

O princípio da legalidade e a liberdade de expressão em matéria penal: análise do artigo 233 do Código Penal e do *Habeas Corpus* 83.996-RJ

The principle of legality and the right to freedom of speech regarding penal matters: analysis of the article 233 of the Penal Code and the Habeas Corpus 83.996-RJ

Gustavo Henrique de Oliveira¹

José Antônio Remedio²

¹ Doutor e Mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo. Professor de Graduação da Universidade São Francisco (USF). Advogado.

² Pós-doutor em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP (2019). Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP (2006). Mestre em Direito do Estado pela Universidade Metodista de Piracicaba - UNIMEP (2000). Graduado em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba - UNIMEP (1984). Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo aposentado. Advogado e Consultor Jurídico.

RESUMO

A pesquisa objetiva analisar a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* 83.996-RJ, que trancou a ação penal ajuizada contra o diretor teatral Gerald Thomas Siemers pela prática do crime de ato obsceno e como esse caso pode auxiliar no julgamento do Recurso Extraordinário 1.093.553/RS, interposto contra decisão da 1ª Turma Recursal Criminal dos Juizados Especiais Criminais do Estado do Rio Grande do Sul. A Corte Suprema, no *Habeas Corpus* 83.996-RJ, trancou a ação penal, sob o fundamento de que o ato de protesto do diretor teatral foi praticado nos limites da liberdade de expressão. O método utilizado é o hipotético-dedutivo. Conclui que a decisão do Supremo Tribunal Federal, ao acolher a prevalência do direito à liberdade de expressão e trancar a ação penal, utilizou-se do fenômeno da constitucionalização do direito penal, o que confere maior garantia à lei penal.

Palavras-chave: Ato obsceno, *Habeas Corpus*, Liberdade de expressão, Princípio da legalidade, Constitucionalização do Direito.

ABSTRACT

The research aims to analyze the decision of the Federal Supreme Court in Habeas Corpus 83.996-RJ, which dismissed the criminal action brought against theater director Gerald Thomas Siemers for the crime of obscene acts, and how this case can help in the judgment of Extraordinary Appeal 1.093.553/RS, brought against the decision of the 1st Criminal Appeal Panel of the Special Criminal Courts of the State of Rio Grande do Sul. The Supreme Court, in Habeas Corpus 83.996-RJ, dismissed the criminal action on the grounds that the theatrical director's act of protest was carried out within the limits of freedom of expression. The method used is hypothetical-deductive. It concludes that the Supreme Court's decision, in accepting the prevalence of the right to freedom of expression and dismissing the criminal action, made use of the phenomenon of the constitutionalization of criminal law, which gives greater guarantees to criminal law.

Keywords: Obscene act, Habeas Corpus, Freedom of speech, Principle of legality, Constitutionalization of the law.

INTRODUÇÃO

A pesquisa tem por objeto analisar o princípio da legalidade no âmbito do Direito Penal, tendo como pano de fundo a decisão proferida no *Habeas Corpus* 83.996-RJ, que decidiu pelo trancamento da ação penal ajuizada contra Gerald Thomas Sievers, por ter em tese praticado o crime de ato obsceno, delito esse previsto no artigo 233 do Código Penal e como esse caso pode auxiliar no julgamento do Recurso Extraordinário 1.093.553/RS, interposto contra decisão da 1ª Turma Recursal Criminal dos Juizados Especiais Criminais do Estado do Rio Grande do Sul que, em controle difuso de constitucionalidade, reconheceu a inconstitucionalidade do artigo 233 do Código Penal com fundamento na violação ao princípio da taxatividade.

Segundo consta da denúncia ofertada pelo Ministério Público e que deu origem ao *Habeas Corpus* objeto de análise na presente pesquisa, no dia 17 de agosto de 2003, por volta das 2,00 horas, no interior do Teatro Municipal do Rio de Janeiro, localizado na Avenida Rio Branco, nº 199, Centro, Município do Rio de Janeiro, o denunciado, diretor da ópera “Tristão e Isolda”, cuja apresentação ocorria no mencionado local, após o término do espetáculo e ao ouvir vaias manifestadas por parte do público, teria praticado ato obsceno consistente em simular uma masturbação; na sequência, fora do contexto teatral, teria virado de costas para a plateia, abaixado as calças até a altura dos joelhos, arriado sua cueca e mostrado as nádegas para os espectadores presentes; assim agindo, o diretor teatral, livre e conscientemente, teria praticado atos obscenos em lugar aberto ao público, estando em tese incurso nas sanções previstas no artigo 233¹ do Código Penal.

A denúncia foi recebida pelo Juízo, o que ensejou por parte do denunciado sua irresignação junto ao Colégio Recursal do Poder Judiciário do Rio de Janeiro, e, não obtendo êxito, ingressou com pedido de *Habeas Corpus* junto ao Supremo Tribunal Federal - STF, objetivando o trancamento da ação penal contra ele ajuizada.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal houve discussão a respeito da possibilidade do trancamento da ação penal sem dilação probatória, tendo sido acolhida a tese da atipicidade da conduta, apesar de, formalmente, o ato praticado se amoldar ao tipo penal incriminador descrito no artigo 233 do Código Penal, pois em tese fora praticado um ato obsceno, em local público e exposto às pessoas que ali estavam

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

presentes, tendo a Corte Suprema decidido pela atipicidade do fato, entendendo estar ele muito mais ligado à manifestação da liberdade de expressão do que à prática de um ato ofensivo ao pudor.²

O acórdão do Supremo Tribunal Federal chama bastante a atenção e traz a possibilidade de discussão sobre os limites do princípio da legalidade, basicamente em função de dois motivos, quais sejam: primeiramente, a adoção de um princípio da legalidade que se consubstancie em uma segurança ao indivíduo de saber, aprioristicamente, o que é ou não é infração penal acaba sofrendo um enfraquecimento nessa garantia, em nosso sistema jurídico, em virtude da existência dos tipos penais abertos; em segundo lugar, a constitucionalização do direito, por outro lado, possibilita, a nosso ver, um fortalecimento da segurança que se visa obter com o princípio da legalidade diante dessa circunstância, porquanto ocorrerá uma interpretação enriquecida dos tipos penais que, obrigatoriamente, deverão observar os direitos fundamentais.

No tocante à estrutura, a pesquisa terá início com a análise do debate sobre a constitucionalização do Direito Penal e suas consequências na aplicação do Direito infraconstitucional; em seguida, tratar-se-á do Jusnaturalismo, do Positivismo e do Pós-positivismo; a seguir, abordar-se-á a questão relativa aos direitos fundamentais e o princípio da legalidade na Constituição Federal de 1988 e, por fim, será feita uma análise do princípio da legalidade ou da reserva legal e seus desdobramentos no sistema jurídico, verificando em que termos, e se, na prática, o preceito representa uma garantia à liberdade do cidadão.

O método utilizado é o hipotético-dedutivo, com base na legislação, doutrina e jurisprudência.

Tem-se como hipótese, que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar procedente o *Habeas Corpus* 83.996-RJ, impetrado pelo diretor teatral Gerald

² Conforme ementa do *Habeas Corpus* 83.996-RJ, tendo o Ministro Gilmar Mendes como Relator para o Acórdão (BRASIL, 2005):

“*Habeas corpus*. Ato obsceno (art. 233 do Código Penal). 2. Simulação de masturbação e exibição das nádegas, após o término de peça teatral, em reação a vaias do público. 3. Discussão sobre a caracterização da ofensa ao pudor público. Não se pode olvidar o contexto em que se verificou o ato incriminado. O exame objetivo do caso concreto demonstra que a discussão está integralmente inserida no contexto da liberdade de expressão, ainda que inadequada e deseducada. 4. A sociedade moderna dispõe de mecanismos próprios e adequados, como a própria crítica, para esse tipo de situação, dispensando-se o enquadramento penal. 5. Empate na decisão. Deferimento da ordem para trancar a ação penal. Ressalva dos votos dos Ministros Carlos Velloso e Elen Gracie, que defendiam que a questão não pode ser resolvida na via estreita do *habeas corpus*”.

