

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL I

ANA PAULA MOTTA COSTA

GUSTAVO NORONHA DE AVILA

GABRIEL ANTINOLFI DIVAN

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente **Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente **Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente **Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente **Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch UFSM – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho Unifor – Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta Fumec – Minas Gerais

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro UNOESC – Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

C928

Criminologias e política criminal I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Ana Paula Motta Costa; Gustavo Noronha de Avila; Gabriel Antinolfi Divan. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-688-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL I

Apresentação

Em 15 de Novembro realizamos mais uma edição do Grupo de Trabalho “Criminologias e Política Criminal”. Já são cinco anos de presença do GT em todos os eventos do CONPEDI, sempre com expressiva adesão da comunidade acadêmica.

“Crimes contra a Liberdade Religiosa”, de Roberto Baggio Berbicz e Guilherme Ferreira Colpo, discutiram a legitimidade da tutela penal neste particular. Discutiu-se as (im) possibilidades de tutela e conflitos entre liberdade de expressão e a religiosa, em uma análise a partir da dogmática penal e constitucional.

Há poucas publicações brasileiras acerca dos limites éticos das pesquisas criminológicas, tendo em vista esta especificidade, Bruna Lazaretti e Gustavo Noronha de Ávila, tratam do tema em “Ética na Pesquisa Criminológica: um Panorama Brasileiro”. É discutido o estado da arte acerca do tema, bem como a normatização pátria e a comparada.

A partir do paradigma da seletividade penal, característica das mais importantes da criminologia crítica, Eduardo Tedesco Castamann e Gabriel Divan, analisam os limites do discurso abolicionista em uma perspectiva centrada nos crimes que nem sempre são objetos de apuração pelo sistema penal.

Em pesquisa empírica, realizada no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Gabriela Favretto Guimarães e Ana Paula Motta Costa, discutem o conflito entre a Pichação e o sistema penal. São trazidos não apenas argumentos dogmático-penais, como também a partir da filosofia da arte, apontando os limites (ou falta deles) para os processos de criminalização.

Maria Tereza Soares Lopes, em “A Descriminalização do Aborto no Brasil: breve análise do HC 124.306/RJ e de sua conformidade com o ordenamento jurídico pátrio.”, trava discussão acerca de importante caso concreto que traz a possibilidade de uma quarta hipótese de afastamento da lei penal para caso de aborto: aquele feito até o 3º mês de gestação. A hipótese discutida é a da legitimidade constitucional para a hipótese, pois os tratados de direitos humanos possuem caráter supralegal, como é o caso do Pacto de São José da Costa Rica, que contraria a hipótese vencedora no referido julgado.

No texto “A Expansão do Direito Penal Tradicional frente os Novos Paradigmas da Sociedade de Risco”, Camila Morás da Silva e Daniela Favaretto Mattos, analisam os impactos político-criminais das complexidades sociais contemporâneas. Defendem, neste sentido, a visão de Silva-Sánchez quanto à importância do direito penal consciente de suas possibilidades.

Mauri Quiterio Rodrigues debate a ideia de como a intolerância funciona como combustível do combate à criminalidade. Trabalha, em específico, com quem possui mais risco das pessoas serem confundidas com criminosos e qual é o custo social da chamada busca pela segurança.

Flávia Vianna e Maisa Lopes enfrentam o tema da aplicação do princípio da insignificância ao policial militar, quando cometer o delito do art. 28 da Lei Drogas. Concluem, de acordo com critérios castrenses, que não seriam possível.

“A Norma que Pune: Direito, Castigo e a Causa Negra no Brasil”, de Fábio dos Santos Gonçalves e Bruno Rotta Almeida, analisam as criminalizações dos negros em nosso país. Partem de uma contextualização histórico-política e seus impactos na região Sul do Rio Grande do Sul. Demonstram como as alterações legislativas não significaram o abrandamento da histórica criminalizações dos negros.

Os rumos da política criminal cautelar brasileira, cujo dispositivo mais consagrado é a prisão preventiva, são discutidos no texto “A Ordem Pública como Fundamento da Prisão Preventiva: apontamentos sobre a Reforma do CPP no Brasil” de Jordânia Cláudia de Oliveira Gonçalves e Flávia Ávila Penido. É destacado que o “fundamento” da ordem pública segue sendo previsto na redação atual do chamado “novo CPP”, com a devida crítica à esta permanência.

A discussão acerca da teoria da associação diferencial, em Sutherland, e sua aplicação no Brasil é trazida por Letícia Silva da Costa e Janaína Thais Daniel Varalli. Desde a discussão do Primeiro Comando da Capital e os impactos destes na violência urbana, as autoras trazem a referida teoria como possibilidade de explicação das interações daquele grupo.

