

Breves apontamentos sobre os crimes de opinião previstos no Título IX da Parte Especial do Código Penal brasileiro

Patrício Noé da Fonseca

Procurador da República. Especialista em Estudos Clássicos pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Especialista em Direito Ambiental pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Especialista em Direito Aplicado ao Ministério Público Federal pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU).

Resumo: O presente artigo empreende uma exposição dogmática dos crimes contra a paz pública, previstos no Título IX da Parte Especial do Código Penal brasileiro, que se afiguram como crimes de opinião: incitação ao crime (art. 286) e apologia de crime ou de criminoso (art. 287). Além da análise sistemática dos elementos estruturais desses delitos, são feitas algumas considerações acerca de questões constitucionais correlatas, atinentes aos limites da liberdade de expressão, ao tratamento jurídico-penal do discurso do ódio e aos limites da imunidade parlamentar.

Palavras-chave: Crimes contra a paz pública. Crimes de opinião. Discurso de ódio. Incitação ao crime. Apologia de crime ou de criminoso.

Abstract: This article undertakes a dogmatic exposition of the offenses against public peace, provided for in Title IX of the Special Part of the Brazilian Penal Code, which appear as crimes of opinion: incitement to crime (art. 286) and apology for crime or criminal (art. 287). In addition to the systematic analysis of the structural elements of the offenses, some considerations are made about related constitutional issues, concerning the limits of freedom of expression, the legal-penal treatment of hate speech and the limits of parliamentary immunity.

Keywords: Offenses against public peace. Opinion crimes. Hate speech. Incitement to crime. Apology for crime or criminal.

Sumário: 1 Introdução. 1.1 Noções gerais e natureza do bem jurídico tutelado. 1.2 Características. 2 Incitação ao crime. 2.1 Noções gerais: objetividade jurídica, distinção em relação a coautoria e outros crimes afins. 2.2 Sujeitos do delito. 2.3 Tipo objetivo. 2.4 Tipo subjetivo. 2.5 Consumação e tentativa. 2.6 Concurso de crimes. 2.7 Classificação doutrinária. 2.8 Pena e ação penal. 3. Apologia de crime ou criminoso. 3.1 Noções gerais: objetividade jurídica, distinção da incitação ao crime, legitimidade constitucional da incriminação da manifestação do pensamento. 3.2 Sujeitos do delito. 3.3 Tipo objetivo. 3.4 Tipo subjetivo. 3.5 Consumação e tentativa. 3.6 Concurso de crimes. 3.7 Classificação doutrinária. 3.8 Pena e ação penal. 4 Conclusões.

1 Introdução

O presente estudo tem por objetivo realizar a análise dogmática dos *crimes de opinião* – ou seja, aqueles que são praticados com abuso da liberdade de expressão – classificados entre os crimes contra a paz pública, que encontram previsão no Título IX da Parte Especial do Código Penal brasileiro. São eles a incitação ao crime (art. 286) e a apologia de crime ou criminoso (art. 287). O método empregado é a pesquisa bibliográfica, incluindo também o direito comparado, com recurso a legislação e doutrina nacional e estrangeira. Além dos aspectos estritamente dogmáticos, porém, buscou-se, sempre que possível, analisar as implicações dos delitos em estudo sobre o sistema constitucional de direitos e garantias fundamentais.

Nos demais itens deste capítulo introdutório, trata-se da natureza jurídica do bem jurídico-penal tutelado, buscando definir o conceito de paz pública e das características comuns aos delitos que se agrupam sob essa epígrafe. Os capítulos seguintes tratam de cada delito de forma individualizada, analisando sua estrutura a partir da objetividade jurídica, dos sujeitos, dos tipos objetivo e subjetivo, do momento consumativo e, por fim, da pena e respectiva ação penal.

Justifica-se a temática escolhida pela crescente tensão que se verifica no Estado Democrático de Direito entre as liberdades e o uso do Direito Penal para tutelar bens jurídicos importantes.

1.1 Noções gerais e natureza do bem jurídico tutelado

No Título IX da Parte Especial, o Código Penal brasileiro tipifica os crimes contra a paz pública: incitação ao crime (art. 286), apologia de crime ou criminoso (art. 287), associação criminosa (art. 288) e constituição de milícia privada (art. 288-A). O objeto da tutela penal é a *paz pública considerada em si mesma*, sob uma perspectiva subjetiva.

A designação dessa categoria de crimes varia de uma legislação a outra: os códigos italiano e argentino os denominam “crimes contra a ordem pública” (*delitti contro l'ordine pubblico* e *delitos contra el orden público*, respectivamente); o código alemão emprega a mesma denominação, mas com sentido e alcance bastante diversos;¹ os códigos suíço e francês, por outro lado, utilizam a terminologia “crimes contra a paz pública” (*crimes et délits contre la paix publique*), no que são acompanhados pelo direito anglo-saxônico (*offenses against the public peace*).

Esta última é a denominação preferida pela doutrina, fundada na distinção conceitual entre “ordem pública” e “paz pública”: a primeira é uma noção mais abrangente, objetivamente significando a “coexistência harmônica e pacífica dos cidadãos sob a soberania do Estado e do direito” e, subjetivamente, “o sentimento de tran-

