

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR JUIZ DE DIREITO PRESIDENTE DO COLÉGIO
RECURSAL DOS JUIZADOS CÍVEIS E CRIMINAIS DO ESTADO DE SÃO PAULO**

Apelação Criminal nº 0044239-02.2008.8.26.0050

RAFAEL GUEDES AUGUSTAITIZ, por seus advogados, nos autos da Apelação Criminal indicada, vem à presença de Vossa Excelência, interpor **RECURSO EXTRAORDINÁRIO**, com fundamento no art. 102, III, alínea “a”, da Constituição Federal e na forma do art. 26, da Lei 8.038/90, em virtude do v. acórdão de fls. 888-896, que contrariou o art. 5º, IX, da Constituição Federal ao condenar o Recorrente por conduta que se situa na área de proteção do direito fundamental à **liberdade de expressão artística**.

Seguem, em separado, as razões da irresignação (também baseadas em voto dissidente que absolveu o Recorrente), aguardando o seu regular

processamento, com a admissão do recurso e posterior reforma da v. decisão recorrida.

Termos em que,
pede deferimento.

São Paulo, 20 de dezembro de 2011

Leonardo Sica
OAB/SP 146.104

Luisa Moraes Abreu Ferreira
OAB/SP 296.629

PELO RECORRENTE

RAFAEL GUEDES AUGUSTAITIZ

EMINENTES MAGISTRADOS:

1. Exposição do fato e do direito

Os fatos contidos no acórdão recorrido são incontroversos: o Recorrente, após concluir seus estudos na escola de Belas Artes, e na tentativa de expressar seu conceito de arte gratuita de rua, lançou mão de *sprays* para realizar desenhos (grafite) durante o dia de exposição dos respectivos Trabalhos de Conclusão de Curso.

RAFAEL, reconhecido mundialmente pelo seu trabalho – em exposição na Bienal desse ano (fls. 843) – optou por reproduzir seus desenhos e traços famosos dentro da faculdade, para colocar em discussão o conceito de arte.

O acórdão recorrido confirmou essa abordagem dos fatos levados a juízo, sendo impossível contestar-se o conteúdo artístico do trabalho:

“Saliento que não se pretende aqui tecer qualquer discussão a respeito do **trabalho** desenvolvido pelo recorrente; (...)

Sua **criação artística**, como lançado em sentença, não apenas violou o direito de propriedade, mas também atentou contra outro bem jurídico, a paisagem urbana; (...)

De fato, o recorrente admite a intervenção na faculdade, consistente na pichação do edifício, **realizada como trabalho de conclusão de curso**, embora sem autorização prévia” (fls. 890).

Sendo o grafite ou pichação criação artística, como expressamente consignado, a exigência de “*autorização prévia*” para exclusão do crime (fls. 890) viola o direito fundamental previsto no art. 5º, IX, da Constituição, que estabelece com clareza que a liberdade artística é livre, “*independente de censura ou licença*”.

Mas, por maioria, Rafael foi condenado a oito meses de detenção porque sua conduta “*se ajusta integralmente ao conteúdo do artigo 65, caput, da Lei 9.605/98, sendo certo que sua criação artística, como lançado em sentença, não apenas violou o direito de propriedade, mas também atentou contra outro bem jurídico, a paisagem urbana*”.

A defesa nunca negou violação do direito de propriedade da Faculdade de Belas Artes, que pode ter se sentido lesionada pelo desenho do Recorrente. Mas “danos” como esse não podem servir como justificativa para o Estado criminalizar manifestações reconhecidas mundialmente como arte, estabelecendo, *a priori*, que todo grafite e pichação devem ser proibidos.

Em casos em que está em jogo a liberdade de expressão e manifestação, eventuais abusos ou lesões decorrentes do exercício desse direito fundamental devem ser resolvidos por responsabilização *a posteriori*, civil ou administrativa, como inclusive ocorreu no caso concreto.

Conforme sustentado desde o início do processo (em fase de oitiva de testemunhas, fls. 727-730, no interrogatório, fls. 733-734, em memorial escrito, fls. * nas razões de apelação, fls. * e na sustentação oral) o Recorrente deve ser absolvido por duas razões:

- (i) O art. 65, da Lei 9.605/98 não foi recepcionada pela Constituição de 1988 por violar o direito fundamental à liberdade de expressão artística, independente de censura ou licença.

