



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA CULTURA
COORDENAÇÃO-GERAL JURÍDICA DE POLÍTICAS CULTURAIS
ESPLANADA DOS MINISTÉRIOS BLOCO B, 3º ANDAR

PARECER n. 00556/2018/CONJUR-MINC/CGU/AGU

NUP: 01400.000280/2016-81

**INTERESSADOS: COORDENAÇÃO DE ACOMPANHAMENTO DO PROCESSO LEGISLATIVO
(COLEG/MINC)**

ASSUNTOS: PLANOS, PROGRAMAS E PROJETOS DE TRABALHO

EMENTA: I - Ato normativo. II - Projeto de lei para alteração do art. 287 do Código Penal. III - Inclusão de causa excludente de ilicitude no delito de apologia ao crime ou criminoso, quando se tratar de manifestação de natureza artística. IV - Evidencia-se o posicionamento da Suprema Corte acerca da amplitude da liberdade de expressão e o contexto histórico do art. 287 do Código Penal a fim de auxiliar da tomada de decisão pelos gestores desta Pasta.

1. Trata-se de análise do Projeto de Lei n.º 3.291, de 2015, que pretende "*instituir causa excludente de ilicitude no delito de apologia de crime ou criminoso*", de autoria do Deputado Bacelar (Seq. 6).
2. Os autos encontram-se instruídos com manifestações da Secretaria de Fomento e Incentivo à Cultura - SEFIC, da Coordenação-Geral de Mobilização - CGMOB e da Secretaria de Cidadania e da Diversidade Cultural - SCDC.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

3. Preliminarmente, deve-se ressaltar que o exame desta Consultoria Jurídica dar-se-á nos termos do artigo 11, inciso V, da Lei Complementar nº 73, de 1993, subtraindo-se ao âmbito da competência institucional do Órgão Consultivo a apreciação de elementos de ordem técnica, financeira ou orçamentária, bem como avaliação acerca da conveniência e oportunidade da prática de atos administrativos, restringindo-se ao assessoramento jurídico a fim de auxiliar o gestor no seu posicionamento. Portanto, realizar-se-á uma breve análise da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do entendimento dos juristas penais sobre a polêmica em torno do conflito existente entre a liberdade de expressão e a sua possível limitação por parte do art. 287 do Código Penal.
4. A Constituição Federal refere-se à liberdade de expressão em diversas passagens como ao dizer que é "*livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato*", previsto no art. 5.º, inciso IV, bem como ao assegurar "*a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional*", por meio do inciso XIV do mesmo artigo. Tem-se, ainda, o inciso VI, que garante a liberdade religiosa e o inciso IX, que dispõe sobre **a liberdade intelectual, artística, científica ou da comunicação, independentemente de censura e licença**.
5. É cediço que a liberdade de expressão, dada a sua abrangência, não se restringe a Direitos e Garantias Fundamentais, mas permeia a Carta Constitucional em diversos momentos como ao se referir à Ordem Social, para garantir a "**manifestação do pensamento, a criação, a expressão, e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo**", à luz do artigo 220, reforçado pelos §§1.º e 2.º da Carta Magna, que assevera "*Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.*", bem como veda "*toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística*".
6. Em que pese a liberdade de expressão não se limite aos trechos supramencionados, já é possível dimensionar a importância a ela conferida pelo Constituinte de 1988, posto ser esta um dos alicerces do regime democrático, que consiste em garantir a expressão de sentimentos, informações, opiniões, críticas, crenças, convicções, de maneira ampla e irrestrita, em diversos segmentos como política, moral, ciência, arte, jornalismo, história, etc.

7. A conceitualização da liberdade de expressão está diretamente atrelada ao valor da dignidade da pessoa humana, permeando diversos valores como a liberdade profissional, livre iniciativa econômica, credo, direito de propriedade, dentre muito outros. Funciona como um direito em face do estado para garantir a expressão de ideias e pensamentos, ainda que contrário ao dos detentores de poder, demonstrando uma reação ao histórico totalitário do regime militar pretérito.