Thomas Sievers, dando prevalência ao direito à liberdade de expressão na interpretação do que seria ato obsceno, previsto no artigo 233 do Código Penal, revela a consagração da constitucionalização do direito penal em nosso sistema jurídico, bem como, em certa medida, expõe a segurança que deve nortear a atuação do Poder Judiciário em matéria penal.

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL

Em virtude da grande influência que possui em todo o sistema normativo, a Constituição Federal, modernamente, passa a ocupar juridicamente um papel de maior destaque na aplicação e nos destinos do Direito Penal.

Um dos pilares básicos da Constituição “é o dever de observar a prevalência dos direitos humanos e a *preservação da dignidade da pessoa humana*, conforme expresso no inciso II do art. 4º da Carta Constitucional” (GOMES; ALMEIDA, 2018, p. 92).

A repercussão da Constituição Federal sobre a disciplina dos tipos penais incriminadores e das penas é ampla, imediata e direta (BARROSO, 2022, p. 129).

Essa maneira de pensar o Direito nada mais é que uma releitura do Código Penal e das leis penais especiais pela ótica da Constituição, ou seja, com os valores previstos constitucionalmente que ingressaram no ordenamento jurídico por meio dos princípios constitucionais (MOREIRA, 2017, p. 157).

Da nossa Lei Maior defluem princípios fundamentais do Direito Penal, sendo o primeiro e básico o da dignidade da pessoa humana, que traz como consequência a proibição de desrespeito à integridade física e moral do preso e do condenado, das penas cruéis e de caráter perpétuo, da pena de morte. Outros princípios fundamentais, garantidores do indivíduo contra o arbítrio do Estado, são os da legalidade, da não retroatividade, da individualização da pena e da proporcionalidade (REALE JÚNIOR, 2020, p. 19).

O fenômeno de constitucionalização do Direito Penal se expressa principalmente pela maior amplitude interpretativa dos institutos penais (ROJAS, 2020, p. 287). Vale dizer, a Constituição Federal, utilizada como meio interpretativo do sistema jurídico, revela a necessidade de uma maior preocupação, por parte do operador do Direito, no momento de se extrair a norma jurídica, com a aplicação de princípios constitucionais

que constituem a porta de entrada de valores ético-jurídicos enaltecidos, notadamente, da pessoa humana.

A constitucionalização do Direito está intimamente conectada ao reconhecimento da força normativa da Lei Maior que, durante décadas, foi considerada apenas um documento político que necessitava da intermediação do legislador para a produção de efeitos vinculantes. Ou seja, enquanto não se manifestasse o direito reconhecido na Carta Magna por meio de lei infraconstitucional, os seus preceitos eram considerados apenas conselhos (OLIVEIRA, 2015, p. 26).

De acordo com Luigi Ferrajoli (2014, p. 21):

A rigidez das constituições aprovadas na Itália e na Alemanha depois da guerra, e posteriormente na Espanha e em Portugal depois da queda das ditaduras, modificou, radical e simultaneamente, as condições de validade das leis e a estrutura da democracia. Colocando no vértice da hierarquia das fontes as normas constitucionais, estas tornaram vinculantes, em relação à legislação, as expectativas universais em que consistem os direitos por elas estabelecidos: como expectativas negativas da não lesão dos direitos de liberdade e como expectativas positivas da satisfação dos direitos sociais.

Luís Roberto Barroso aduz que o século XX presenciou uma das grandes alterações de paradigma, que se refletiu no reconhecimento à norma constitucional de *status* de norma jurídica. Essa alteração representou a superação do modelo vigente na Europa, até meados do século passado, em que a Carta Magna não tinha força normativa, porque era considerada somente um documento político, sendo um convite à atuação dos Poderes Públicos. A efetivação de seus comandos condicionava-se ao possível desempenho do legislador ou à discricionariedade do administrador (BARROSO, 2022, p. 93).

Como explicita Luigi Ferrajoli acerca das transformações das constituições depois da segunda guerra mundial (2016, p. 371).³

³ Tradução livre: Para compreender esta mudança de paradigma na democracia, temos de compreender, em toda a sua magnitude, a transformação da legalidade produzida pela rigidez das constituições, ou seja, o reconhecimento da constituição como norma suprema, à qual todos os outros estão rigidamente subordinados. Graças a esta rigidez, a legalidade muda a sua natureza: já não é apenas condicionante e disciplinadora, mas é ela própria condicionada e disciplinada por restrições legais que já não são apenas formais, mas também substanciais; já não é simplesmente um produto da legislatura, mas é também o desenho constitucional da lei a produzir e, portanto, um limite e um constrangimento, como lei sobre a lei, sobre o próprio legislador.

Per comprendere questo mutamento di paradigma della democrazia dobbiamo capire, in tutta la sua portata, la trasformazione della legalità prodotta dalla rigidità delle costituzioni, ossia dal riconoscimento della costituzione come norma suprema, alla quale tutte le altre sono rigidamente subordinate. Grazie a questa rigidità, la legalità cambia natura: non è più solo condizionante e disciplinante, ma è essa stessa condizionata e disciplinata da vincoli giuridici non più solo formali ma anche sostanziali; non è più semplicemente un prodotto del legislatore ma è anche progettazione costituzionale del diritto da produrre e dunque limite e vincolo, quale diritto sul diritto, al legislatore medesimo.

Com o final da Segunda Guerra Mundial, em razão das atrocidades ocorridas durante esse conflito, iniciou-se em escala mundial a reconstrução dos direitos humanos, que se espraiou por todos os documentos internacionais e pelos sistemas jurídicos democráticos, fato este que foi muito bem assimilado por nossa Lei Suprema em seu artigo 1º, III, ao tratar da dignidade da pessoa humana, sendo considerada, ainda, como um dos fundamentos da República. Essa dignidade humana impõe limitações e cria obrigações de fazer para o Estado, com a finalidade de atender às necessidades essenciais da vida do ser humano. Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana conduz à despatrimonialização do Direito e à sua conseqüente repersonalização, enaltecendo os valores existenciais e espirituais da pessoa, assim como a promoção e o reconhecimento dos direitos da personalidade, tanto em sua dimensão psíquica como física (BARROSO, 2007, p. 232-233).

Como é cediço, a Alemanha de Hitler, para poder implementar os seus planos e as barbaridades cometidas, retirou o princípio da legalidade de seu ordenamento.

O princípio da dignidade da pessoa humana se irradia por todo o sistema jurídico, influenciando o modo de se aplicar o direito em todos os seus setores, uma vez que é fundamento do Estado Democrático de Direito. Dessa forma, o Direito Penal, por ser um ramo do Direito que toca demasiadamente na dignidade do indivíduo, também deve sofrer os influxos da Constituição Federal.

A constitucionalização do direito pode ter uma função extremamente positiva na interpretação e aplicação do Direito Penal, uma vez que, ao inserir os princípios constitucionais no trabalho do hermenauta, possibilitará uma valorização maior do ser

humano, impedindo, notadamente nos tipos penais abertos - como é o caso do crime de praticar ato obsceno - que a interpretação dos elementos normativos do tipo criminalize condutas amparadas pelos direitos fundamentais.

O enfraquecimento natural da garantia conferida pelo princípio da legalidade nos tipos penais abertos pode ser mitigada pela inserção dos direitos fundamentais na interpretação dos tipos penais, deixando a pessoa menos suscetível de sofrer agressões de um Estado que deve ter o princípio da intervenção mínima como um de seus postulados.

Esse, em nosso entender, é o caminho que deve seguir o STF no julgamento do Recurso Extraordinário 1.093.553/RS, interposto contra decisão da 1ª Turma Recursal Criminal dos Juizados Especiais Criminais do Estado do Rio Grande do Sul que, em controle difuso de constitucionalidade, reconheceu a inconstitucionalidade do artigo 233 do Código Penal, tendo como principal fundamento a violação ao princípio da taxatividade.