1 Para ilustrar a diferença conceitual, anote-se que, além de abranger crimes que ofendem a paz pública propriamente dita, tais como “formação de grupos armados” (*Bildung bewaffneter Haufen*), “formação de organizações criminosas” (*Bildung krimineller Vereinigungen*) e “formação de organizações terroristas” (*Bildung terroristischer Vereinigungen*), a Sétima Seção da Segunda Parte do Código Penal alemão, sob a epígrafe “infrações penais contra a ordem pública” (*Straftaten gegen die öffentliche Ordnung*), também prevê crimes de distintas objetividades jurídicas, como “ruptura da paz doméstica” (*Hausfriedensbruch*), “usurpação de função pública” (*Amtsanmassung*), “destruição de avisos oficiais” (*Verletzung amtlicher Bekanntmachungen*), “desobediência a proibição de exercício profissional” (*Verstoss gegen das Berufsverbot*) e “afastamento desautorizado de local de acidente” (*unerlaubtes Entfernen vom Unfallort*). Por outro lado, o crime de “incitamento público ao cometimento de crimes” (*öffentliche Aufforderung zu Straftaten*) está inserido na Sexta Seção, que trata dos crimes de “resistência contra o poder do Estado” (*Widerstand gegen die Staatsgewalt*).

quilidade pública, a opinião de segurança social, que é a base da vida civil”, sendo, neste sentido, sinônimo de paz pública.²

Logo, “a ordem pública é gênero e a paz pública, espécie, ou, melhor, esta é uma consequência daquela, pois sem ela não pode existir”.³ Todos os delitos ofendem a ordem pública, sem que, necessariamente, a paz pública seja atingida. Como observa Magalhães Drummond:⁴

Ordem pública é um estado exterior ao homem. Paz pública é um estado psicológico dos homens. O objetivo do criminoso de crime contra a ordem pública não é o de perturbar esse estado psicológico mas sim o de alterar aquele estado de coisas, exterior ao homem, mas que lhe interessa essencialmente. O ataque à ordem pública pode se dar sem quebra da paz pública.

Paz pública é, portanto, o sentimento de tranquilidade e de segurança que, nos indivíduos, corresponde ao regular andamento da vida social, entendida como a harmônica e pacífica convivência dos cidadãos, unidos sob o império da lei. É aos delitos que a ofendem direta e imediatamente que o legislador visa punir sob o título de “crimes contra a paz pública”. Nesta espécie de crimes consideram-se fatos que, ainda que possam lesionar bens jurídicos particulares, integrando outros crimes, constituem, por si mesmos, um perigo ao ordenado viver social, devido ao modo como são cometidos: a publicidade na incitação ao crime e na apologia de crime ou de criminoso, bem como a indeterminação do programa delituoso e a estabilidade do vínculo associativo no crime de quadrilha ou bando.

Embora representem a ameaça de que futuros delitos sejam cometidos, o que, aliás, justifica a sua incriminação, Manzini⁵ os

2 MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho penal*: parte especial. Bogotá: Temis, 1955. v. 3. p. 441.

3 NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*: dos crimes contra a saúde pública a disposições finais. São Paulo: Saraiva, 1986. v. 4. p. 75.

4 Magalhães Drummond *apud* FRANCO, Alberto Silva *et al.* *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*: parte especial. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. v. 1, tomo 2. p. 3317.

5 MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto penale italiano*. Torino: Torinese, 1950. v. 6. p. 140.

classifica como crimes de dano, por entender que ocasionam um efetivo turbamento da paz pública. A maior parte da doutrina, porém, os considera crimes de perigo, pelo fato de que, em relação a eles, o dano é presumido, tratando-se de crimes formais.⁶

1.2 Características

Em sua materialidade, muitas dessas figuras constituem verdadeiros atos preparatórios de outros delitos, os quais restariam impunes se estes não chegassem a ser tentados, constituindo exceção ao princípio inculpidado no art. 31 do Código Penal. Funda-se a sua incriminação autônoma em uma medida preventiva do legislador, que, tendo em vista a importância do bem jurídico ameaçado, “se antecipa e não espera que o propósito delituoso se consuma, punindo, em última análise, a intenção, o projeto delituoso”.⁷

Certamente todo delito turba a paz pública de um modo mediato, mas esses delitos particulares a violam de maneira imediata. São punidos ainda que não provoquem nenhum dano efetivo aos particulares bens tutelados pela lei penal, pelo que se costuma dizer que são delitos de perigo abstrato. Contudo, o bem jurídico tutelado pelas normas que os incriminam sempre é violado, ainda que não haja lesão aos demais bens jurídicos.

São crimes essencialmente dolosos e que só assumem a forma comissiva, admitindo que seus agentes por eles respondam em concurso material com os crimes a que porventura derem causa.

Algumas dessas infrações são também tipificadas em legislação penal extravagante – Código Penal Militar, Lei de Segurança Nacional, Lei de Genocídio e outras –, caso em que se afasta a incidência dos artigos desse título do Código Penal, por conta do princípio da especialidade. Tais delitos, portanto, somente são punidos pelo Código Penal quando não portam uma objetividade jurídica específica.

6 ROSSO, Giovanni. *Delitti contro l'ordine pubblico*. In: Azara, Antonio; Eula, Ernesto. *Novissimo digesto italiano*. Torino: Torinese, 1965. v. 12. p. 153.

7 NORONHA, 1986, p. 75.

2 Incitação ao crime

2.1 Noções gerais: objetividade jurídica, distinção em relação à coautoria e outros crimes afins

Incitação ao crime consiste em fazer surgir ou reforçar no espírito de outrem o desígnio de cometer crime, atentando contra a ordem pública e rompendo a tranquilidade e a segurança da vida social, razão por que é objeto de incriminação autônoma. A objetividade jurídica deste crime é a paz pública.

A incitação é delito de criação moderna. No direito romano, tal conduta ou era impunível, ou era tida como forma de concurso de agentes, desde que o crime chegasse a ser praticado, exceto em se tratando de crimes contra o Estado. O direito germânico introduziu a figura da “ruptura da paz” (*Friedensbruch*), que ainda sobrevive no direito alemão moderno.⁸

A incitação surge como crime autônomo no direito moderno por uma razão de ordem técnica. Trata-se de prevenir a prática de futuros crimes punindo o desígnio delituoso como crime *per se*, evitando, assim, o alarma social provocado pela atividade criminosa. O quase-delito, descrito no art. 31 do Código Penal, em via de regra, é impunível. Isso porque, se o crime sequer chega a ser tentado, não há razão para que se punam os atos preparatórios. Mas o próprio dispositivo prevê exceções, afirmando que o ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio à prática de um crime não são puníveis, salvo disposição expressa em contrário.