(ii) A conduta do Recorrente está protegida por preceito constitucional que afasta a sua tipicidade material.

A primeira tese foi parcialmente acatada pelo terceiro juiz, que absolveu o Recorrente por atipicidade da conduta de grafitar porque com a Constituição Federal de 1988, teria havido *abolitio criminis* da conduta de “grafitar” do art. 65 da Lei 9.605/98, nos seguintes termos:

“Não se trata aqui de julgar o bom, ou o mau gosto, de tal material. Porém não se pode retirar o caráter artístico e contestatório (...) não há como afastar-se a natureza artística. Ocorreu, em face da capitulação da conduta como grafitar, *abolitio criminis*. (...) deve ser o Recorrente absolvido porque a conduta em que foi incriminado tornou-se atípica” (fls. 895-896).

Diante do preenchimento do requisito do prequestionamento – os fatos são incontroversos e a matéria debatida nesse Recurso foi a única discutida durante todo o processo - restou à defesa recorrer a essa Corte Superior, prescindindo, por questão de ética e economia processual, da oposição de desnecessários embargos declaratórios.

2. Cabimento do recurso

O presente Recurso Extraordinário fundamenta-se na contrariedade ao artigo 5º, IX, da Constituição Federal. Trata-se de causa já decidida em última instância por Tribunal Estadual, conforme requer o inciso III, do art. 102, da Constituição Federal, e devidamente pré-questionada.

Não há necessidade de reexame do conjunto fático probatório: os fatos contidos no acórdão recorrido são incontroversos. O Recorrente não nega autoria ou materialidade.

Discute-se, exclusivamente, se a condenação criminal pela conduta de pichar ou grafitar, no contexto de manifestação artística,

viola a Constituição Federal (porque o art. 65 não teria sido recepcionado ou porque se trata de conduta materialmente atípica).

Há inúmeros precedentes jurisprudenciais que amparam a admissibilidade do presente recurso no que tange à alegação de não recepção pela Constituição de dispositivo legal que viola a liberdade de em razão de violação à liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação.

Em junho de 2009, em sede de Recurso Extraordinário (e também em ADPF), o plenário do Supremo Tribunal Federal declarou como não recepcionado pela Constituição de 1988 o art. 4º, V, do Decreto-Lei 972/1969, que exigia diploma de curso superior para o exercício da profissão de jornalista.

Mesmo diante dos riscos de eventual violação de outros direitos (como privacidade e honra), em caso se se amolda perfeitamente ao presente, o STF entendeu que:

“Qualquer tipo de controle desse tipo, que interfira na liberdade profissional no momento do próprio acesso à atividade jornalística, configura, ao fim e ao cabo, controle prévio que, em verdade, caracteriza censura prévia das liberdades de expressão e de informação, expressamente vedada pelo art. 5º, IX, da Constituição” (**Recurso Extraordinário 511.961**, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 17-6-2009, Plenário, DJE de 13-11-2009).

E, no mesmo sentido:

“(…) Com efeito, a Constituição da República proclama, de maneira enfática, ser “livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença” (CF, art. 5º, IX). A liberdade de expressão artística não se sujeita a controles estatais, pois o espírito humano, que há de ser permanentemente livre, não pode expor-se, no processo de criação, a mecanismos burocráticos que imprimam restrições administrativas, que estabeleçam limitações ideológicas ou que imponham condicionamentos estéticos à exteriorização dos sentimentos que se produzem nas profundezas mais recônditas da alma de seu criador.

Daí a observação do notável ensaísta e escritor mexicano OCTAVIO PAZ (“O Arco e a Lira”) no sentido de que nada se revela mais nocivo e estéril do que a

intervenção do Estado nos domínios da cultura, da arte e do pensamento, que representam expressões fundamentais da própria liberdade humana. Isso significa, no contexto de nosso sistema normativo, que não se mostra constitucionalmente aceitável nem se revela juridicamente compatível com o modelo consagrado em nosso estatuto fundamental a imposição, pelo Poder Público, de indevidas restrições ao processo de exteriorização das obras artísticas”. (**Recurso Extraordinário** 509.409, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 31-8-2011, *DJE* de 8-9-2011).

“Nem todos os ofícios ou profissões podem ser condicionadas ao cumprimento de condições legais para o seu exercício. A regra é a liberdade. Apenas quando houver potencial lesivo na atividade é que pode ser exigida inscrição em conselho de fiscalização profissional. A atividade de músico prescinde de controle. Constitui, ademais, manifestação artística protegida pela garantia da liberdade de expressão.” (**Recurso Extraordinário** 414.426, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 1º-8-2011, Plenário, *DJE* de 10-10-2011.)