JUSNATURALISMO, POSITIVISMO E PÓS-POSITIVISMO: CONSEQUÊNCIAS NA HERMENÊUTICA JURÍDICA

Durante séculos, conforme Luís Roberto Barroso, a Filosofia do Direito se expressava no Jusnaturalismo, tanto o de influência religiosa quanto o Jusnaturalismo moderno ou de influência racional. Essa Filosofia do Direito divulgava a ideia de que as pessoas possuem direitos que não precisam necessariamente ser reconhecidos pelo Estado para que tenham força cogente. Em virtude da ideia universal de justiça, há direitos que são inerentes à condição humana. O Jusnaturalismo manteve-se altamente prestigiado, ainda no final do século XIX, quando entrou em decadência, com o surgimento do Positivismo Científico e depois com o Positivismo Jurídico (BARROSO, 2022, p. 84-86).

O Positivismo, para fugir das categorias abstratas do Jusnaturalismo, que dificultavam a segurança jurídica, deixou demonstrado que o Direito não se misturaria com qualquer outra ciência humana, pois teria por escopo apenas o estudo da norma jurídica, relegando para outros ramos do conhecimento o estudo da legitimidade, da justiça e da ética (OLIVEIRA, 2015, p. 34).

Nas lições de Schier (2007, p. 199-200):

Viveu-se, no Direito, por longos e longos anos, sob o quarto escuro e empoeirado do positivismo jurídico. Sob a ditadura dos esquemas lógico-subsuntivos de interpretação, da separação quase absoluta entre direito e moral, da ideia do juiz neutro e passivo, da redução do direito a enunciados lingüísticos, da repulsa aos fatos e à vida em relação a tudo que se dissesse jurídico, da separação metodológica e cognitiva entre sujeito e objeto de interpretação, da prevalência sempre inafastável das opções do legislador em detrimento das opções da constituição e da criatividade hermenêutica do juiz, da negação de normatividade aos princípios e, assim, em grande parte, à própria Constituição.

A separação conceitual entre a moral e o Direito é uma característica do positivismo jurídico denominado metodológico, ou seja, aquele modo de ver segundo o qual o Direito pode ser descrito e identificado cientificamente sem valorações morais (GUASTINI, 2010, p. 57).

Com esse pensamento o Direito fundamentou-se até o final da Segunda Guerra Mundial, quando se descortinou para o mundo a realidade de que o direito nem sempre é um meio voltado para a conquista da paz social e felicidade das pessoas. A humanidade enxergou que o nazismo, na Alemanha, e o fascismo, na Itália, implantaram-se em nome da lei e sobre a proteção da legalidade, de forma que todas as atrocidades cometidas nesse período ocorreram visando ao cumprimento da norma jurídica (BARROSO, 2022, p. 86).

O que restou evidenciado a partir desses fatos históricos foi o seguinte: a lei fundamentada tão somente no Positivismo, podia também ser instrumento de injustiças e catástrofes, provocando o repensar desse modelo, então predominante na Filosofia do Direito, pois a lei e o direito se confundiam. Nessa fase do Direito vigorava a letra fria e literal da lei, sem a possibilidade de discussões acerca da justiça da norma ou da sua compatibilidade com a tábua axiológica da sociedade receptora daquele ordenamento jurídico em vigor (PORTELA, 2009, p. 42).

De acordo com Oliveira (2015, p. 36):

Como é sabido e consabido, o formalismo da teoria pura do direito não abre espaço para discussões em torno do conteúdo da norma. Nessa linha, se a norma fosse válida deveria ser aplicada sem questionamentos, ainda que fosse considerada injusta ou até mesmo absurda. É curial esclarecer que foi essa a linha de defesa usada pelos subordinados de Hitler, no transcorrer de seus julgamentos perante o Tribunal de Nuremberg.

Após essas ocorrências, começou um processo histórico revolucionário de construções teóricas e filosóficas que atracaram no Pós-positivismo, que basicamente expressa que o Direito não é apenas o que está escrito no texto normativo. Há valores implícitos e explícitos reconhecidos pelo grupo social que também integram o Direito. O Pós-positivismo não representou uma volta ao Jusnaturalismo. Na realidade, o Pós-positivismo reconheceu, em um primeiro momento, que os valores sociais deveriam fazer parte da interpretação jurídica. Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a integridade física e outros muitos direitos, mesmo quando não positivados, devem ser interpretados e aplicados pelos operadores do Direito (OLIVEIRA, 2015, p. 36-37).

Assim, e considerando o acórdão do Supremo Tribunal Federal objeto da presente pesquisa, verifica-se que a interpretação final, dada ao tipo penal incriminador insculpido no art. 233 do Código Penal, levou em consideração o direito fundamental correspondente à manifestação da liberdade de expressão, para afastar a incidência, no caso concreto, da elementar correspondente ao ato ofensivo ao pudor, tornando atípica, por conseguinte, a conduta do paciente do *Habeas Corpus*.

O Pós-positivismo identifica que há valores consagrados e espalhados pela sociedade que precisam ser reconhecidos pelo jurista, mesmo quando não estejam positivados no ordenamento jurídico.

Em trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes, no caso retratado, em consonância com essa interpretação mais abrangente divulgada pela ideia da constitucionalização do Direito, constou que (BRASIL, 2005):

Não quer me parecer que, na hipótese, esteja configurado o crime de que cuida a denúncia. No caso em apreço, ainda que se cuide, talvez, de manifestação deseducada e de extremo mau gosto, tudo está a indicar um protesto ou uma reação – provavelmente grosseira – contra o público. (...) 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 e deseducada. (...) ‘À falta de conceito legal do que é pornográfico, obsceno ou contrário aos bons costumes, a autoridade deverá guiar-se pela consciência de homem médio de seu tempo, (...) o conceito de obsceno, imoral, contrário aos bons costumes é condicionado ao local e à época...

Consigne-se que o ordenamento jurídico necessita de elementos que vão muito além da simples leitura do texto normativo, porquanto o Direito é um sistema que sofre ingerência de diversos elementos que dão vida e permitem o seu progresso, com a

finalidade de atingir melhor os seus objetivos, desde que dessa atividade não resulte, por óbvio, para a proteção do indivíduo, na incriminação de condutas não desejadas pelo legislador.

Nessa linha de evolução da ciência jurídica, a lei não pode mais ser vista como sinônimo do Direito. A lei direciona para os possíveis e razoáveis caminhos a serem seguidos pelo hermenauta, a fim de obter o melhor resultado na interpretação do texto normativo. Entretanto, indubitavelmente, a boa e justa implementação do texto jurídico dependerá da sensibilidade do intérprete em considerar os valores fundamentais incorporados pela sociedade e não retirar do texto da lei a sua regra literal desprovida da tábua axiológica.

É axiomático que, para o Direito Penal, isso não pode provocar o surgimento de infrações penais não recepcionadas pela rigidez do princípio da legalidade e seus desdobramentos, como o princípio da taxatividade. Contudo, dada a amplitude interpretativa das palavras e suas consequências para hermenêutica jurídica, pode-se afirmar que há sempre espaço para a inserção de valores sociais no trabalho do operador do Direito.

A constitucionalização do Direito Penal não representa uma afronta ao princípio da legalidade, uma vez que a utilização dos princípios constitucionais na interpretação dos tipos penais será direcionada para o máximo respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, e não para a criação de novas figuras penais. Não se pode esquecer que, no catálogo dos direitos fundamentais individuais trazidos por nossa Lei Suprema, no artigo 5º, *caput*, após a vida, o valor mais importante tutelado por nosso sistema jurídico é a liberdade. É da dignidade da pessoa humana que se irradiam todos os direitos fundamentais.

