ministro Gilmar Mendes resida em outra esfera, qual seja, a dos direitos fundamentais, especialmente no que tange à liberdade de expressão. Vale dizer, invocando-a diretamente da Constituição, afastou a solução decorrente do raciocínio subsuntivo, que apontava para a necessidade de instrução criminal em caso de dúvidas quanto à tipicidade. A alusão a tal princípio encontra-se no seguinte excerto: "*A rigor, um exame objetivo da querela há de indicar que a discussão está integralmente inserida no contexto da **liberdade de expressão**, ainda que inadequada ou deseducada*" (p. 21).<sup>42</sup>

Ou seja, se em um primeiro momento demonstrou dúvidas quanto à ofensa ao bem jurídico tutelado, não descartando definitivamente a possibilidade de configuração do crime, posteriormente afasta a tipicidade da conduta, recorrendo a princípios constitucionais. Portanto, o ministro foi conduzido da dúvida à afirmação peremptória de que "*não estão configurados os elementos caracterizadores de ato obsceno*" (p. 24), mediante o recurso a tal direito fundamental. Trata-se do seguinte raciocínio: "não há crime porque há exercício da liberdade de expressão". Como se a existência de tal direito no caso concreto fosse suficiente para elidir a prática criminosa, ignorando-se o fato de que o seu exercício pode também representar ofensa a determinados bens jurídicos protegidos pela lei penal, o que indicaria a necessidade de restrição.

Ao invocá-la como instrumento apto a desconfigurar a ocorrência de um crime, realiza, na verdade, um sopesamento entre direitos fundamentais, ainda que de forma implícita: diante da colisão entre o pudor público e a liberdade de expressão, entende que esta deve prevalecer no caso concreto.

Entretanto, não se pode perder de vista que a própria norma penal incriminadora ora analisada já consubstancia uma ponderação efetuada pelo legislador, que deu preferência à proteção da moral coletiva, restringindo o exercício da liberdade de expressão.

---

<sup>42</sup> Sem negritos no original.

Em suma, ainda que não tenha ignorado completamente a existência desta mediação legislativa, não atentou para o sopesamento nela já contido, obtendo uma relação de precedência entre os direitos fundamentais envolvidos totalmente diversa. Desvirtuou ainda a solução decorrente do raciocínio subsuntivo ao agregar-lhe a lógica do raciocínio ponderativo, com quem guarda diferenças substanciais.

Diante disso, questiono-me: uma vez reconhecida a possibilidade de tipificação de uma conduta como crime, é aceitável que se prescindia da aplicação da norma penal pela invocação de um princípio constitucional, fazendo-o prevalecer sobre a tutela já empreendida pelo legislador?

Creio que a resposta a tal indagação dependa do objetivo que norteia a utilização de tal instrumento. É, por exemplo, perfeitamente aceitável que se empregue tal expediente em sede de controle de constitucionalidade da norma penal, no qual se pretenda afirmar que esta impõe restrição exacerbada à liberdade de expressão, considerada como prevalente pela Constituição quando em colisão com o pudor público. Não é, entretanto, o que se verifica no caso sob análise, tendo em vista que o ministro não alude expressamente à inconstitucionalidade da norma, embora afaste sua aplicação sem qualquer outra justificativa aparente.

Haveria, por conseguinte, um controle de constitucionalidade difuso não expresso? Parece que o voto caminha nesse sentido. Isso porque o próprio ministro refere-se à subsidiariedade do direito penal e da atividade legislativa em geral, afirmando que, no Estado de Direito democrático, vigora a regra da liberdade, somente sendo admissível a edição de leis restritivas em caso de comprovada necessidade. Tais idéias encontram-se sintetizadas no seguinte excerto: "*É que a **presunção de liberdade**, que lastreia o Estado de Direito democrático, pressupõe um regime legal mínimo, que não reduza ou restrinja, imotivada ou desnecessariamente, a liberdade de ação no âmbito social. As leis hão de ter, pois, um fundamento objetivo, **devendo mesmo ser reconhecida a inconstitucionalidade das normas que estabelecem restrições dispensáveis***" (p. 21).<sup>43</sup>

---

<sup>43</sup> Sem negritos no original.