Fixado, como premissa à admissibilidade do recurso, que a constitucionalidade de restrição legal à liberdade de expressão artística é matéria que pode e deve ser apreciada pela Suprema Corte, vejamos a presença de repercussão geral.

2.1 Repercussão geral (art. 102, § 3º da CF)

O Recurso Extraordinário, especialmente após a Emenda Constitucional nº 45/2004, consagrou-se como instrumento processual apto a preservar a autoridade e a uniformidade da inteligência da Constituição, o que se reforça com a necessidade de repercussão geral das questões constitucionais nele versadas, assim entendidas aquelas que “*ultrapassem os interesses subjetivos da causa*”.

A matéria discutida diz respeito a um dos mais importantes direitos fundamentais expressos na Constituição, cláusula pétreia, e cujo fiel cumprimento condiciona o exercício de outros direitos fundamentais como os direitos políticos e as liberdades de consciência e de reunião.

O Recorrente entende que é viável e necessária a manifestação do Supremo Tribunal Federal pois a decisão recorrida optou pela flexibilização de dispositivos constitucionais de tal magnitude.

Durante o julgamento do Recurso Extraordinário nº 579431, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL debateu o procedimento de implantação do regime de repercussão geral, fornecendo esclarecimentos importantes quanto ao novo dispositivo constitucional:

“[...] A Min. Ellen Gracie afirmou que a existência ou não de repercussão geral seria decorrência direta da relevância social, política, jurídica ou econômica da questão constitucional suscitada no apelo extremo, que não poderia ser afastada pelo fato de já ter sido o assunto enfrentado em sucessivos julgados anteriores da Corte, fosse a decisão de origem contrária ao entendimento do Supremo ou consentânea com ele, haja vista que **a existência de julgados em outros processos, indicando se tratar de matéria que ultrapassa os interesses subjetivos da causa, afirmaria a repercussão geral [...]**”.

Conforme já mencionado, a colisão do direito fundamental à livre expressão intelectual, artística, científica e de comunicação, com demais direitos constitucionalmente garantidos (como o da propriedade, por exemplo) já foi amplamente debatida nesta Corte, em julgamentos que marcaram a história desse país, como o da Lei de Imprensa ou o do Caso Ellwanger.

No caso concreto, a violação da liberdade de manifestação artística também se apresenta sob circunstâncias das quais se infere a repercussão geral: trata-se do questionamento de dispositivo de frequente aplicação pelos juízos de primeiro grau, mas que dificilmente chega às Cortes Superiores por se tratar de crime de menor potencial ofensivo e de conduta praticada, em geral, por jovens com condições financeiras desfavoráveis.

Neste ponto, sustenta o Recorrente que a conduta vêm sendo analisada de forma desigual:

- No caso de artistas reconhecidos, a conduta, embora se encaixe formalmente ao tipo do art. 65 da Lei de Crimes Ambientais, jamais será considerada crime.
- Para jovens que querem discutir o conceito de arte de rua, como o Recorrente, é crime, e punido com detenção.

A proliferação de processos criminais sobre crimes de pichação e grafite revelam, com nitidez, a repercussão geral da matéria.

3. Esclarecimentos necessários

No caso concreto, o Recorrente, após concluir seus estudos na escola de Belas Artes, e na tentativa de expressar seu conceito de arte gratuita de rua, lançou mão de sprays para realizar alguns desenhos (grafite) durante o dia de exposição dos respectivos TCCs.

Quis fazê-lo na parede e não em tela justamente para reproduzir o movimento do grafite e questionar o porquê de não ser considerado arte pela escola.

O grafite moderno surgiu por volta da década de 60, como parte do movimento *hip-hop*, sendo muito utilizado como símbolo do movimento anarquista durante as greves de maio de 1968, em Paris. Apesar de, por muito tempo, ignorado pelo meio-artístico e pelos seus mecenas, o grafite é hoje visto como uma das formas de expressão das artes visuais, dentro do ramo de arte urbana.