O princípio da liberdade aduz que esta somente pode ser restringida caso ocorra efetiva ofensa a bem jurídico e de maneira proporcional à importância social conferida ao valor atingido (REALE JÚNIOR, 2020, p. 20).

Sob nossa ótica, foi essa interpretação efetivada pelos votos vencedores do acórdão em debate.

O jurista, na lição de Calamandrei (1999, p. 192), não pode ser um conservador de antigas fórmulas ultrapassadas, como se fosse um funcionário de um museu de

antiguidades: é um intérprete dos tempos vigilante e vivo, que entende as exigências humanas, traduzindo-as em tipos de convivência ordenada.

Peter Harbele explicita que a “interpretação é um processo aberto. Não é, pois, um processo de passiva submissão, nem se confunde com a recepção de uma ordem. A interpretação conhece possibilidades e alternativas diversas” (HABERLE, 2002, p. 30).

Não se pode esquecer, nesse caso, que as premissas básicas do Direito Penal impedem uma função mais criativa do operador do Direito no sentido de criminalizar condutas compatíveis com os anseios sociais.

Essa possibilidade de movimentação do operador da lei no momento de aplicá-la também encontra razão de ser no preceito secundário da norma penal incriminadora, o que de forma alguma pode ser considerado uma afronta à garantia do princípio da legalidade para o Direito Penal.

No entendimento de Mariângela Gama de Magalhães Gomes (2003, p. 158):

Caso o princípio da legalidade fosse levado ao seu extremo, no sentido político de representar importante freio ao arbítrio judicial na aplicação das leis, o mais elevado grau de precisão legal sobre a quantidade de pena a ser aplicada no caso concreto seria assegurado por um sistema de penas fixas, isto é, por penas que indicassem grandezas numéricas específicas para cada tipo de delito. Não é por acaso que foi esta opção adotada pelo Código Penal francês de 1791, por exemplo, numa expressão clara das preocupações iluministas quanto ao arbítrio judicial.

Esclarecidas, assim, as consequências do Jusnaturalismo, do Positivismo e do Pós-positivismo na hermenêutica jurídica, passa-se à análise da relação existente entre os direitos fundamentais e o princípio da legalidade.

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O princípio da legalidade inserto no Direito Penal, consubstancia-se na principal garantia individual de cunho constitucional do cidadão perante o poder punitivo estatal penal. É princípio fundamental impeditivo do arbítrio do Estado (REALE JÚNIOR, 2020, p. 19).

Em vista disso, o princípio vem assentado na Constituição Federal de 1988, ao disciplinar os direitos e garantias fundamentais no art. 5º, XXXIX, e proclamado no art. 1º do Código Penal, que consigna a regra de que não pode haver crime nem pena sem lei anterior, cristalizada na regra latina (*nullun crimen nulla poena sine praevia lege*). O dispositivo em questão possui uma absoluta reserva de lei formal, o que elimina a possibilidade de o legislador conferir a outrem a função de definir a infração penal e estipular penas (SILVA, 2018, p. 432).

Esse princípio se complementa com outro, ou seja, o “favor rei” (SILVA, 2018, p. 432), que expressa a não ultratividade da lei penal, vale dizer, se lei posterior melhorar a situação do réu, quer tolhendo o caráter delituoso do fato, ou tendo dispositivos favorecedores da situação do réu, deverá ser aplicada. É essa a extensão do art. 5º, XL, da CF/88, que assevera que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

Os direitos fundamentais sinalizam situações jurídicas das pessoas frente aos poderes públicos, aprovadas na Lei Maior, tendo como finalidade proteger poderes e esferas de liberdade das pessoas em face do Estado, por meio do bloqueio de ingerências, da configuração da própria ordem jurídica e da imposição de deveres de proteção (MAZUR, 2012, p. 31).

De acordo com José Afonso da Silva (2018), “direitos fundamentais do homem são situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana” (SILVA, 2018, p. 181).

Em geral, a doutrina admite uma classificação em graus dos direitos fundamentais, que demonstra certa evolução histórica. Nesse sentido, de acordo com Tavares (2022, p. 156):

A existência de várias dimensões é perfeitamente compreensível, já que decorrem da própria natureza humana: as necessidades do Homem são infinitas, inesgotáveis, o que explica estarem em constante redefinição e recriação, o que, por sua vez, determina o surgimento de novas espécies de necessidades do ser humano. Daí falar em diversas dimensões de projeção da tutela do Homem, o que só vem corroborar a tese de que não há um rol eterno e imutável de direitos inerentes à qualidade de ser humano, mas sim, ao contrário, apenas um permanente e incessante repensar dos Direitos.

A primeira dimensão, denominada de liberdade negativa, se refere aos primeiros direitos fundamentais relativos à liberdade, sendo consagrada a partir da Declaração dos Direitos do Homem. Esses direitos surgiram em virtude das grandes revoluções burguesas

do final do século XVIII, a Revolução Americana, em 1776, e a Revolução Francesa, em 1789 (OLIVEIRA, 2017, p. 104).

Caracterizados por um cunho individualista, idealizados como direitos da pessoa perante o Estado, consubstanciam-se em direitos de defesa e delimitam uma zona de não intervenção do Estado, conferindo uma esfera de autonomia individual em face do poder estatal (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2021, p. 140).

Os direitos de segunda dimensão, denominados também como direitos econômico-sociais, correspondem a uma obrigação de fazer, porque visam melhorar as condições de vida e de trabalho das pessoas.

Com essa nova dimensão, o escopo não é o de se proteger contra o Estado, mas, acima de tudo, de elaborar um conjunto de pretensões exigíveis do próprio Estado, que deve atuar para satisfazer tais direitos (TAVARES, 2022, p. 157).

As Constituições Mexicana de 1917 e a Alemã de Weimar de 1919 foram as primeiras a reconhecer direitos sociais.

A terceira dimensão de direitos traz como aspecto distintivo o desprendimento, em princípio, da figura do homem-indivíduo como titular, também denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, destinam-se à tutela de grupos humano, o que os caracterizam, por conseguinte, como direitos transindividuais (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2021, p. 141).

O Estado Constitucional de Direito desenvolveu-se a partir da Segunda Guerra Mundial, e ganhou profundidade no último quarto do século XX, tendo como característica principal a obediência da legalidade a uma Constituição rígida. A validade das leis não depende somente de um processo legislativo obediente às regras, mas também do próprio conteúdo das mesmas, que é analisado de acordo com a Lei Maior. A Constituição não impõe balizas somente ao legislador e ao administrador, mas também lhes determina deveres de atuação. A ciência jurídica adota um posto crítico e indutivo da atividade dos Poderes Públicos e a jurisprudência começa a desempenhar outros papéis, como a possibilidade de anular atos administrativos ou legislativos e para, à luz da Carta Magna, interpretar os textos normativos (BARROSO, 2007, p. 205).

Assim, se o Direito Penal labora com os tipos penais, cujas interpretações passam por uma restrição maior se comparados com os textos normativos de outros ramos do Direito, não é menos verdade que a busca do significado das elementares dos tipos sofre

a incidência dos direitos fundamentais e, por conseguinte, dos princípios constitucionais, em razão da constitucionalização do Direito, o que pode implicar em uma releitura dos componentes fundamentais da figura típica, tal como ocorreu no presente caso em análise, envolvendo o paciente Gerald Thomas Sievers.

Assevera Faro (2009, p. 5) que:

Por isso, nos dias atuais, ordenamento jurídico e ordenamento escrito são duas expressões que já não podem ser sinonimizadas. De fato, considerando a defasagem existente entre o futuro projetado pelo legislador e aquele que efetivamente se concretiza, a regra puramente positivista torna-se incapaz de irradiar toda a carga normativa de que uma coletividade necessita para se organizar de forma efetiva. Destarte, em função de tal deficiência, tem-se que, para além de textos legais formalmente declinados, amiúde, o Direito também se vê obrigado a valer-se de disposições não escritas para exercer o seu encargo etiológico de reger a vida em coletividade.