Ainda que não tenha se reportado de forma expressa à inconstitucionalidade da norma especificamente tratada no caso, entendo que tais considerações abstratas constituem o substrato de sua decisão. É como se afirmasse que, ao tipificar o ato obsceno como crime, o legislador ponderou os direitos fundamentais envolvidos, restringindo *desnecessariamente* a liberdade de expressão para a proteção do pudor público, tendo em vista que há outros mecanismos além do direito para solucionar questões como a em tela, do que decorreria sua inconstitucionalidade. Nesse sentido, afirma: "*os espaços não ocupados pelo legislador não são dominados pelo caos ou pelo arbítrio*" (p. 21). E ainda: "*devemos ter, talvez, uma cautela para não tentar criminalizar as condutas ou solver, mediante o direito penal, conflitos que podem ser resolvidos de outra maneira por uma sociedade madura*" (pp. 27-28).

Apenas reitero que, independentemente do acerto ou desacerto substancial, tal controle de constitucionalidade se afigura como juridicamente aceitável. O problema reside em uma decisão que afasta uma norma penal, a princípio aplicável ao caso, sem qualquer justificativa expressa. Esta é a síntese da incongruência presente no voto do ministro.

Por fim, tão somente saliento que os votos dos Ministros Carlos Velloso e Gilmar Mendes apresentam argumentações muito semelhantes, não obstante conclusões totalmente diversas. De fato, ambos em certa medida acolhem as alegações da impetração. Contudo, diante de dúvidas quanto à tipicidade da conduta, somente passíveis de elucidação com a instrução processual, o Ministro Carlos Velloso, mantendo um raciocínio eminentemente subsuntivo, denega o pedido de *habeas corpus*. O Ministro Gilmar Mendes, por sua vez, diante da referida dúvida, fornece solução bem diversa, ao agregar às considerações subsuntivas um raciocínio ponderativo, que deu prevalência à liberdade de expressão no caso concreto.

Ressalto, entretanto, que, havendo mediação legislativa consubstanciando um sopesamento entre direitos fundamentais, não cabe ao intérprete e aplicador afastá-la, conformando nova solução a partir da própria Constituição, exceto no controle de constitucionalidade, como já salientado. Isso porque esta irradiação direta de efeitos, tal como a verificada no caso sob análise, passa a representar um fator de profunda instabilidade no direito penal. Afinal, sinaliza para a possibilidade de se decidir sobre a criminalização ou não de condutas a partir de

ponderações realizadas diretamente da Constituição, prescindindo-se da mediação legislativa própria, modulada em termos muito mais precisos.

A Ministra Ellen Gracie, por sua vez, em um sucinto voto, apenas pontuou que a conduta de Gerald Thomas não ultrapassou “os limites de uma reação grosseira em relação às vaias do público”, concluindo que seu real intuito foi a mera demonstração de desprezo. Nesses termos, entendo que a ministra procurou apenas afastar a configuração de dolo específico no caso concreto. No mais, acompanha o relator enfatizando a necessidade de se proceder à instrução criminal. Não invoca qualquer direito fundamental em sua argumentação, que se valeu de instrumentos estritamente subsuntivos.

<b>Organização de Informações</b>			
<b>Ministro</b>	<b>Instrumentos</b>	<b>Forma de produção de efeitos</b>	<b>Direitos fundamentais envolvidos</b>
Carlos Velloso	Raciocínio Subsuntivo (tipicidade): - definição de conceitos - TO - ofensa ao bem jurídico tutelado - TO - dolo / elemento subjetivo especial - TS	Não invocação	Liberdade de expressão vs. pudor público, moral pública, bons costumes
Gilmar Mendes	Raciocínio Subsuntivo (tipicidade): - definição de conceitos - TO - ofensa ao bem jurídico tutelado - TO - dolo / elemento subjetivo especial - TS  Raciocínio Ponderativo: - sopesamento implícito	Efeitos diretos	
Ellen Gracie	Raciocínio Subsuntivo (tipicidade): - dolo / elemento subjetivo especial - TS	Não invocação	

### **Caso de difamação de promotora pública – Inquérito 2.154-7/DF**

#### **Data do julgamento – 17/12/2004**

Durante as problemáticas obras da via expressa da Ponte JK, a promotora pública Kátia Christina Lemos, no exercício de sua função, cobrou certa postura do então Secretário do Meio Ambiente do Distrito Federal, exigindo-lhe, sem mandado judicial, a entrega de determinados documentos. Entretanto, este pedido lhe foi negado, sob a justificativa de que tal determinação só poderia

advir do Poder Judiciário e de que, enquanto Secretário, era sua incumbência proteger os documentos solicitados de violações. Diante disso, ambos passaram a veicular pela imprensa ataques recíprocos.