8. Há que salientar se tratar de um movimento mundial que tem como origem a própria Revolução Francesa e a Declaração dos Direitos do Homem ou do Cidadão, a qual defende *“a livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei”*, mais tarde recepcionada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU e pela Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica).

9. Nesse sentido, a tendência de se abolir a censura prévia, ressalvada a possibilidade de responsabilidades ulteriores, corresponde a um processo compartilhado mundialmente e concretizado pela Constituição Federal de 1988, que estabelece limites e restrições à liberdade de expressão por outros direitos fundamentais e da personalidade consagrados constitucionalmente tais como honra, imagem, dignidade da pessoa humana. Assim, eventual violação a direitos fundamentais causados pela liberdade de expressão são passíveis de responsabilização civil ou criminal.

10. Por outro lado, destaca-se, o cunho restritivo da seara penal, que segundo o princípio da lesividade do delito, devem ser criminalizadas apenas as condutas mais lesivas e reprováveis a determinados bens jurídicos caros à sociedade, como garantia de liberdade em um Estado Democrático de Direito, deixando as questões de menor lesividade para os outros ramos do direito.

11. Nesse sentido, o art. 287 do Código penal, que prevê como crime *“fazer, publicamente, apologia de fato criminoso ou de autor de crime”*, cominando pena de detenção, de três a seis meses, ou multa, gera grande polêmica quanto à restrição da liberdade de expressão, pela possível criminalização da mera manifestação de opinião que possa dar margem à apologia de crime ou criminoso, posto que tal dispositivo, contraria o preceito previsto no art. 5.º, inciso VIII, da Carta Magna, que veda a privação de direitos por motivos de crença religiosa, convicção filosófica ou política, estabelecendo um censura velada no ordenamento pátrio.

12. Trata-se de crime contra a paz pública previsto pela primeira vez no Código Penal de 1940, quando da vigência da ditadura do Estado Novo, implantada por Getúlio Vargas, com a outorga da Constituição de 1937. Logo, não há como negar o cunho moralista e totalitário do dispositivo, que punir a simples manifestação de opinião.

13. Muitos penalistas defendem que o artigo 287 do Código Penal, não se encaixa nos moldes de um Estado Democrático de Direito, não tendo sido recepcionado pela Constituição de 1988, por incriminar a manifestação de um pensamento, o que vai na contramão dos valores da Carta de 1988 ao defender a liberdade de expressão e o pluralismo político.

14. Para Celso Delmanto¹, o legislador, ao tipificar a "Apologia de Crime ou Criminoso", tipifica meros atos preparatórios como crimes, podendo levar à punição uma mera intenção. Todavia, a mera intenção não tem o condão de afetar o bem jurídico tutelado, qual seja a paz pública. De fato, sacrifica-se o Estado Democrático de Direito e as liberdades individuais pela excessiva repressão estatal, ao punir a "mera intenção". Tal postura não se coaduna com a ideia de Direito Penal mínimo, o qual somente deve ser acionado para reprimir condutas de elevadíssimo potencial ofensivo.

15. No mesmo sentido, César Roberto Bittencourt² destaca ser este tipo penal como uma espécie de instigação à repressão autorizada pelo nosso Código Penal. Discorre o doutrinador que seria mais efetivo que o Estado formulasse políticas públicas esclarecedoras, fomentando o debate e a reflexão, ao invés de criminalizar condutas vagas. Destaca ser o artigo 287 do Código Penal o retrato de uma época de grande censura no Brasil, quando tal dispositivo era utilizado como instrumento de perseguição política, sob o fundamento da perturbação da ordem pública.