O acórdão em debate não discutiu com profundidade o princípio da legalidade, considerado uma garantia constitucional - traduzida no direito dos cidadãos de exigir dos poderes públicos a tutela dos seus direitos e no reconhecimento de instrumentos processuais adequados a essa finalidade (MORAES, 2021, p. 62). Em nossa opinião, fez referência ao princípio da intervenção mínima e da necessidade de se interpretar o tipo penal de uma forma mais ampla, a ponto de trazer como elementos de hermenêutica outros valores inscritos na Lei Maior.

Sobre as garantias constitucionais, aduz Luigi Ferrajoli (2014, p. 21):

As garantias constitucionais são as garantias da rigidez dos princípios e dos direitos constitucionalmente estabelecidos que incidem sobre os poderes supremos do Estado. A rigidez consiste na colocação da Constituição no vértice da hierarquia das fontes e, portanto, no grau superior de suas normas com relação a todas as outras normas do ordenamento. A rigidez é assegurada por duas ordens de garantias: em primeiro lugar pela garantia primária consistente na proibição de derrogar e na obrigação de atuar os princípios, os direitos e os institutos estabelecidos pela Constituição, modificáveis somente com procedimentos de revisão agravados ou mesmo impossibilitados de modificação; em segundo lugar pela garantia secundária consistente no controle jurisdicional de inconstitucionalidade das leis ordinárias em contraste com tais princípios e direitos.

Nada obstante, a discussão atinente à tipicidade da conduta do paciente no acórdão, demonstra, por outro lado, uma possível fragilidade do princípio da legalidade

como garantia individual que, de fato, é constantemente marcado pela atividade interpretativa e definidora de nossos tribunais. Dito de outra forma, poder-se-ia afirmar que não há crime sem lei anterior que o defina de acordo com a hermenêutica de nossos tribunais em suas atividades cotidianas de interpretar e dizer o Direito.

A utilização dos direitos fundamentais, na interpretação dos tipos penais, pode aumentar a garantia do cidadão, porquanto esses direitos, por se irradiarem da dignidade da pessoa humana, redundarão em um maior respeito à liberdade do ser humano.

O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE OU DA RESERVA LEGAL E SEUS DESDOBRAMENTOS NO SISTEMA JURÍDICO

O princípio da legalidade está inserido como garantia constitucional no art. 5º, XXXIX da Constituição Federal, no sentido de que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

Esse preceito garante que não pode ser considerada infração penal o fato que não estiver descrito na lei e que tampouco pode ser imposta uma sanção que não aquela prevista abstratamente no texto normativo. Por mais imoral, danoso ou anti-social, não há possibilidade de se aplicar uma sanção penal considerando delituoso o fato se antes da conduta não existir norma que a defina como crime (MIRABETE; FABRINI, 2021, p. 57).

De acordo com Basileu Garcia (1972, p. 135):

São assuntos muito relacionados os que se referem às fontes do Direito Penal, à interpretação da lei penal e à eficácia da lei penal no tempo. Filiam-se ao princípio máximo desse ramo jurídico, segundo o qual não há crime nem pena sem lei anterior. Enunciando-o, deve-se reconhecer que, nos sistemas que o perfilham, só a lei positiva é fonte do Direito Penal. O costume, a moral, a doutrina, a equidade, a jurisprudência, atuam tão só na qualidade de meios inspiradores da elaboração jurídico penal, de que é veículo próprio o texto legal escrito.

A inexistência de previsão de qualquer conduta nas normas que tipificam o ilícito penal resulta, como corolário, em face do princípio da legalidade ou da reserva legal, considerar-se como adequadamente lícito o ato, pelos menos do ponto de vista penal, por ausência de enquadramento nas figuras penais.

Trata-se de um princípio voltado para os direitos humanos, embasado em um Direito Penal da culpabilidade, um Direito Penal mínimo e garantidor da proteção ao direito mais elementar, ou seja, a liberdade (BITENCOURT, 2022, p. 57). É um imperativo de justiça que não admite desvios nem exceções e representa uma conquista da consciência jurídica que obedece a exigências de justiça, que somente os regimes totalitários o têm negado.

A adoção dos princípios da legalidade e da reserva legal significa que o nosso ordenamento jurídico observa a segurança jurídica postulada pelos iluministas. Demais disso, para aqueles países que, a exemplo do nosso, estão organizados por meio de um sistema político democrático, esses princípios representam a garantia política de que ninguém será submetido ao poder punitivo do Estado, se não com fundamento em leis formais advindas de um consenso democrático (BITENCOURT, 2022, p. 58).

O princípio da reserva legal das normas punitivas remonta ao Direito Medieval, principalmente nas instituições do Direito Ibérico. Nas Cortes de Leão, em 1186, declara Afonso IX, sob juramento, que não procederá contra a pessoa e propriedade de seus súditos, enquanto não fossem chamados “perante a Cúria”. E, nas Cortes de Valladolid, foi proclamado em 1299 que ninguém pode ser privado da vida ou propriedade enquanto sua causa não for apreciada segundo “fuero e o direito” (MARQUES, 1954, p. 131). Vale dizer: ninguém pode ser responsabilizado criminalmente sem que uma lei anterior ao fato considerado delituoso o defina como tal.

Na Inglaterra, a Magna Carta de 1215 continha a célebre cláusula 39, no sentido de que nenhum homem pode ser preso ou privado de sua propriedade, “a não ser pelo julgamento de seus pares, ou pela lei da terra” (*by the law of the land*) (MARQUES, 1954, p. 132).

Nesse sentido, assevera Basileu Garcia (1972, p. 136):

A despeito de ter a Carta Magna do Rei João, da Inglaterra, em 1215, preceituado que nenhum homem livre poderia ser punido sem lei, cabe indubitavelmente à Revolução Francesa, com as pregações doutrinárias que a precederam a glória de haver incorporado realmente o referido princípio às cartas políticas e aos códigos penais de todo o mundo civilizado. Apareceu ele na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, veio a figurar no Código Penal francês de 1791, e enorme foi, depois, a irradiação que teve.

Na doutrina, como conclui Aníbal Bruno (2005, p. 125), encontram-se antecedentes em Montesquieu e Beccaria, mas quem forneceu os próprios termos da regra latina *nullum crimen, nulla poena sine previa lege* foi Fuerbach, no início do século XIX.

Sobre Beccaria, aduz Valente (2020, p. 74) que os “Delitti” trazem, para o discurso penal, valores essenciais do iluminismo, cuja legalidade se apresenta como fonte limitadora e legitimante do poder punitivo e assenta na igualdade penal e nas garantias do direito penal material, processual e penitenciário.

A partir da Magna Carta, dos documentos norte-americanos e da Revolução Francesa, o princípio da reserva legal foi retirando de sua essência as diversas funções de garantia que apresenta modernamente: não existe infração penal nem sanção jurídica sem lei anterior, e, dessa forma, o princípio se opõe à retroatividade da lei penal incriminadora, trazendo ao Direito a necessária segurança e precisão; não existe infração penal ou sanção sem lei escrita, o que demonstra a impossibilidade de se atribuir ao Direito Costumeiro função criadora; não existe infração penal nem sanção sem lei estrita, com o que se limita a aplicação da lei e se torna proibido o emprego da analogia (BRUNO, 2005, p. 125).

O princípio da reserva legal pode ser dimensionado como critério jurídico-penal e também como princípio político-liberal, pois expressa uma proteção da liberdade individual diante da crescente autoridade estatal. Daí porque apropriada a lição de Frederico Marques (1954, p. 132), quando define que:

o princípio da legalidade tem significado político e jurídico: no primeiro caso é garantia constitucional dos direitos do homem, e no segundo, fixa o conteúdo das normas incriminadoras, não permitindo que o ilícito penal seja estabelecido genericamente sem definição prévia da conduta punível e determinação da *sanctio juris* aplicável.