Um dos expoentes do movimento do grafite é BANKSY, notório artista de rua, cujos trabalhos em stencil são facilmente encontrados nas ruas de Londres (ver em www.banksy.co.uk). Suas obras são carregadas de conteúdo social. Em telas e muros, faz críticas comportamentais e políticas, de

forma agressiva e sarcástica, provocando em seus observadores uma sensação de concordância e de identidade, ilustrado com obras como a seguinte:



Banksy, assim como a maioria dos grafiteiros que expõem em museus nos últimos anos, **não pedem autorização** para realizar suas intervenções. Mas, como são consideradas “arte” e, conseqüentemente os imóveis nos quais são realizadas são valorizados, não são condenados criminalmente.

De fato, como bom conhecedor do movimento artístico no qual se insere, Rafael apenas reproduziu no seu trabalho um desenho mundialmente reconhecido e adotado como símbolo da arte de rua. Como consignou a acusação em seu memorial, *“O réu confessou haver pichado o símbolo da anarquia, em tinta preta”* (fls. 741).

Mas, no caso dele, o mesmo desenho e também sem autorização, foi considerado crime...

Artistas reconhecidos como OsGemeos e Nunca, referências mundiais no grafite (que exibiram suas obras na fachada do museu

Tate Modern, em Londres)¹, dentre inúmeros outros, seguem lançando seus traços sobre edificações urbanas sem que sejam processados criminalmente, especialmente em São Paulo.

A única diferença deles para os jovens que são frequentemente processados, ao que parece, está no fato de suas condutas serem consideradas arte.

E é justamente para evitar distorções como essas que a Constituição Federal determina que nenhum diploma normativo pode limitar, *a priori*, manifestações artísticas. Não cabe ao delegado de polícia, ao juiz ou legislador a (indevida) fixação conceitual do que é ou não é arte.

Como o conceito de arte não pode e não deve ser definido nos autos de um processo judicial, havendo possibilidade razoável de a conduta sob julgamento ser manifestação de livre expressão artística, não se justifica a intervenção penal. Pelo contrário, o enquadramento penal daquela conduta poderá representar violação de garantia constitucional.

É por isso que, consignando que a defesa não desconhece que o grafite sobre patrimônio alheio é conduta que gera danos e pode desagradar o proprietário do local grafitado a questão deve ser enfrentada por instrumentos jurídicos mais aptos, como ocorreu no caso concreto, com a expulsão e cassação da bolsa de estudos do Recorrente, sem prejuízo, ainda, de que ele seja acionado civilmente quanto aos danos.

Embora não se trate de matéria que envolva análise probatória, interessante à presente discussão reproduzir alguns elementos da instrução que demonstram que o que está sendo avaliado em cada um dos milhares de processos pelo art. 65, da Lei 9.605/98 é, fundamentalmente, o conceito de arte.

¹ Link da Tate Modern sobre a exposição disponível em: www.tate.org.uk/modern/exhibitions/streetart/artists-osgemeos.shtm. Acessado em 27/11/2010, às 18:30.

3.1. Para contrariar o suposto caráter artístico do trabalho de RAFAEL, a Faculdade de Belas Artes enviou ao processo a testemunha ALEXANDRE LUIZ D. ESTOLANO.

Bacharel e Doutor em administração, a testemunha informou que naquela faculdade há um projeto pedagógico que “*define o que os alunos devem ou não aprender no que concerne a ‘ARTE’*” (fls. 724) e, como o trabalho de RAFAEL não se enquadrava no conceito fechado e pré-definido pela burocracia administrativa da escola, foi rejeitado.

O Recorrente, por sua vez, demonstrou perante o juízo de primeiro grau (i) seu inequívoco ânimo de difundir a arte de rua e que (ii) agiu, talvez ingenuamente, motivado por levar essa forma de **livre expressão artística** para a discussão acadêmica.

Não à toa, identificou MARCEL DUCHAMP dentre suas influências (fls. 737): artista francês que se tornou ícone da arte moderna ao utilizar objetos como um vaso sanitário para expressar sua arte, DUCHAMP demonstrou que esse tipo de manifestação artística não se enquadra a um conceito submetido a categorias rígidas, pré-estabelecidas e singulares.

Tampouco DUCHAMP foi processado por furto quando retirou o mictório de um banheiro público e o expôs numa galeria...

4. Não recepção do artigo 65 da Lei 9.605/98 pela Constituição Federal

O direito fundamental à liberdade de expressão artística² é assegurado a qualquer brasileiro ou estrangeiro residente no país (art. 5º, *caput*).

² Art. 5º, IX, da CF: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.