A incitação ao crime representa uma dessas exceções. Com efeito, dispõe o art. 286 do Código Penal: “Incitar, publicamente, a prática de crime: Pena - detenção, de 3 (três) a 6 (seis) meses, ou multa.” Há, contudo, outros dispositivos no próprio Código Penal assim como em legislação extravagante que tipificam a incitação como delito específico.

⁸ MAGGIORE, 1955, p. 442.

Assim, quem incita alguém à prática de suicídio incorre no art. 122 do Código Penal; se o incitamento tiver como propósito induzir alguém à satisfação de lascívia ou à prática da prostituição, a espécie é a dos arts. 227 e 228 do Código Penal, respectivamente; se a incitação é para a desobediência, a indisciplina, ou a prática de crime militar, o agente incorre no art. 155 do Código Penal Militar; quando diz respeito à ordem político-social, a incitação configura delito previsto no art. 23 da Lei de Segurança Nacional; tendo por finalidade a destruição integral ou parcial de grupo nacional, étnico, racial ou religioso (crime de genocídio), a incitação é qualificada pelo art. 3º da Lei dos Crimes de Genocídio. A Lei de Drogas (Lei n. 11.343/2006), em seu art. 33, § 2º, e a Lei dos Crimes de Preconceito de Raça (Lei n. 7.716/1989), em seu art. 20, também preveem a incitação como crime autônomo.

O incitamento a crime, portanto, só será punido pelo Código Penal quando não portar uma objetividade jurídica específica.

Cumpre, finalmente, distinguir a incitação, que constitui delito *per se stante*, da instigação como forma de participação. A incitação é um delito autônomo, previsto no art. 286 do Código Penal; a instigação, na maioria das vezes, é um ato preparatório, que só se pune se o crime a que se dirige é consumado ou tentado. A instigação não exige o requisito da publicidade, que, por outro lado, é elementar ao tipo da incitação, e é circunstância fundamental desta última possibilidade de recepção, quer por um indivíduo determinado (*in certam personam*), quer por um indefinido número de pessoas (*in incertam personam*), ao passo que aquela sempre se dirige a pessoa determinada (*in certam personam*).

2.2 Sujeitos do delito

A incitação ao crime é crime comum: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, ressalvando-se que, se praticada por militar, será crime militar, tipificado no Código Penal Militar. Por ferir a paz pública, esse delito ofende a coletividade de indivíduos que compõem o Estado.

Não constitui infração penal a incitação ao crime que os deputados e senadores fizerem no exercício de suas funções constitucionais, pois são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos, segundo o art. 53, *caput*, da Constituição Federal. Posto que a conduta apresente todos os elementos típicos, o imperativo constitucional lhe retira a antijuridicidade necessária a que se configure como ilícito penal.

Em virtude da imunidade parlamentar material, subtrai-se ao agente a responsabilidade penal, civil, administrativa e política por seus atos funcionais, impedindo a formação do ilícito. A imunidade também se estende aos vereadores, por força do inciso VIII do art. 29 da Constituição Federal. Os requisitos a que a inviolabilidade dos vereadores se subordina são a relação de causalidade com o exercício do mandato e ter sido o ato praticado na circunscrição do respectivo município. Logo, se um vereador se utilizar da tribuna da Câmara Municipal para fazer incitação ou apologia de algum crime, ainda que hediondo, estará agasalhado pela imunidade material.

2.3 Tipo objetivo

A ação física consiste em incitar (instigar, provocar, excitar) outrem à prática de crime. É “uma ação sobre a psique de outras pessoas para induzi-las a realizar determinados fatos, fazendo surgir ou reforçando motivos de impulso, ou destruindo ou enfraquecendo motivos inibidores”;⁹ ou seja, o agente busca despertar em seus espectadores, ouvintes, ou leitores o desígnio de cometer algum delito, e para isso utiliza todos os meios idôneos à comunicação do pensamento. O tipo não comporta, por conseguinte, a forma omissiva.

Dependendo da índole das pessoas a quem se dirige, a incitação pode ser poderoso estímulo à delinquência, fato que provoca justificado alarma no seio da sociedade e em função do qual a conduta é punida de forma autônoma, sem que seja necessária a execu-

9 ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale: parte speciale*. 7. ed. Agg. Milano: A. Giuffrè, 1977. v. 2. p. 673.

ção do delito sugerido. E, sendo a sugestão acolhida por algum destinatário da incitação que venha a cometer o delito, concretiza-se a coparticipação do incitador no mesmo, aplicando-se ao caso as regras do concurso de crimes.

Elemento indispensável à caracterização da conduta típica é a publicidade. O incitamento deverá ser feito em um lugar ou através de um meio que torne a comunicação perceptível por um número indeterminado de pessoas. A publicidade “implica na presença de várias pessoas ou no emprego de meio efetivamente capaz de levar o fato ao conhecimento de número indeterminado de pessoas”,¹⁰ sendo constituída pelo lugar, pelo momento e por outras circunstâncias capazes de realizar esse intento.

Assim, não configura a incitação ao crime o discurso feito em local público, mas que esteja deserto no momento do ato, ou na presença de várias pessoas que estejam congregadas por ocasião de uma reunião de família. Ainda que se dirija a pessoa determinada (*in certam personam*), o incitamento, contanto que se torne percebido ou perceptível por indefinido número de pessoas, configura o crime tipificado no art. 286 do Código Penal. Incitação pública não significa, portanto, incitação dirigida ao público.