Como antes explicitado, somente a lei promulgada na forma da Constituição pode estabelecer o que é infração penal e indicar a pena cabível, ou seja, o princípio da legalidade se contrapõe à retroação da norma penal que incrimina, trazendo a necessária segurança jurídica ao direito individual. Igualmente, opõe-se ao Direito Costumeiro a função criadora de tipos e sanções penais, o que leva à exclusão do método analógico na interpretação da lei penal, no sentido de incriminar uma conduta. Assim, veda-se em matéria penal a analogia *in malan partem*.

A conclusão lógica a se extrair é a de que é necessário que se delimite o campo de atuação do Estado, preservando-se os direitos e garantias individuais, inclusive do próprio autor do ato criminoso, razão da existência do princípio da legalidade ou da reserva legal, no sentido de que não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Disso resulta que o fato humano somente será ação ou omissão punível quando houver a violação da lei definidora e sancionadora daquele fato detalhadamente descrito no preceito legal.

Corolário lógico da adoção do princípio da legalidade em nosso sistema normativo é o reconhecimento do princípio da taxatividade, que tem como conteúdo a imposição de que os tipos penais sejam claros e detalhados, de forma a não causar dúvidas ao destinatário da lei penal, que é o cidadão (NUCCI, 2022, p. 118).

Como a norma penal define o crime como violação de um bem jurídico penalmente tutelado e que se constitui mediante um conceito preciso de suas circunstâncias - daí falar-se em princípio da taxatividade - essa violação somente se concretiza mediante ação humana que venha a corresponder necessariamente ao fato relevante para o imperativo legal, ou como fato típico que se amolda à conduta criminosa descrita pelo legislador. A essa descrição da conduta humana, que viola ou põe em perigo um bem jurídico penalmente relevante, segue o preceito sancionador, que deve guardar correspondência com a gravidade ao ato violador do bem jurídico tutelado (GOMES, 2003, p. 158).

Dito de outro modo, as leis penais devem ser precisas, de maneira que não é possível a convivência, nesse ramo do direito, com dúvidas acerca da aplicação de um determinado tipo incriminador. Viola o princípio da legalidade a descrição imprecisa, indeterminada e vaga do tipo, que não possibilite a determinação da exata abrangência do texto legal. Também infringe a Lei Maior o dispositivo que não comine com precisão a quantidade e qualidade da *sanctio juris* a ser imposta ao autor do fato delituoso, vedando-se, assim, as penas não determinadas (MIRABETE; FABRINI, 2021, p. 57).

No caso objeto da pesquisa, o STF decidiu pela atipicidade do fato, porquanto não estavam presentes na conduta praticada pelo paciente todos os elementos descritivos do tipo, notadamente, o ato ofensivo ao pudor, uma vez que na hipótese, o fato perpetrado se subsumiria mais a uma deselegante manifestação da liberdade de expressão, ainda que

o paciente tivesse simulado uma masturbação e mostrado as nádegas na frente do público do teatro.

Nessa decisão o STF implementou a ideia da constitucionalização do direito penal, ao reconhecer como manifestação da liberdade de expressão o ato praticado pelo diretor de teatro e interpretou, por conseguinte, o direito infraconstitucional a partir dos direitos fundamentais.

Se o princípio da legalidade exige a definição da conduta proibida e o princípio da taxatividade impede a vagueza e ordena precisão e detalhamento na descrição da figura típica, o caso debatido demonstra a dificuldade de se implementar, verdadeiramente, o conteúdo desses dois princípios-garantias básicos de um Estado Democrático de Direito.

Vale dizer, se para se chegar à conclusão acerca da amplitude do elemento “ato obsceno” do crime previsto no art. 233 do Código Penal é necessário amplo debate interpretativo em nossos tribunais, pode-se retirar a ilação de que não há crime “sem Tribunal” que o defina, o que, indubitavelmente, enfraquece o direito de liberdade.

O tema referente à tipicidade também se insere na discussão acerca do princípio da legalidade. A teoria da tipicidade é a harmonização entre o fato praticado pelo agente e a descrição da infração contida na lei penal incriminadora, isto é, somente é admissível como fato punível a ação ou omissão adequada numa definição prévia formulada pelo legislador (MARQUES, 1954, p. 133).

Assim, fala-se em tipicidade e atipicidade para se referir ao fato que se amolda ou não ao preceito primário da norma penal incriminadora, sendo a tipicidade um dos requisitos do fato típico, primeiro elemento a ser estudado na teoria do crime.

A doutrina descreve que o tipo penal é composto de elementos dogmáticos. Isto é, ao menos do ponto de vista analítico, pode-se afirmar, sem grandes objeções, que a tipicidade objetiva é composta de elementos objetivo-descritivos, objetivo-normativos e objetivo-subjetivos. Ao lado dessa tipicidade objetiva existiria a subjetiva, detentora do dolo e da culpa e de elementos subjetivos especiais (SALVADOR NETTO, 2010, p. 305).

O tipo fechado, aquele possuidor apenas de elementos objetivos-descritivos, é mais seguro e pode expressar com maior facilidade a finalidade dos princípios da legalidade e da taxatividade. Contudo, quando o tipo penal necessita da utilização de elementos normativos, caso dos tipos abertos, percebe-se a fragilidade do princípio da

legalidade para atingir aos seus propósitos, por trazerem insegurança jurídica (SALVADOR NETTO, 2010, p. 307).

Isso ocorre de fato, uma vez que a tipicidade aberta exige uma espécie de interpretação complementar, que se utilizará de conceitos constituídos em outros ramos do Direito ou, ainda, das referências e valores sociais. O problema surge para o princípio da legalidade e da taxatividade em virtude da elasticidade que poderá ser conferida aos elementos normativos, porque, a depender da amplitude que o hermeneuta pretenda conferir a esses elementos, a segurança e certeza, que são os escopos maiores dos referidos princípios, não estarão presentes (SALVADOR NETTO, 2010, p. 308).

Recentemente, essa questão acerca da infringência ao princípio da legalidade no crime descrito no artigo 233 do Código Penal voltou a ser objeto de discussão, sendo reconhecida a sua repercussão geral pelo STF no Recurso Extraordinário 1.093.553/RS, interposto contra decisão da Turma Recursal Criminal dos Juizados Especiais Criminais do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementada (BRASIL, 2018):

APELAÇÃO CRIMINAL. TIPO PENAL QUE VIOLA O PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL. (ART. 5º, XXXIX, DA CF). INCONSTITUCIONALIDADE. 1. Inconstitucionalidade do artigo 233 do Código Penal, por traduzir violação ao princípio da reserva legal (art. 5º, XXXIX, da CF). Ausência de determinação do elemento ato obsceno, em tipo penal que, por excessivamente aberto, importa em ofensa à taxatividade. 2. Hipótese em que era perfeitamente possível ao legislador alcançar um grau maior de determinação das condutas que podem ser tidas por obscenas, tarefa que, sem que isso importe em flagrante violação à taxatividade, não pode ser transferida ao Judiciário, que estaria a avançar, indvidosamente, na seara legislativa. 3. Coordenadas do caso concreto onde não se faz presente o dolo, ou seja, a intenção de ferir o recato ou a moralidade das pessoas. RECURSO PROVIDO.

Essa decisão, prolatada pela 1ª Turma Recursal Criminal do Rio Grande do Sul, agora objeto de Recurso Extraordinário, fundamentou-se, basicamente, no fato de que o tipo penal descrito no artigo 233 do Código Penal violaria o princípio da reserva legal, notadamente, o princípio da taxatividade.