Trata-se de direito de *status negativus* (direito de defesa ou de resistência) que objetiva impedir interferências estatais na ação de seus titulares.

Como a Constituição Federal não define o termo “expressão da atividade artística”, baseando-se no significado comum e contemporâneo do termo podemos defini-lo como o ato de utilizar uma habilidade para “produzir um resultado estético”³ ou “criar sensações ou estados de espírito”⁴.

Não restam dúvidas quanto ao fato de que a expressão artística é fenômeno cultural⁵ e, para tanto, precisa ter como objetivo a expressão de crenças, comportamentos, valores ou regras morais que tenham algum significado cultural.

O texto constitucional não faz qualquer ressalva quanto ao valor estético ou à qualidade da manifestação cultural, restando proibida qualquer tipo de censura ou licença (art. 5º, IX, CF).

Ao não incluir no texto qualquer condicionante, a Constituição Federal entende que não é objetivo do estado realizar juízos de valor quanto à qualidade e ao valor da manifestação cultural. Assim, toda “expressão artística”, entendida nos termos expostos nas linhas anteriores, encontra proteção constitucional.

No caso dos autos, o que se tem é a utilização de uma habilidade (grafitar) para a produção de obra de resultado estético (desenho colorido no muro - grafite) com o objetivo de criar sensações ou estados de espírito em quem a vê (beleza, repulsa, alegria ou dor). Sua ação também expressa uma idéia, valor ou crença (o conceito de arte gratuita para o povo).

Tendo em vista o caráter dialético do conceito de arte – arte não é apenas aquilo considerado como tal pelos seus autores (expressão de

³ Richard Wollheim 1980, Essay VI. pp. 231-39

⁴ Def. do Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, Aurélio Buarque De Holanda Ferreira, 2004.

⁵ GOMBRICH, Ernst H. A história da arte. São Paulo: LTC. Editora, 2000, pp. 3-5

uma idéia), mas também aquilo que é considerado arte pelos espectadores (criação de sensação) – saber se grafite e pichação configuram “expressão artística” depende também da verificação de como sua obra é vista pela sociedade.

Senão, vejamos.

4.1 Apesar de, por muito tempo, ignorado pelo meio-artístico e pelos seus mecenas, o grafite é hoje visto como uma das formas de expressão das artes visuais, dentro do ramo de arte urbana.

A “Revista da Folha” dedicou matéria de capa ao “roteiro dos melhores grafites espalhados pelas ruas da cidade”, **todos realizados em edificações urbanas e sem autorização (fls. *)**.

GILBERTO DIMENSTEIN, articulista respeitado, abordou e apoiou as ações que deram origem ao filme “Pixo”, de JOÃO WAINER e ROBERTO OLIVEIRA; destacou a ampla aceitação do “*estilo das letras que povoam uma metrópole como São Paulo*” no meio artístico europeu e asseverou ser a pichação exercício de liberdade artística (fls. *).

A revista “Carta Capital” enfocou o tema sob o sugestivo título “*O direito de intervir*”, em matéria na qual foram ouvidas diversas vozes do mundo das artes, todas reconhecendo o caráter artístico do movimento que RAFAEL integra (fls. *).

Sobre a “turma da pichação”, indaga a matéria: “*deveria frequentar a prisão ou os seminários sobre arte moderna?*”.

Em outras oportunidades, “Folha de São Paulo” (fls. *) e “Estado de S. Paulo” (fls. *), publicaram matérias especializadas **demonstrando** que grafite e pichação são mundialmente reconhecidos como expressão importante da arte de rua.

O “Estado” ouviu o crítico de arte MIGUEL CHAIA, pesquisador do Núcleo de Arte, Mídia e Política da PUC, que fulminou:

Limitar o trabalho do artista de grafite é preconceito. Por que um artista contemporâneo pode fazer vídeo, fotografia, performance, instalação e o grafiteiro não pode fazer fotografia, pintura, desenho? A contemporaneidade abriu esse espaço. Até a Tate trabalha com grafite. É um grande sinal. [...] (fls. *).

A discussão é ampla, conforme demonstra debate promovido pela “Folha de São Paulo” (fls. *), em que o Ministro da Cultura salientou que a repressão penal sobre o grafite “pode macular a liberdade de expressão”.

Enfim, a defesa não pretende, nem tem condições, de afirmar o caráter artístico do grafite e da pichação.