A instigação não é simples conselho, senão que deve constituir um real estímulo à prática do delito, realizando-se de forma que opere sobre a vontade dos outros, de forma clara e determinada, revelando a vontade de que o crime seja cometido. Não se confunde com a propaganda de ideias ou com a defesa de teses que não evidenciem, quer por seu conteúdo, quer pelo contexto de sua comunicação, o *animus delicti instigandi*.

Nélson Hungria¹¹ aborda o problema, fornecendo os seguintes exemplos:

10 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*: parte especial: arts. 213 a 359 do Código Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. v. 3. p. 280.

11 HUNGRIA, Nélson. Comentários ao código penal: arts. 250 a 361. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, 1958. v. 9. p. 171.

É bem de ver que se não apresenta o crime quando apenas se faz a defesa de uma tese sobre a ilegitimidade ou sem-razão da incriminação de tal ou qual fato, como, por exemplo, o homicídio eutanásico, o crime de Otelo, etc. Não há, aqui, o *animus instigandi delicti*, mas apenas uma opinião no sentido da exclusão do crime, *de lege ferenda*.

O crime poderá ser praticado por todos os meios eficazes de transmissão do pensamento: através da palavra falada ou escrita, pelo rádio, pelo cinema, pelo teatro e inclusive por atos e gestos, no decorrer de um discurso ou sem outra expressão, desde que sejam capazes de sugestionar ouvintes ou espectadores, o que torna possível que os surdos-mudos sejam sujeitos ativos do crime.

Segundo Flamínio Fávero,¹² esse delito pode ocorrer “pela distribuição de avulsos impressos, mimeografados, fotografados, manuscritos, pela sua remessa pelo correio ou por mensageiros especiais”. E, hoje, com o advento da internet e o aperfeiçoamento das tecnologias de informação, surge um vasto conjunto de meios de comunicação eletrônicos aptos a veicular e divulgar a mensagem criminosa a um número virtualmente ilimitado de destinatários, como é o caso do correio eletrônico e das redes sociais.

A incitação deverá referir-se à prática de um ou mais crimes, não sendo necessário que se lhe indique o *nomen juris*. É irrelevante se o crime é previsto no Código Penal ou em lei extravagante, seja de ação penal pública, seja de ação de iniciativa privada, salvo se a conduta for prevista em norma específica, como lembra Mirabete.¹³

O incitamento à prática de fato qualificado como contravenção não apresenta, na legislação penal brasileira, a tipicidade necessária, mas é possível constatar sua incriminação no direito comparado.¹⁴ A incitação genérica também não constitui crime. Deve

12 FÁVERO, Flamínio. *Código penal brasileiro comentado: crimes contra a saúde pública/ crimes contra a paz pública*. São Paulo: Saraiva, 1950. v. 9. p. 224-225.

13 MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código penal interpretado*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 2168.

14 O Código Penal italiano, *e.g.*, prevê o crime de incitação ao cometimento de contravenção (art. 414, § 2º).

ser ela de crime determinado, prescindindo-se da individualização do ofendido. Dessa forma, *e.g.*, “não é preciso que o agente incite à prática de roubo na residência de determinada pessoa. Basta que incite à prática de roubos”.¹⁵

Por outro lado, não existe incitação a crime culposos, porquanto a ação incriminada materializa-se pela tentativa de despertar no espírito do instigado o desígnio criminoso. O incitador age sobre a vontade daquele a quem se dirige com as suas sugestões, não podendo, obviamente, haver instigação, direta ou indireta, à prática de um fato não intencional.

Analisando a casuística desse crime, Celso Delmanto¹⁶ exemplifica que se considera incurso no art. 286 do Código Penal quem incita, publicamente, à desobediência de ordem judicial, o mesmo não ocorrendo com quem, nos limites da lei, incita à realização de greve, uma vez que se trata de direito amplamente reconhecido no art. 9º da Constituição Federal.

Igualmente, não comete o crime de incitação quem instiga à prática de um fato imoral que não seja tipificado por norma penal incriminadora; mas, como adverte Magalhães de Noronha,¹⁷ é possível que a ação concretize as elementares de outro delito: aquele que instiga outrem à prostituição, *e.g.*, incorre no crime previsto no art. 228 do Código Penal.

2.4 Tipo subjetivo

O tipo subjetivo desse crime é o dolo genérico, ou seja, a vontade livre e consciente de realizar os elementos do delito tipificado no art. 286 do Código Penal, abrangendo, necessariamente, a publicidade da ação – pois o agente deve ter consciência de que

15 JESUS, Damásio E. de. *Código penal anotado*. 4. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 737.

16 DELMANTO, Celso. *Código penal comentado*. 3. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1991. p. 434.

17 NORONHA, 1986, p. 79.

a sua conduta é ou será percebida por indeterminado número de indivíduos – assim como sua aptidão para induzi-los à prática do crime objeto do incitamento.

Não se admite, obviamente, a modalidade culposa, já que a intencionalidade da mensagem instigadora é pressuposto do crime. De acordo com Heleno Cláudio Fragoso,¹⁸ a seriedade é elemento essencial à determinação do dolo do agente. Não se configura o crime quando este age com visível intuito de gracejo ou pilhéria, por ser incompatível com o *animus delicti incitandi*. A seriedade da incitação deverá ser averiguada pelo modo como ela se exterioriza, pelas palavras ou gestos utilizados, pela índole das pessoas a quem se dirige, pelo momento, lugar etc.

Magalhães Noronha¹⁹ aporta um exemplo em que o delito não se configura por manifesta ausência de dolo do instigador: “Dizer, e.g., ‘Partamos a matar os indignos marcianos’ é coisa que, ainda hoje, a despeito dos progressos da ciência, só pode provocar riso”.