Como consta do acórdão do Supremo Tribunal Federal,⁴ a 1ª Turma Recursal Criminal do Rio Grande do Sul aduziu que o legislador, ao descrever a figura penal do

⁴ “RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 233 DO CP. PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL. QUESTÃO JURÍDICA QUE TRANSCENDE O INTERESSE SUBJETIVO DA CAUSA. MANIFESTAÇÃO PELA

artigo 233 do Código Penal, deveria ter esclarecido melhor quais ações poderiam ser qualificadas como obscenas, uma vez que, ao tipificar a conduta da forma como o fez, valeu-se de tipo penal demasiadamente aberto, o que lesaria o princípio da reserva legal (art. 5º, XXXIX, da CF) (BRASIL, 2018).

No entanto, o tema é controverso em nossos tribunais.

O TJSP, em 2020, na apelação criminal nº 0000266-11.2018.8.26.0081, já decidiu pela constitucionalidade do delito em debate. Senão, vejamos:

APELAÇÃO – ATO OBSCENO – PROVA SEGURA EM EVIDENCIAR A RESPONSABILIDADE DO RECORRENTE – MASTURBAÇÃO EM LUGAR PÚBLICO – INCONSTITUCIONALIDADE AFASTADA – RECURSO IMPROVIDO (TJSP, Apelação 0000266-11.2018.8.26.0081, 2ª Turma Cível e Criminal, rel. Fábio José Vasconcelos, j. 13.08.2020).

Vale dizer, nessa circunstância, em que o intérprete possui uma maior liberdade de atuação, o princípio da legalidade ou da reserva legal, cujo sentido é estabelecer limites ao arbítrio judicial, não atingirá seu objetivo e, a nosso ver, estar-se-á, a depender da ampliação que se confira aos elementos normativos, infringindo, inclusive, o princípio da intervenção mínima.

Esse princípio, consagrado pelo Iluminismo a partir da Revolução Francesa, tem o condão de limitar e orientar o poder incriminador do Estado, ao instituir que a “criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a prevenção de ataques contra bens jurídicos importantes” (BITENCOURT, 2022, p. 62).

Relevante é notar que nos casos em que se está diante de elemento normativo do tipo, em que o legislador se utiliza de conceitos normativos extrajurídicos, os discursos jurisprudenciais e doutrinários assumem um caráter notoriamente constitutivo do verdadeiro alcance e sentido da proibição. O hermenêuta não se restringe a ser apenas um reconhecedor do texto legislativo, sua função, diferentemente, assume uma maior importância, porquanto se torna integradora e imprescindível, uma vez que esses

EXISTÊNCIA DE QUESTÃO CONSTITUCIONAL E PELA REPERCUSSÃO GERAL DA MATÉRIA.” Decisão: o Tribunal por unanimidade, reputou constitucional a questão. O Tribunal, por maioria, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, vencido o Ministro Edson Fachin. Não se manifestaram as Ministras Cármen Lúcia e Rosa Weber. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=314052352&tipoApp=.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2020.

elementos não possuem isolada aplicabilidade, dependendo de outro discurso que a eles se complementa e sobrepõe. O “ato obsceno” deriva não somente da letra da lei, mas da junção entre esta e todos os outros discursos destinados a tratar desta lei. O legislador, e aí é o ponto em que se afirmou que o princípio da *última ratio* pode ser infringido, delega ao hermeneuta um espaço de complementação, transformando os juízes e doutrinadores em legisladores do caso concreto, o que, na opinião de Salvador Netto, ofenderia o princípio da reserva legal (SALVADOR NETTO, 2010, p. 309).

O ato obsceno, como elemento normativo do tipo penal insculpido no art. 233 do Código Penal, tem uma definição que nitidamente envolve uma valoração cultural. Obsceno, nas lições de Guilherme de Souza Nucci, é o que infringe a vergonha ou pudor, tendo conotação sexual (NUCCI, 2022, p. 117). Trata-se de conceito volátil com o decorrer do tempo e extremamente mutável, conforme a localidade.

No caso objeto da pesquisa (HC 83.996), percebe-se, em vista do debate travado na Suprema Corte, o alto grau de complexidade que envolve a utilização de elementos normativos do tipo e que, em virtude da expansão do Direito Penal, encontram-se cada vez mais presentes.

Contudo, não se pode olvidar que, o Direito penal moderno aparece com o escopo de limitar a ação punitiva estatal e, neste sentido, proteger interesses da comunidade considerados vitais, que o sistema jurídico converte em bens jurídicos dignos e carentes de proteção penal, de forma a proporcionar, manter e restabelecer uma paz jurídica e social adequadas a conferir às pessoas uma liberdade própria e legitimante do exercício de seus direitos fundamentais pessoais de forma efetiva (VALENTE, 2020, p. 26).

A assertiva de que o Direito Penal tutela exclusivamente bens jurídicos, presuppõe o recurso a um elemento fundamentador e, nesse sentido, limitador da ingerência do Direito Penal: a conduta apenas será criminosa quando atentar contra interesses socialmente valiosos ou vitais. E isso tem como corolário principal traçar uma diferenciação clara entre a ordem jurídico-penal e a ordem moral. “Do nosso ponto de vista, as meras imoralidades não devem ser matéria própria do sistema punitivo, ainda que possam receber sanções, logicamente, de ordem moral” (OLIVÉ; PAZ; OLIVEIRA; BRITO, 2017, p. 73).

Qual é o sentido e o alcance da expressão “ato obsceno”, elemento normativo do tipo penal incriminador insculpido no art. 233 do Código Penal? A necessidade de se

fazer essa pergunta e a dificuldade em se elaborar uma resposta objetiva e precisa demonstra a complexidade da implementação do princípio da legalidade quando são utilizadas expressões vagas e fluidas.

Dito de outro modo, no âmbito do Direito Penal, a assertiva de que o princípio da legalidade expressa uma garantia ao cidadão contra o arbítrio do Estado, na prática mostra-se fragilizada, notadamente quando se está diante de tipos penais abertos, como é o caso do “ato obsceno”.

Ainda que pensemos ser importante, para a tutela do pudor, a manutenção desse tipo penal em nosso ordenamento, fato é que para que isso ocorra com prestígio ao nosso sistema jurídico, imprescindível se torna a utilização de outra técnica existente no controle de constitucionalidade.

A interpretação conforme a constituição, com a utilização das ideias proclamadas pelo fenômeno da constitucionalização do direito, por meio da efetivação dos princípios fundamentais, nos parece ser um método idôneo a proteger todos os valores envolvidos nessa discussão atinente ao tipo insculpido no artigo 233 do Código Penal.

De fato, isso permitirá a harmonização entre os princípios da legalidade, taxatividade e interesse público na preservação de tipo incriminador que, indubitavelmente, possui a necessidade de permanecer em nosso sistema porque o pudor, por mais que se altere no transcurso dos tempos, é um valor que precisa de tutela estatal.

Entendemos ser essa a melhor forma de julgamento o Recurso Extraordinário 1.093.553/RS, interposto contra decisão da Turma Recursal Criminal dos Juizados Especiais Criminais do Estado do Rio Grande do Sul, que declarou a inconstitucionalidade do artigo 233 do Código Penal.

Esse procedimento redundará, conseqüentemente, na criminalização apenas daquelas condutas que, ao seu tempo, verdadeiramente, ofendam a decência, e manterá, por conseguinte, o crime de ato obsceno em nosso Código Penal.

Dessa forma, a constitucionalização do Direito Penal pode servir como uma ferramenta para conferir maiores garantias ao cidadão, ante a natural abertura dos elementos normativos do tipo, uma vez que a utilização dos direitos fundamentais como princípios constitucionais na interpretação do direito infraconstitucional ocasionará uma proteção mais evidente à liberdade.

CONCLUSÃO

A pesquisa analisou o princípio da legalidade e o fenômeno da constitucionalização do Direito no âmbito do Direito Penal, tendo como pano de fundo a decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* 83.996-RJ, que decidiu pelo trancamento da ação penal proposta pelo Ministério Público em face de Gerald Thomas Sievers, por ter, em tese, praticado a conduta descrita no tipo penal incriminador previsto no art. 233 do Código Penal.