O fato indiscutível é que a lei não pode definir o que é arte. E nem se dispõe a fazê-lo, daí a existência do preceito constitucional sob análise.

No mínimo, a dúvida quanto ao conteúdo semântico da conduta sob julgamento recomenda o afastamento do Direito Penal e a prevalência da Constituição Federal, pois **o Direito não é instrumento recomendável para a definição “a priori” dos limites da atividade artística.**

4.2. Estabelecido que as condutas de pichar e grafitar estão dentro do âmbito de proteção do direito à liberdade de manifestação artística, resta verificar – ante a óbvia máxima de que nenhum direito é absoluto – se a criminalização dessas ações é constitucionalmente justificável.

No caso concreto, o MM. Juiz de 1º grau justificou a validade do art. 65 da Lei 9.605/98 – e conseqüente proibição da pichação e do grafite – na necessidade de resguardar o direito de propriedade de terceiros:

Não há liberdade para criar, artisticamente, sobre bem de terceiro (ao menos não sem a autorização do proprietário). O direito de propriedade, tanto quanto o direito à liberdade de criação, é também constitucionalmente preservado. (fls. 800).

De fato, há um aparente conflito entre o direito de propriedade e o direito de livre manifestação artística.

Pelo argumento do acórdão recorrido, o conflito seria resolvido da seguinte forma: arte de rua, que prevalece, especialmente, em jovens que não têm qualquer acesso à telas painéis e outdoors, deve ser proibida, sempre e *a priori*, por limitar o direito de propriedade.

A solução seria constitucionalmente viável caso (i) a constituição não tivesse proibido expressamente a censura prévia no caso da liberdade de manifestação artística e (ii) não houvesse outra forma – e que não limitasse o direito de livre manifestação artística de resguardar o direito de propriedade.

Como Vossas Excelências bem sabem, limitações aos direitos fundamentais só são possíveis caso sejam a única forma de resguardar outro direito constitucionalmente assegurado.

No caso concreto, há forma de garantir o direito de propriedade sem violar de forma manifesta a proibição da censura prévia: indenização a quem se sentir lesionado, exatamente nos termos do que determinado pelo Supremo Tribunal Federal no célebre julgamento que declarou a inconstitucionalidade da Lei de Imprensa (Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967):

[...] revela-nos que nada mais nocivo, nada mais perigoso do que a pretensão do Estado de regular a liberdade de expressão, pois o pensamento há de ser livre – permanentemente livre, essencialmente livre, sempre livre. (...) **A Constituição, ao subtrair o processo de criação artística, literária e cultural da interferência, sempre tão expansiva quanto prejudicial, do Poder Público, mostrou-se atenta à grave advertência de que o Estado não pode dispor de poder algum sobre a palavra, sobre as idéias e sobre os modos de sua divulgação.**

Cabe observar, bem por isso, que **a responsabilização ‘a posteriori’, em regular processo judicial**, daquele que comete abuso no exercício de liberdade de informação não traduz ofensa ao que dispõem os §§1º e 2º do art. 220 da Constituição da República, pois é o próprio estatuto constitucional que estabelece, em favor da pessoa injustamente lesada, a possibilidade de receber

indenização” (Voto do Min. Celso de Mello na ADPF 130, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 30-4-2009, Plenário, *DJE* de 6-11-2009).

A proibição do grafite e da pichação não foi recepcionada pelo artigo 5º, IX da CF impondo-se a declaração incidental de inconstitucionalidade do artigo 65 da lei 9.605/98.

Trata-se, inclusive, de norma que muitas vezes deixa de ser aplicada pelas Autoridades Públicas, justamente por entenderem que a proibição, em certos contextos não se justifica.

No último 14 de setembro, pichadores foram detidos ao grafitar os muros que cercam a avenida 23 de Maio. O Delegado de Polícia responsável colheu depoimentos e os liberou:

[...] O delegado Milton Coccaro disse que ele não foram presos porque entendeu que nenhum dos “nove artistas tinham a intenção de deteriorar o patrimônio”.

“Era uma manifestação de cunho artístico. Também não era razoável prender nove e deixar 150 lá, grafitando” [...] (fls. *).

A proibição, além de inconstitucional, é injusta, porque artistas que já têm seu nome consagrado nunca são punidos, o que só corrobora o fato de o direito civil lidar melhor com esse fato do que o direito penal: se um artista famoso grafitar no meu muro e eu gostar, nada vai acontecer. Se eu não gostar, recebo indenização...