2.5 Consumação e tentativa

A incitação ao crime é crime formal, consumando-se com a prática da ação incriminada, independentemente de qualquer outro resultado ou consequência. Nesse crime, como na apologia de crime ou de criminoso, em que a publicidade constitui elemento do tipo, o momento consumativo é aquele em que a conduta do agente é percebida ou se torna perceptível a um número indeterminado de pessoas.

A tentativa é admissível quando o meio de execução é a forma escrita, ou qualquer outra forma de registro material da fala criminosa (e.g., gravação audiovisual), e a instigação ainda não tenha se tornado pública. Conforme a lição de Damásio de Jesus:²⁰

¹⁸ FRAGOSO, 1981, p. 282.

¹⁹ NORONHA, 1986, p. 81.

²⁰ JESUS, Damásio E. *Direito penal: parte especial: dos crimes contra a propriedade imaterial a dos crimes contra a paz pública*. 13. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 3. p. 406.

A tentativa é possível, uma vez que o *iter criminis* é passível de fracionamento no tempo e no espaço. Exemplo de tentativa: incitação ao crime por meio de panfletos, no caso de o agente encontrar-se em local público ou acessível ao público para distribuir tal material e ser obstado por circunstâncias alheias à sua vontade.

2.6 Concurso de crimes

A questão decorrente da realização do crime instigado provoca celeuma na doutrina. Cuida-se de saber se o agente pode ser responsabilizado pela prática do delito pela pessoa incitada e responder em concurso com o crime de incitação.

Flamínio Fávero,²¹ em posição isolada na doutrina nacional, defende a impossibilidade de haver concurso material entre a incitação e o crime cometido em virtude de sua sugestão. Baseia a sua tese no pressuposto do concurso material de crimes, qual seja, a pluralidade de ações e de desígnios.

No incitamento há unidade de ação (a instigação à prática de delito) e de desígnio (o intuito de despertar na mente dos ouvintes ou espectadores a vontade de cometer infração penal), excluindo-se assim a possibilidade de concurso material de crimes. Na hipótese de o crime instigado ser cometido, o incitador deverá ser responsabilizado como seu autor moral, pois, “pelo fenômeno da absorção, o crime de incitação é conteúdo do crime instigado e cometido”.²²

A doutrina majoritária, por outro lado, no que é acompanhada pela jurisprudência, admite a possibilidade de o incitador responder em concurso com a prática do crime pela pessoa incitada, nos termos do art. 29 do Código Penal, resultando concurso material entre os dois ilícitos penais.²³ A justificativa é que o legislador pune

21 FÁVERO, 1950, p. 226.

22 FÁVERO, 1950, p. 226.

23 É a opinião de Heleno Cláudio Fragoso (*Lições de direito penal: parte especial: arts. 213 a 359 do Código Penal, 1981, p. 281*), Júlio Fabbrini Mirabete (*Código penal interpretado, 2007, p. 1544*), Edgard Magalhães Noronha (1986, p. 81-82), Alberto

a incitação ao crime por seu perigo abstrato, diferentemente do crime cometido, cuja punição tem fundamento na efetiva lesão ao bem jurídico tutelados; este não absorve a incitação, podendo haver concurso de crimes para o instigador, provada a causalidade física e subjetiva com o crime praticado – “Será ele partícipe deste crime, em concurso com o de instigação”.²⁴

2.7 Classificação doutrinária

A doutrina costuma classificar este delito como crime formal, de forma livre, simples, comum, de perigo abstrato, e vago.²⁵ Entretanto, considerando a paz pública em si mesma como o bem jurídico protegido pela norma penal, Manzini²⁶ defende que se trata de crime de dano e não de perigo abstrato, pois se consuma com a efetiva lesão do sentimento de tranquilidade e segurança da vida social.

2.8 Pena e ação penal

A pena é alternativa: detenção, de três a seis meses, ou multa. Em virtude de a pena mínima abstratamente cominada ser inferior a um ano, a incitação ao crime admite a suspensão condicional do processo, na forma do art. 89, *caput*, da Lei n. 9.099/1995 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais). A ação penal é pública incondicionada e, por se tratar de crime de menor poten-

Silva Franco (*Código penal e sua interpretação jurisprudencial: parte especial*, 1997, p. 3318), Luiz Régis Prado e Cezar Roberto Bitencourt (*Código penal anotado e legislação complementar*, 1997, p. 846).

24 NORONHA, 1986, p. 82.

25 É a classificação adotada por Damásio de Jesus (*Direito penal: parte especial: dos crimes contra a propriedade imaterial a dos crimes contra a paz pública*, 1999, p. 407), Luiz Régis Prado e Cezar Roberto Bitencourt (*Código penal anotado e legislação complementar*, 1997, p. 845).

26 MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto penale italiano*. Torino: Torinese, 1950. v. 6. p. 140.

cial ofensivo, cuja pena máxima não é superior a um ano, seu processamento e julgamento é de competência dos Juizados Especiais Criminais, admitindo-se a transação.

3. Apologia de crime ou criminoso

3.1 Noções gerais: objetividade jurídica, distinção da incitação ao crime, legitimidade constitucional da incriminação da manifestação do pensamento.

A apologia de crime ou de criminoso consiste na “manifestação do pensamento direcionada a louvar ou exaltar um ou mais fatos proibidos pela lei penal ou por ela previstos como crime”.²⁷ O objeto do crime é a paz pública, ou seja, o sentimento de segurança que a ordem jurídica confere à vida social.

Essa conduta é punível pelo fato de constituir “estímulo e sugestão às vontades débeis e às pessoas propensas ao crime”,²⁸ ameaçando a tranquilidade e a segurança indispensáveis ao convívio em sociedade com a expectativa do cometimento de futuros delitos, além do que, segundo Magalhães de Noronha,²⁹ “sendo o crime ação que atenta contra as exigências ético-sociais, indispensáveis à vida comunitária, não se compreende seu elogio ou apologia; não só dele, mas também de seu autor”.