16. Nesse ponto, cumpre salientar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal que dá destaque à liberdade de expressão quando esta é confrontada com outros direitos e princípios constitucionais, em razão de seu papel fundamental na promoção da democracia e pluralismo político. A título de exemplo cita-se: i) a ADPF 130, que reconheceu a não recepção da Lei de Imprensa n.º 5.250, de 1967, editada durante o regime militar, para enaltecer a liberdade de informação jornalística; ii) a ADI 4.451 que não permitiu o humor em desfavor de candidatos, nas emissoras de rádio e TV, tão somente durante o período eleitoral, ressaltando que o "humor jornalístico" inclui o pensamento crítico de informações e criação artísticas; e iii) a ADPF 187, que conferiu proteção ao direito da realização da "Marcha da Maconha", ao defender o relevante caráter da liberdade de expressão, fundada na proteção da dignidade da pessoa humana, observada a proporcionalidade, para dar cumprimento ao disposto no art. 5.º, inciso IX e 220, §2º da Constituição, facultando a censura a posteriori, *in verbis*:

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

(...)

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

(...)

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.

17. Ao analisar a ADPF 187/DF, o Supremo Tribunal Federal tratou justamente do conflito entre a restrição da liberdade de expressão e repressão penal por possível apologia às drogas, ante o impedimento da realização de passeatas pela descriminalização do uso da maconha, por meio de diversas decisões judiciais, sob o fundamento de que os manifestantes incorreriam no crime do art. 287 do Código Penal.

18. Restou decidido pela Suprema Corte, por unanimidade, a procedência do pedido, para dar, ao art. 287 do Código Penal, com efeito vinculante, interpretação conforme à Constituição, *"de forma a excluir qualquer exegese que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos"*.

19. O voto do Ministro Celso de Mello, seguido integralmente pelos colegas enfatizou que a mera proposta de descriminalização de determinado ilícito penal não se confunde com o ato de incitação à prática do delito nem com o de apologia de fato criminoso. *"O debate sobre abolição penal de determinadas condutas puníveis pode ser realizado de forma racional, com respeito entre interlocutores, ainda que a ideia, para a maioria, possa ser eventualmente considerada estranha, extravagante, inaceitável ou perigosa"*, ponderou.

20. Vê-se que o Supremo diferenciou a liberdade de expressão da apologia de fato criminoso ou seu autor ao deixar claro que o debate sobre determinado crime, com o intuito de sensibilizar a comunidade quanto a determinado tema, não se confunde com o cometimento do crime. Portanto, verifica-se que o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, homenageia o Estado Democrático de Direito ao enaltecer a expressão do pensamento, ainda que politicamente incorreto.

21. De igual maneira, a arte como manifestação do pensamento gera polêmica quanto a seus limites. Tal realidade é experienciada não só no Brasil, mas também no Direito Comparado. Em que pese a liberdade artística esteja assegurada no artigo 5.º, inciso IX, da Constituição Federal, que assegura ser *"livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença"*, esta se encontra intimida em normativos como o art. 287 do Código Penal, eis que já existem outros limites à liberdade artística, que não configuram censura, mas balizas para a coexistência de valores e princípios, sem que se atinja a liberdade de expressão, como a prévia informação sobre a natureza e faixa etária da arte, obra ou exposição, a fim de proteger crianças e adolescentes, bem como locais e horários adequados.

22. É assente que o conceito de arte é muito amplo e mutável, de forma que a liberdade artística adequa-se à ideologia da época, do local e do contexto em que praticada, estimulando o debates e a reflexão. Portanto, deve-se **proteger a liberdade de expressão, em especial a liberdade artística**, por funcionar como instrumento de evolução de ideias e desenvolvimento cultural.

CONCLUSÃO

23. Ante o exposto, constata-se a inexistência de óbice formal ou material capaz de inviabilizar o projeto de lei em exame, cujos valores vão ao encontro do entendimento do Supremo Tribunal Federal em privilegiar a liberdade de expressão quando esta é confrontada com outros valores e princípios constitucionais.

À consideração superior.

Brasília, 17 de setembro de 2018.

DANIELLE TELLEZ
PROCURADORA FEDERAL

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

[2] BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. 17. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012a, p. 420.

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 01400000280201681 e da chave de acesso 92478a

Documento assinado eletronicamente por DANIELLE JANDIROBA TELLEZ, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 171185909 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): DANIELLE JANDIROBA TELLEZ. Data e Hora: 21-09-2018 16:17. Número de Série: 13959620. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv4.