O acórdão concernente ao *Habeas Corpus* em questão chamou a atenção e trouxe a possibilidade de discussão do princípio da legalidade, basicamente em função de dois motivos: primeiramente, a adoção de um princípio da legalidade que se consubstancie em uma garantia ao indivíduo de saber, aprioristicamente, o que é ou não infração penal e quais são seus contornos, em especial em face dos tipos penais abertos, pode não conferir a segurança jurídica que se espera; em segundo lugar, a constitucionalização do Direito possibilita uma interpretação enriquecida dos tipos penais que, obrigatoriamente, deverá observar os direitos fundamentais o que, naturalmente, redundará em uma proteção maior concedida ao cidadão, ante a fragilidade do princípio da legalidade em tipos penais como o do ato obsceno.

Em virtude da grande influência que possui em todo o sistema normativo, a Constituição Federal, modernamente, passa a ocupar juridicamente um papel de maior destaque na aplicação e nos destinos do Direito Penal. Com efeito, a repercussão da Constituição Federal sobre a disciplina dos tipos penais incriminadores e das penas é ampla, imediata e direta.

O fenômeno de constitucionalização do Direito Penal se expressa, sob nossa ótica, principalmente pela maior amplitude interpretativa dos institutos penais. Vale dizer, a Constituição Federal, utilizada na interpretação do Direito como um todo, revela a necessidade de uma maior preocupação no momento de se extrair a norma jurídica, com a aplicação de princípios constitucionais que constituem a porta de entrada de valores ético-jurídicos enaltecendo a pessoa humana.

É apropriado esclarecer que o princípio da dignidade da pessoa humana se irradia por todo o sistema jurídico, influenciando o modo de se aplicar o Direito em todos os seus setores, uma vez que é fundamento do Estado Democrático de Direito.

Assim, sendo o direito de liberdade de expressão ramificação do princípio da dignidade da pessoa humana, é axiomático que essa prerrogativa, bem como tantas outras, deve ser analisada pelo aplicador da lei no contexto de um tipo penal que, ao descrever um modelo de conduta proibida, deve abrir espaço para a consagração dos direitos fundamentais, diminuindo o poder punitivo do Estado quando a conduta, aparentemente ilícita, esteja verdadeiramente garantindo a implementação dos direitos e garantias fundamentais.

O Pós-positivismo identifica que há valores difundidos e reconhecidos pela sociedade que devem ser reconhecidos pelo intérprete, mesmo quando não estejam positivados no ordenamento jurídico. A interpretação jurídica não pode mais prescindir desse elemento axiológico, sob pena de aplicar-se o Direito sem levar em consideração pressupostos de validade da norma.

Se ao Estado é necessário manter os tipos abertos em nosso sistema jurídico, apesar das grandes dificuldades que eles acarretam à implementação do princípio da legalidade e seus desdobramentos, deve-se assegurar, ao mínimo, uma interpretação dos elementos normativos com as “lentes” da Constituição Federal, de forma a não punir condutas que sejam compatíveis com os direitos fundamentais.

O caso do diretor teatral, tratado neste artigo, pode auxiliar no julgamento do Recurso Extraordinário 1.093.553/RS, interposto contra decisão da 1ª Turma Recursal Criminal dos Juizados Especiais Criminais do Estado do Rio Grande do Sul que, em controle difuso de constitucionalidade, reconheceu a inconstitucionalidade do artigo 233 do Código Penal com principal fundamento na violação ao princípio da taxatividade.

Tem-se, em conclusão, que restou demonstrada a hipótese inicial, no sentido de que a decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar procedente o *Habeas Corpus* 83.996-RJ e trancar a ação penal ajuizada contra o diretor teatral Gerald Thomas Sievers, conferiu prevalência ao direito à liberdade de expressão ao utilizar o fenômeno da constitucionalização do Direito para interpretar o tipo penal descrito no art. 233 do Código Penal.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional do Brasil). In: SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes; SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Orgs.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo; os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral 1*. 28. ed. São Paulo: Saraiva: 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 83.996-RJ. Relator p/Acórdão Ministro Gilmar Mendes. Brasília: *DJ*, 26 ago. 2005, p. 65. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=384865>. Acesso em: 23 set. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 1.093.553-RS. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília: *DJe*, 29 mar. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=314052352&tipoApp=.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2020.
- BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. t. 1.
- CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1999. v. 3.
- FARO, Frederico Kastrop. Boa-fé objetiva e dever de cooperação: uma análise sob as óticas do exercício da autonomia privada e da execução do contrato. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, a. 10, v. 38, p. 3-39, abr./jun. 2009.
- FERRAJOLI, Luigi. *Poderes selvagens: a crise da democracia italiana*. Tradução: Alexander Araujo de Souza. São Paulo: Saraiva, 2014.
- FERRAJOLI, Luigi. Diritti Fondamentali e Democrazia Costituzionale. *Revista do Instituto Brasileiro dos Direitos Humanos*, n. 16, 2016. Disponível em: <http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/364/347>. Acesso em: 3/12/2022.
- GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1972. v. 1. t. 1.
- GOMES, Eduardo Biacchi; ALMEIDA, Ronald Silka de. Direitos fundamentais e extradição: a questão da perda da nacionalidade brasileira (Mandado de Segurança n. 33.864/DF). *Revista Direito Público - RDU*, Porto Alegre, v. 14, n. 67, 2016, p. 84-101, maio/jun. 2018.
- GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GUASTINI, Ricardo. Os princípios constitucionais como fonte de perplexidade. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; OLIVEIRA, Elton Somensi de (Orgs.). *Correntes contemporâneas do pensamento jurídico*. Barueri: Manole, 2010.

HARBELE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

MARQUES, José Frederico. *Curso de Direito Penal: propedêutica penal e norma penal*. Saraiva: São Paulo, 1954.

MAZUR, Maurício. A dicotomia entre os direitos de personalidade e os direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues e FRUET, Gustavo Bonato (Orgs.). *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012.

MIRABETE, Julio Fabrini; FABRINI, Renato N. *Manual de direito penal*. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2021. v. 1

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 37. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

MOREIRA, Reinaldo Daniel. Direito penal e constituição: acerca da constitucionalização do direito penal. *Revista Amagis Jurídica*. Ano IX, v. I, n. 15. Belo Horizonte: Associação dos Magistrados Mineiros, 2017. Disponível em: <https://revista.amagis.com.br/index.php/amagis-juridica/article/view/17/10>. Acesso em: 26 abr. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. v. 1.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito penal: parte especial arts. 213 a 361 do código penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. v. 3.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique de. *Responsabilidade civil dos pais pelos atos ilícitos dos filhos capazes*. Curitiba: Juruá, 2015.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique de. *Responsabilidade civil: do seu abrandamento à luz da nova sistemática brasileira*. Curitiba: Juruá, 2017.

OLIVÉ, Juan Carlos Ferré; PAZ, Miguel Ángel Núñez; OLIVEIRA, William Terra de; BRITO, Alexis Couto de. *Direito penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PORTELA, Jorge Guillermo. Los principios jurídicos y el neoconstitucionalismo.

Dikaion: Revista de Fundamentación Jurídica. Chia, Bogotá, año 23, n. 18, dic. 2009.
REALE JÚNIOR, Miguel. *Fundamentos de direito penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

ROJAS, Marcela Peredo. La constitucionalización del derecho a defensa de las víctimas en Chile. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília: Centro Universitário de Brasília, v. 10, n. 1, 2020. Disponível em:

https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/issue/viewIssue/261/pdf_6. Acesso em: 28 abr. 2021.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Tipicidade penal e princípio da legalidade: o dilema dos elementos normativos e a taxatividade. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (Orgs.). *Doutrinas essenciais: direito penal: introdução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 1.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. In: SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes; SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Orgs.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Direito penal do inimigo e o terrorismo: do “progresso ao retrocesso”*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2020.

. Acesso em: 2 ago. 2022.