Não há precedentes dessa espécie delituosa na legislação penal brasileira. Outras legislações, como a italiana, a tomam por modalidade de incitação ao crime, no que foi seguida pelo Projeto Alcântara Machado. Trata-se, na verdade, de dois delitos da mesma natureza, como ressalta Magalhães Noronha:³⁰

27 ROSSO, 1965, p. 154.

28 FRAGOSO, 1981, p. 282.

29 NORONHA, 1986, p. 82.

30 NORONHA, 1986, p. 82.

A apologia de crime ou criminoso outra coisa não é que incitação ao crime. É um incitamento mais hábil ou artiloso do que o precedente, mas não o deixa de ser. É incitação indireta. [...] Noutras palavras, na incitação, instiga-se aberta e patentemente; na apologia, instiga-se de modo ínsito ou implícito.

Ambos os crimes, em sua materialidade, constituiriam meros atos preparatórios para outros crimes mais graves, somente puníveis se estes chegassem no mínimo a ser tentados, não fosse o perigo que representam para a coletividade, levando o legislador a puni-los de forma absoluta, sem requerer que se produza algum dano efetivo a bens jurídicos tutelados por normas penais.

A apologia, contudo, distingue-se da incitação por ser uma forma indireta de instigação, que se faz através da exaltação de um mal realizado. Enquanto nesta ocorre a sugestão, a exortação prévia, na apologia, ante um fato delituoso já consumado, há uma aprovação do resultado da conduta criminosa, que é aplaudida pelo agente.³¹

Tal como a incitação, essa figura também é tipificada em legislação penal especial.³²

Sendo um discurso que tem por fim justificar, defender ou louvar alguém ou alguma coisa, constitui a apologia uma forma de manifestação do pensamento, o que leva a que se questione a constitucionalidade de tal incriminação, que, à primeira vista, parece tolher a liberdade de manifestação do pensamento, direito fundamental garantido pela Constituição Federal.

Acontece que, na apologia de crime ou de criminoso, a atuação do agente transcende a pura e simples manifestação do pensamento, constituindo um comportamento idôneo a provocar o cometimento de delitos, razão por que é punida. Não é crime de apologia a simples tentativa de persuadir da verdade de uma doutrina ou ideologia política ou filosófica que exprima a

³¹ FÁVERO, 1950, p. 230.

³² *Vide* capítulo 2 *supra*.

necessidade de um contraste e de uma luta de opostos interesses econômicos e sociais.³³

Quando, porém, o exercício dessa liberdade dá ocasião a abusos, aproveitando-se o agente para induzir outras pessoas a quererem imitar ou tolerar a prática de delitos que ameacem a ordem jurídica, o abuso há de ser punido pela lei penal. O gozo dos direitos fundamentais está sujeito às limitações impostas pela Constituição em vista da promoção, do reconhecimento e do respeito aos direitos e liberdades das outras pessoas, a fim de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática.

As liberdades fundamentais, portanto, não podem ser exercidas contra os fins e os princípios da ordem jurídica. Não quer isso dizer, entretanto, que a incriminação da apologia constitua limitação à liberdade de manifestação do pensamento, pois somente a Constituição pode impor limites e restrições às mesmas.

Nesta hipótese, o que a lei penal faz é, através da incriminação da apologia de crime ou criminoso, impor aos sujeitos o dever de abster-se de ações que atentem contra a ordem jurídica, quer em seu aspecto objetivo, quer em seu aspecto subjetivo, o que legitima constitucionalmente a norma penal incriminadora, conforme a opinião de Jorge Miranda³⁴ e de Gian Domenico Pisapia.³⁵

3.2 Sujeitos do delito

A apologia de crime ou de criminoso é crime comum: pode ser cometido por qualquer sujeito penalmente capaz, “inclusive o criminoso, que faz a apologia de si mesmo ou do fato por ele

33 PISAPIA, Gian Domenico. *Istituzioni di diritto penale: parte generale e parte speciale*. 3. ed. Padova: CEDAM, 1975. p. 270.

34 MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. 2. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. tomo 4. p. 264 e ss.

35 PISAPIA, 1975, p. 269-70.

praticado”.³⁶ O sujeito passivo é a coletividade – “número indeterminado e indeterminável de pessoas” –,³⁷ que tem o seu direito à tranquilidade e à segurança lesado pela exaltação de condutas criminosas.³⁸ Trata-se, portanto, de crime vago.

3.3 Tipo objetivo

A materialidade da ação incriminada consiste em fazer publicamente apologia (elogiar, louvar, exaltar, aprovar, defender) de crime ou de autor de fato criminoso. Conforme a definição de Heleno Cláudio Fragoso:³⁹

Fazer apologia, no sentido em que a ação é prevista pela lei penal, é defender, justificar, exaltar, aprovar ou elogiar, de maneira perigosa, isto é, de forma que constitua incentivo indireto ou implícito à repetição da ação delituosa.

Não se admite a forma omissiva. Aqui, como na incitação ao crime, a publicidade constitui elemento objetivo do tipo. Consiste ela em um conjunto de circunstâncias (lugar, momento, meio de execução etc.) que tornam possível a comunicação da apologia a um número indefinido de pessoas. A apologia, tal como a incitação, poderá ser feita de diversas formas – “Verbalmente, por escrito, com gravuras, com gestos, no teatro, no cinema [...] etc., desde que haja publicidade e assuma caráter comissivo”.⁴⁰

Cometerá o crime de apologia, por exemplo, quem bater palmas ao ser feita referência a fato delituoso ou a seu autor.⁴¹

³⁶ MIRABETE, 2007, p. 1545.

³⁷ JESUS, 1999, p. 409.

³⁸ Com relação aos parlamentares, ver o capítulo 2 *supra*.