Hoje, essa “justiça” está sendo feita de forma desviada e as Autoridades Públicas estão realizando a difícil – e ilegal – tarefa de decidir quais casos de pichação e grafite devem ser levados a diante.

5. Atipicidade material da conduta

Caso não se entenda pela inconstitucionalidade do art. 65 da Lei de Crimes Ambientais, a garantia inscrita no art. 5º, IX da Constituição Federal retira a conduta do Recorrente do âmbito de proibição da norma penal em questão.

Reconhece-se que a conduta é formalmente típica: a ação do Recorrente amolda-se à descrição do art. 65 da Lei 9.605/98.

Porém, a conduta carece de tipicidade material e, na esteira da atual dogmática penal, o juízo de tipicidade não se exaure no mero exercício literal de adequação da ação do agente aos termos do tipo penal.

LUIZ FLÁVIO GOMES e GARCÍA-PABLOS DE MOLINA demonstram que, na atualidade, “outro modelo de delito não parece compatível senão o constitucionalista, que o descreve como ofensa desvaliosa a um bem jurídico relevante”⁶.

O enfoque constitucionalista do delito, elaborado pelos penalistas mais relevantes como ROXIN, BRICOLA, FIGUEIREDO DIAS, ZAFFARONI e HASSEMER, define que o Direito Penal deve ser voltado exclusivamente para a punição de condutas que ofendam bens jurídicos compatíveis com o quadro axiológico ou valorativo da Constituição⁷.

Assim, não é qualquer conduta que se encaixe (formalmente) a um tipo penal que deve ser considerada como criminosa. É necessária uma avaliação do preenchimento material dos requisitos acima resumidos: ofensividade e proteção constitucional.

⁶ Direito Penal, v. 2. Parte Geral. Editora RT, 2007, p. 211.

⁷ Idem, p. 172.

Em relação ao art. 65 da Lei 9.605/98, LUIZ REGIS PRADO ensina que o bem jurídico é o patrimônio público ou privado do ponto de vista estético⁸.

E, por tudo o quanto debatido anteriormente, não há como julgar, aqui, o valor estético do trabalho do Recorrente.

Evidentemente, pichar o patrimônio alheio cria um problema que deve ser enfrentado pelo Direito, pois haverá aqueles que discordarão do resultado estético. Para tanto, Direito Civil e Administrativo contemplam uma série de medidas aptas a regular o conflito (restaurar, indenizar, etc.) sem criar o dilema que, necessariamente, o recurso ao Direito Penal impõe: definir o que é arte e o que é crime.

Lembrando que, no conflito entre o Recorrente e a Faculdade, esta já teve seus legítimos interesses tutelado pelo Direito Administrativo: o Recorrente foi processado, expulso e teve sua bolsa de estudos cassada.

Logo, sua violar o direito fundamental à liberdade artística previsto pelo art. 5º IX, da CF, pois (i) a conduta descrita na denúncia situa-se na área de proteção do direito fundamental à liberdade de expressão artística; (ii) a condenação criminal interveio na área de proteção desse direito fundamental; e (iii) a intervenção penal, portanto, não possui justificção constitucional.

Aqui, importa fixar que a pretensão do Recorrente está revestida de manifesta plausibilidade: durante o julgamento, o eminente 3º Juiz deu provimento ao recurso para absolvê-lo com fundamento no art. 386, III do CPP (fls. 894-896).

⁸ Crimes contra o ambiente. Saraiva, 2001, p. 220. Idem, p. 172.

O voto divergente, de maneira sucinta, adotou interpretação conforme a Constituição para concluir pela atipicidade da conduta.

Portanto, não fossem os argumentos defensivos, a divergência ocorrida durante o julgamento constitui fundamento suficiente para recomendar a admissibilidade do presente recurso.

6. Razões do pedido de reforma da decisão

Ante o exposto, **RAFAEL GUEDES AUGUSTAITIZ** aguarda seja o presente Recurso Extraordinário admitido e posteriormente provido, com a conseqüente anulação de sua condenação, em face da contrariedade ao direito fundamental à livre expressão artística, por ser medida compatível com a jurisprudência dominante na matéria e com os preceitos de nossa Carta Magna.

São Paulo, 20 de dezembro de 2011

Leonardo Sica

OAB/SP 146.104

Luisa Moraes Abreu Ferreira

OAB/SP 296.629