Em 8 de maio de 2004, o Jornal de Brasília publicou entrevista do secretário, na qual teria acusado a promotora pública de abuso de poder, com a intenção de ferir sua reputação ao agredir sua atuação profissional. Foi-lhe então imputado pelo Procurador-Geral da República o crime de difamação, previsto no artigo 21, combinado com o artigo 23, inciso II, ambos da Lei 5250/67, com o seguinte teor:

*"Art. 21 – Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação: Pena – detenção, de 3 (três) a 18 (dezoito) meses, e multa de 2 (dois) a 10 (dez) salários mínimos da região".*

*"Art. 23 – As penas cominadas nos arts. 20 a 22 aumentam-se de um terço, se qualquer dos crimes é cometido: (...) II – contra funcionário público, em razão de suas funções".*

#### Argumentação do Ministro

O Ministro Marco Aurélio, relator do caso, argumenta que a entrevista veiculada deve ser compreendida no contexto conturbado das obras da Ponte JK, no qual cada um buscava desempenhar sua função da forma que entendia adequada. Salaria ainda que a mera afirmação de ilegalidade de ato de terceiro ou a veiculação de óptica antagônica não devem ser potencializadas a ponto de se concluir sobre a ocorrência de difamação (núcleo do tipo penal em questão), sendo imprescindíveis a compreensão e a razoabilidade. Por fim, ressalta que a controvérsia se dá entre agentes públicos, cuja tolerância quanto ao exercício da liberdade de expressão deve ser maior que no âmbito privado.

Nesses termos, conclui pela atipicidade da conduta praticada pelo então Secretário do Meio Ambiente, rejeitando a denúncia, no que foi seguido pelos demais ministros em sessão plenária.

A partir da análise desse voto, pode-se depreender que o ministro empregou instrumentos atinentes ao raciocínio subsuntivo, não se utilizando de

qualquer forma de sopesamento entre os direitos fundamentais envolvidos, quais sejam, a liberdade de expressão e a honra.

Também não buscou definir expressões abertas relacionadas ao tipo penal. Pelo contrário, partiu de uma regra já delimitada para concluir que a conduta em questão nela não se enquadrava, tendo em vista o contexto em que se inseria e os sujeitos públicos envolvidos.

Portanto, a principal ferramenta empregada pelo Ministro Marco Aurélio em seu voto consiste na verificação de preenchimento do núcleo do tipo penal e de ofensa ao bem jurídico tutelado. Diante de uma resposta negativa a tais indagações, afastou a tipicidade objetiva, necessária para a configuração do crime, o que ensejou a rejeição da denúncia.

A conclusão de inoccorrência de ofensa à honra da promotora fica evidente no seguinte trecho do voto do ministro: *"Não tenho como alcançado o perfil da atuante promotora Kátia Christina Lemos, razão pela qual excludo a possibilidade de ter como configurado o tipo difamação"* (p. 7).

Por fim, cabe ressaltar que, nessa argumentação, a referência à liberdade de expressão decorre de uma constatação lógica. Ou seja, depois de afastar a ocorrência de crime, conclui o ministro que a conduta perpetrada representa exercício da liberdade de expressão. Estamos diante do seguinte raciocínio: "não há crime, logo, há exercício da liberdade de expressão".

No seguinte excerto fica evidente que primeiro se conclui pela inoccorrência de crime, para depois se constatar que se trata de exercício da liberdade de expressão: *"Deve-se observar que a tomada de ato de terceiro como ilegal – gênero – **não beira as raias do crime contra a honra**. As pessoas que atuam como agentes públicos hão de se acostumar com a **liberdade de expressão**, não potencializando suscetibilidades que não podem sequer ser admitidas, considerando o campo privado"* (p. 7).<sup>44</sup>

A princípio, tal raciocínio poderia nos conduzir à conclusão de que só há direito à liberdade de expressão quando não configurado o crime de difamação. Reitero, entretanto, que se trata de entendimento equivocado, haja vista que o crime e a liberdade de expressão não constituem esferas excludentes. Vale dizer, na conduta criminosa há também liberdade de expressão. Nesse sentido, a

---

<sup>44</sup> Sem negritos no original.

tipificação apenas assinala que tal direito deve ser restringido em favor do bem jurídico tutelado, o que, entretanto, não representa sua total supressão.