³⁹ FRAGOSO, 1981, p. 283.

⁴⁰ FÁVERO, 1950, p. 230.

⁴¹ A hipótese é citada por Mirabete (2007, p. 1546).

Também incorre no art. 287 do Código Penal quem expõe em público, adornado de flores, retrato de criminoso.⁴²

Não configura apologia delituosa, porém, a censura do excesso da pena ou a justificação do crime, por evidente ausência do *animus delicti incitandi*. Assim, a defesa de criminoso, por si só, não configura o delito. Para tanto, a exaltação, elogio ou defesa de um ato criminoso ou da pessoa que o praticou deve ser feita em função do delito cometido, de modo a representar forma indireta de instigação à delinquência.

A Constituição Federal assegura a todos, brasileiros ou estrangeiros residentes no Brasil, a liberdade de manifestação do pensamento, conforme previsto na Constituição Federal, art. 5º, IV, “excluindo-se, assim, a apreciação favorável de outros aspectos positivos (reais ou supostos) de sua personalidade”.⁴³

Da mesma forma, a defesa do réu por seu patrono também não configura o delito em questão. A apologia deve referir-se a crime determinado e efetivamente ocorrido, pois, segundo Heleno Cláudio Fragoso,⁴⁴ “Não se concebe a apologia de crime ou crimes *in genere* ou não sucedidos”.

A definição de crime, conceito de especial importância na caracterização da apologia delituosa, não é expressamente veiculada na atual legislação penal, mas pode ser deduzida a partir do art. 1º do Código Penal. Diz o referido dispositivo: “Não há crime sem lei anterior que o defina”. Logo, crime será toda conduta que norma penal incriminadora defina como tal. A apologia de fato qualificado como contravenção, portanto, não apresenta a tipicidade necessária.

É controversa em doutrina a questão de se determinar o sentido e o alcance da expressão “fato criminoso”, a que se refere o art. 287 do Código Penal.

42 A casuística é apresentada por Flamínio Fávero (1950, p. 230).

43 FRAGOSO, 1981, p. 284.

44 FRAGOSO, p. 283.

Basileu Garcia e Néelson Hungria defendem o entendimento de que a expressão fato criminoso pode ser crime determinado ou em abstrato (v. Lições, apostilas, 1951; ob., cit., p. 173). Fragoso (ob. cit., p. 292), Bento de Faria (ob. cit., p. 7 e 9), Noronha (ob. cit., p. 85), Damásio (Direito penal – Parte Especial, 3/390) e Delmanto (ob. cit., p. 435) defendem o sentido de fato criminoso efetivamente ocorrido. Para Magalhães Drummond (Comentários ao Código Penal, 9/184), Jorge Severiano Ribeiro (Comentários ao Código Penal Brasileiro, 4.º/278) e Sebastian Soler (Derecho Penal Argentino, 4.º/675), o fato criminoso a que faz referência o texto é o que tenha sido declarado por sentença irrecorrível.⁴⁵

Argumenta-se que, em verdade, o artigo não faz nenhuma referência ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória. A exigência de que o fato a que se refere o elogio criminoso tenha sido julgado em definitivo não integraria o tipo penal, bastando para a caracterização da apologia que o crime já se tenha consumado.

Assim, vê-se que a interpretação do art. 287 do Código Penal suscita grandes dificuldades: refere-se a lei ao irrecorrivelmente condenado pela prática de um delito ou simplesmente àquele que é acusado de tê-lo cometido? Alguns autores entendem que a figura do autor se distancia da do condenado como tal. Argumentam que se condena àquele que faz apologia do autor de um crime por um fator de segurança, tendo em vista o perigo que a sua conduta representa para a paz social, não havendo sentido em lhe conferir a justificativa de não ser a pessoa a quem dirigiu os encômios o verdadeiro autor do delito.

Todavia, outros, como Flamínio Fávero,⁴⁶ asseveram que o referido dispositivo legal refere-se ao sujeito condenado por sentença penal transitada em julgado. Em face da garantia constitucional da presunção de inocência, consubstanciada no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, a opinião mais acertada parece ser esta última. Com efeito,

⁴⁵ FRANCO, 1997, p. 3320.

⁴⁶ FÁVERO, 1950, p. 232.

referido dispositivo constitucional estatui que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Não é possível a apologia de crime culposo, pois a ação materializa-se através da tentativa de se despertar indiretamente, no espírito do instigado, o desígnio criminoso: “Tal apologia, se feita, resultaria inócua e não ofenderia o bem jurídico tutelado no art. 287 do Código Penal”.⁴⁷

Por sua vez, se lei penal posterior suprime a incriminação do delito que foi objeto da apologia, o agente não pode ser punido. Se estiver preso, deverá ser libertado; o processo não poderá ser iniciado, e se já o tiver sido deverá ser imediatamente interrompido. “Se um fato deixou de ser criminoso, sua apologia anteriormente feita não será mais crime”.⁴⁸

3.4 Tipo subjetivo

O tipo subjetivo da apologia de crime ou de criminoso é o dolo genérico, a vontade conscientemente dirigida à exaltação de um fato delituoso ou de seu autor, abrangendo a publicidade e a consciência de que os elogios constituem instigação indireta à prática de crime. Não se admite, portanto, a modalidade culposa.

3.5 Consumação e tentativa

A apologia de crime ou criminoso é crime formal, ou seja, “consuma-se com a ação de fazer apologia, sem que se exija qualquer outro resultado”.⁴⁹ Como a publicidade é elementar do tipo, consuma-se o delito quando a conduta do agente é percebida ou se torna perceptível a um indeterminado número de pessoas.