Diante dessa explanação, concluo que os direitos fundamentais irradiam seus efeitos no caso em tela sem se prescindir do material normativo do próprio direito penal. Afinal, tal invocação de princípios decorreu da conclusão de atipicidade da conduta que, por sua vez, exigiu a análise dos dispositivos infraconstitucionais em questão. Trata-se, portanto, de uma produção indireta de efeitos.

<b>Organização de Informações</b>		
<b>Instrumentos</b>	<b>Forma de produção de efeitos</b>	<b>Direitos fundamentais envolvidos</b>
Raciocínio subsuntivo (tipicidade): - núcleo e elementos secundários – TO - ofensa ao bem jurídico tutelado – TO	Efeitos indiretos - Constatação lógica	Liberdade de expressão vs. honra

## 5. Conclusão

O presente trabalho se propôs a identificar como os direitos fundamentais são invocados pelos ministros do STF na análise da configuração de ilícitos penais. Para tanto, foi empreendida uma extensiva busca de jurisprudência no site do tribunal, definindo-se o suporte empírico sobre o qual se circunscreveu a posterior análise substancial.

Em outras palavras, a partir dos critérios delineados para a presente pesquisa, procurei depreender de que forma os direitos fundamentais irradiam seus efeitos, quando do exame da configuração de práticas criminosas pelo STF, precipuamente, no que tange à esfera da tipicidade, pautada necessariamente em um juízo de subsunção.

Neste sentido, utilizando a classificação já apresentada quanto à forma de produção de efeitos pelos direitos fundamentais (não invocação, efeitos indiretos e efeitos diretos), foi possível obter os seguintes dados:

Caso	Ministro	Forma de produção de efeitos
Partido Comunista	Edgard Costa	Efeitos indiretos – constatação lógica
Periódico Pinômino	Edgard Costa	Efeitos indiretos – respeito à ponderação legislativa
Casa do Sargento da Bahia	Mário Guimarães	Efeitos diretos
	Afrânio Antônio da Costa	Efeitos diretos
	Nelson Hungria	Não invocação
Topless	Raphael de Barros Monteiro	Efeitos diretos
Militar reformado	Sepúlveda Pertence	Efeitos indiretos – constatação lógica
O Globo X Garotinho	Sepúlveda Pertence	Efeitos diretos
	Gilmar Mendes	Efeitos diretos
	Marco Aurélio	Efeitos diretos
Ofensa às Forças Armadas	Marco Aurélio	Efeitos diretos

<b>Caso</b>	<b>Ministro</b>	<b>Forma de produção de efeitos</b>
Ellwanger	Moreira Alves	Não invocação
	Gilmar Mendes	Efeitos diretos
	Marco Aurélio	Efeitos diretos
Gerald Thomas	Carlos Velloso	Não invocação
	Gilmar Mendes	Efeitos diretos
	Ellen Gracie	Não invocação
Difamação de promotora pública	Marco Aurélio	Efeitos indiretos – constatação lógica

Interpretando tais dados, pode-se depreender que, entre os ministros isoladamente considerados, ocorreu um predomínio da utilização do modelo de efeitos diretos, com 10 ocorrências em um total de 18 votos proferidos e examinados<sup>1</sup>, indicando que tendem a ponderar novamente os diretos envolvidos no caso concreto, não obstante a existência de uma norma penal. O mesmo resultado se verifica quando se tomam os casos em bloco: 6 casos apresentam uma produção direta de efeitos e apenas 4 caracterizam-se pelo modelo indireto.

Diante de tal panorama, algumas críticas podem ser empreendidas. Primeiramente, ressalto que, na análise da configuração de ilícitos penais, especificamente no que tange à tipicidade da conduta, imprescindível é o emprego do raciocínio subsuntivo, pautado na regra já existente, sob pena de se implantar no direito penal uma profunda insegurança jurídica. Afinal, tornar a tipificação de uma conduta e, por conseguinte, a sua própria criminalização, dependente de um juízo de ponderação, que lida com estruturas muito mais abertas, ensejaria uma constante instabilidade em um ramo do direito que, mais do que qualquer outro, prima pela certeza e segurança.

Nesse sentido, diante de um raciocínio subsuntivo que concluiu pela atipicidade de uma conduta, não se mostra cabível qualquer sopesamento que pretenda construir para o caso concreto solução diversa, criminalizando

<sup>1</sup> Faço a ressalva de que nem sempre todos os votos proferidos e, por consequência, computados, constam dos acórdãos analisados. E quanto ao caso Ellwanger, saliento que foram examinados apenas os três votos referidos, embora todos os votos proferidos constem do acórdão disponível no site do STF.

novamente o comportamento. Afinal, tal procedimento produziria consideráveis mitigações no próprio princípio da legalidade.

Por outro lado, caso se conclua pela tipicidade de uma conduta, entendo ser admissível a ponderação entre os direitos fundamentais para se obter solução diversa que torne a conduta lícita, descaracterizando o crime. Mas note-se que nesta hipótese trabalharíamos na esfera da ilicitude e não na da tipicidade.

Identifico ainda outros problemas decorrentes desse emprego acentuado de princípios diretamente da Constituição em matéria penal. Afinal, sempre que se empreende um novo sopesamento entre os direitos fundamentais, afastando-se a norma penal aplicável, faz-se um controle de constitucionalidade não expresso e por via inadequada. Isso porque, independentemente do resultado obtido com a ponderação, acaba-se por analisar a compatibilidade da ponderação já consubstanciada na norma com aquela que o ministro extrai diretamente da Constituição.

Ressalto ainda outro inconveniente gerado por tal expediente, qual seja, a possibilidade de afronta à separação de Poderes. Isso porque, ao afastar uma regra penal compatível com a Constituição, empreendendo um novo sopesamento a fim de formular nova regra para o caso concreto, acaba-se por interferir no âmbito de atuação do próprio Poder Legislativo.

Não obstante essas conseqüências alarmantes, devo salientar que nem sempre o emprego de um raciocínio ponderativo pelo STF, no que tange ao exame da configuração de um delito, mostra-se apto a ensejá-las. Afinal, em grande parte dos casos que se utilizaram de tal expediente, o que se verifica é tão somente uma ponderação que se segue a um raciocínio subsuntivo, com ele concordando, do que se depreende seu papel de reforço argumentativo.

Além disso, não se pode perder de vista que, sendo o STF uma Corte com a incumbência precípua de guarda da Constituição, talvez esta referência excessiva a princípios constitucionais seja exatamente o que a sociedade espera dele, na medida em que tais alusões produzem um efeito simbólico que não pode ser ignorado.

Atento agora para a outra faceta da questão abordada no presente trabalho, qual seja, a pouca utilização do modelo de efeitos indiretos, que se apresenta como o mais adequado quando se verifica uma mediação legislativa.



Neste ponto, cabe enfatizar outro aspecto curioso, ou seja, a ausência de qualquer invocação dos direitos fundamentais visando à interpretação dos tipos penais.

Por fim, apenas esclareço que não pretendo afirmar que o STF posiciona-se inadequadamente diante da questão abordada no presente trabalho, na medida em que atribui primazia aos princípios constitucionais, afastando, por vezes, a obra do legislador. Nem tampouco pretendo afirmar que a Constituição deva ser interpretada a partir das escolhas legislativas concernentes à ponderação entre direitos fundamentais.

Pelo contrário, entendo que a lei há de ser interpretada sempre à luz da Constituição, demonstrando como a mera subsunção, sem qualquer alusão aos direitos fundamentais na análise de práticas criminosas, enquanto outro extremo, também não se sustenta. Nesse sentido, reitero que um dos papéis mais relevantes desempenhado pelos direitos fundamentais, na matéria, é o auxílio à interpretação das normas infraconstitucionais, devendo-se proceder com cautela diante de uma irradiação direta de efeitos, mormente na esfera penal.

## Bibliografia

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal – Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos – Constituição, racismo e relações internacionais*. Barueri: Manole, 2005.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do Direito – os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. "O proporcional e o razoável". *Revista dos Tribunais* 798 (2002): 23-50.

\_\_\_\_\_. "Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção". *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1 (2003): 607-630.

### Acórdãos analisados

Apelação Criminal 1.509/SP

Petição 2.702-7/RJ

RMS 2.371/MG

HC 83.125-7/DF

RE 26.350/DF

HC 82.424-2/RS

RHC 50.828/Guanabara

HC 83.996-7/RJ

HC 75.676-0/RJ

Inquérito 2.154-7/DF