47 JESUS, 1999, p. 410.

48 FÁVERO, 1950, p. 230.

49 FRAGOSO, 1981, p. 284.

Admite-se a possibilidade de tentativa quando o meio de execução é a forma escrita – ou outro suporte material que permita o registro e transmissão da fala, como mídia audiovisual, eletrônica etc –, e a manifestação ainda não se tornou pública, tal como ocorre na incitação ao crime.⁵⁰

3.6 Concurso de crimes

O concurso de crimes, quer o concurso material, quer o concurso formal, é admissível na apologia de crime ou de criminoso. De acordo com Heleno Cláudio Fragoso (1981, p. 284), o primeiro ocorre “se a apologia, como instigação direta, constituir participação em crime que venha a ser praticado”; por outro lado, haverá concurso formal “se, num mesmo contexto de ação, fizer o agente apologia de mais de um fato delituoso”. Contudo, se o agente fizer, simultaneamente, apologia de um crime e de seu autor, não existirá concurso formal de crimes, pois a conduta típica será uma só, em face da evidente unidade de desígnio, resultando em unidade de ação e unidade de resultado.

A apologia de crime ou de criminoso admite, igualmente, a “co-participação material e moral: a primeira, por exemplo, por parte dos afixadores de cartazes, distribuidores de boletins etc. e a segunda, a dos mandantes”.⁵¹

3.7 Classificação doutrinária

Classifica-se a apologia de crime ou de criminoso como crime formal, de forma livre, simples, comum, de perigo abstrato, instantâneo e vago.⁵²

50 Nesse sentido é a doutrina de Flaminio Fávero (1950, p. 231), Damásio de Jesus (1999, p. 411), Luiz Regis Prado e Cezar Roberto Bitencourt (1997, p. 848). Vide o item 3.5. *supra*.

51 FÁVERO, 1950, p. 231.

52 É a classificação proposta por Damásio de Jesus (1999, p. 411), bem como Luiz Regis Prado e Cezar Roberto Bitencourt (1997, p. 848).

3.8 Pena e ação penal

A pena é alternativa: detenção, de três a seis meses, ou multa. Em virtude de a pena mínima abstratamente cominada ser inferior a um ano, a apologia de crime ou criminoso admite a suspensão condicional do processo (Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, art. 89, *caput*). A ação penal é pública incondicionada.

Por ser crime de menor potencial ofensivo (pena máxima não superior a um ano), seu processo e julgamento é de competência dos Juizados Especiais Criminais (Lei n. 9.099/1995, art. 60).

4 Conclusões

O presente estudo, com base em vasta pesquisa bibliográfica, em doutrina nacional e alienígena, realizou a análise dogmática dos crimes contra a paz pública que se apresentam como crimes de opinião: incitação ao crime (art. 286), e apologia de crime ou criminoso (art. 287). Contudo, sem se restringir apenas aos aspectos dogmáticos da matéria, analisaram-se também as tensões que podem existir entre esses crimes e o livre exercício de liberdades fundamentais.

Nesse sentido, viu-se que o legislador empregou a técnica de definir delitos de consumação antecipada, criminalizando condutas que possuem caráter preparatório de outras infrações penais e que, a princípio, sequer seriam punidas, se estas outras não fossem intentadas. A justificativa se encontra na própria natureza do bem jurídico tutelado, que é a paz pública, correspondente ao sentimento de segurança decorrente da estabilidade e do império da ordem jurídica.

Analisou-se individualmente a estrutura de cada delito a partir da objetividade jurídica, dos sujeitos, dos tipos objetivo e subjetivo, do momento consumativo e, por fim, da pena e respectiva ação penal.

Referências

ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale: parte speciale*. 7. ed. Agg. Milano: A. Giuffrè, 1977. v. 2.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 4.

DELMANTO, Celso. *Código penal comentado*. 3. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

FÁVERO, Flaminio. *Código penal brasileiro comentado: crimes contra a saúde pública/ crimes contra a paz pública*. São Paulo: Saraiva, 1950. v. 9.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte especial: arts. 213 a 359 do Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. v. 3.

FRANCO, Alberto Silva *et al.* *Código penal e sua interpretação jurisprudencial: parte especial*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. v. 1, tomo 2.

HUNGRIA, Nélson. Comentários ao código penal: arts. 250 a 361. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 9, 1958.

JESUS, Damásio E. de. *Código penal anotado*. 4. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1994.

JESUS, Damásio E. *Direito penal: parte especial: dos crimes contra a propriedade imaterial a dos crimes contra a paz pública*. 13. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 3.

MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho penal: parte especial*. Bogotá: Temis, 1955. v. 3.

MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto penale italiano*. Torino: Torinese, 1950. v. 6.

MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código penal interpretado*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal: parte especial: arts. 235 a 361 do Código Penal*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 1999.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. 2. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. tomo 4.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal: dos crimes contra a saúde pública a disposições finais*. São Paulo: Saraiva, 1986. v. 4.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PISAPIA, Gian Domenico. *Istituzioni di diritto penale: parte generale e parte speciale*. 3. ed. Padova: CEDAM, 1975.

PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao código penal*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PRADO, Luiz Regis; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal anotado e legislação complementar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

RIPOLLÉS, Antonio Quintano. *Compendio de derecho penal: parte especial*. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, s/d., v. 2.

ROSSO, Giovanni. Delitti contro l'ordine pubblico. In: Azara, Antonio; Eula, Ernesto. *Novissimo digesto italiano*. Torino: Torinese, 1965. v. 12, p. 152-171.

RUBIANES, Carlos J. *El código penal y su interpretación jurisprudencial: artículos 79 a 306 y leyes complementarias*. Buenos Aires: Depalma, 1978.

SARMENTO, Daniel. *A liberdade de expressão e o problema do "hate speech"*. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (org.). *Leituras complementares de direito civil: o direito civil-constitucional em concreto*. 2. ed. rev. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 39-95.

SOLER, Sebastian. *Derecho penal argentino*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1951. t. 4.