Nem sempre o debate político-criminal brasileiro está assentado em hipóteses de realidade. Esta é a questão trazida por José Wilson Ferreira Lima, em “Análise de Critérios para a

Elaboração da Política Criminal pelo Parlamento Brasileiro”, demonstrando a inadequação dos Projetos de Lei Substitutivos n. 149/2015 e n. 279/2018 com os preceitos do Estado Democrático de Direito.

A partir do documentário “Cortina de Fumaça”, Sara Alacoque Guerra e Paulo Thiago Fernandes Dias, discutem o proibicionismo de drogas. Destacam como o discurso de guerra às drogas reforça a seletividade estrutural de nosso sistema, desde um diálogo com o referencial da criminologia crítica.

Dentro de uma apreciação constitucional, Tainá Fernanda Pedrini e Pollyanna Maria da Silva, discutem o complexo tema da prática por indígenas de homicídios culturalmente motivados. Em acordo com suas premissas teóricas, realizam a crítica da possibilidade do homicídio, utilizando o espectro dos direitos humanos.

Na sequência, temos o texto “Da Atipicidade das Condutas dos Crimes de Resistência, Desacato e Desobediência: uma análise fundamentada na criminologia crítica e no garantismo penal”, de Bárbara Amelize Costa e Pablo Alves de Oliveira. Os autores discutem as (im)possibilidades de criminalização de condutas que poderiam diferenciar demasiadamente Estado e indivíduo.

Um balanço dos três anos de vigência da qualificadora referente ao feminicídio, é proposto por Valdir Florisbal Jung. Mesmo depois da nova hipótese de criminalização, a pesquisa constatou o aumento no número de feminicídios e discute, a partir disto, encaminhamentos para a sua efetividade.

A partir dos pressupostos da teoria (criminológica) crítica de Richard Jackson, Caroline Bussoloto Brum analisa a (in)existência do narcoterrorismo no Brasil. Analisa o PCC como possível exemplo narcoterrorista, chegando a conclusão de que não seria o caso, pois o grupo não tem como objetivo a alteração do sistema político-econômico.

Bruna Vidal Rocha e Dani Rudnicki discutem a questão do patriarcado no contexto do sistema de justiça criminal. Desde um caso concreto, problematizam também questões raciais e estrutural-econômicas aplicadas ao exemplo discutido.

As inseguranças do presente são discutidas em “Segurança Humana: da origem à obrigatoriedade de ações de proteção por parte do Estado”. Defendendo uma análise interdisciplinar do fenômeno da violência, os autores constataam a centralidade da segurança pública na ciência criminal.

“Tutela Jurídica do Idoso em Contexto Prisional”, de Warley Freitas de Lima e Randal Magani, traz a discussão acerca de uma população, no contexto carcerário, duplamente vulnerável: o idoso. O tema não é frequentemente tratado, sendo que o texto demonstra o crescimento do número de idosos no cárcere brasileiro e a ausência de tratamento adequado desse grupo.

Temos, assim, um corpo heterogêneo de importantes trabalhos que contribuem decisivamente à criminologia brasileira.

Desejamos a todos/as uma excelente leitura!

Prof. Dr. Gustavo Noronha de Avila – UNICESUMAR

Prof. Dr. Gabriel Antinolfi Divan – UPF

Prof. Dr. Ana Paula Motta Costa - UFRGS / UniRitter

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

GRAFITE E PICHANÇA : O CONFLITO ENTRE A ARTE E A LEX CERTA NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL

GRAFFITI AND VANDALISM: THE CONFLICT BETWEEN ART AND LEX CERTA IN THE JURISPRUDENCE OF THE COURT OF JUSTICE OF RIO GRANDE DO SUL

Gabriela Favretto Guimarães ¹

Ana Paula Motta Costa ²

Resumo

A legislação penal distingue as práticas de pichação e grafite, criminalizando apenas a primeira. Uma das características diferenciadoras entre as práticas, depreendida da lei, é que o grafite é realizado mediante manifestação artística. Arte, no entanto, é um termo de difícil definição, como aborda-se por meio da perspectiva do filósofo esteta Morris Weitz. A imprecisão do termo entra em conflito com as exigências que a Lex Certa impõe às leis penais, analisadas a partir da doutrina penal contemporânea. O artigo examina como esse conflito é enfrentado na jurisprudência do TJRS sobre o tema, encontrando contradições e lacunas de fundamentação.

Palavras-chave: Grafite, Pichação, Arte, Lex certa, Jurisprudência

Abstract/Resumen/Résumé

Criminal law distinguishes “pichação” and graffiti practices, criminalizing only the former. One of the distinguishing characteristics between the practices, deduced from the law, is that graffiti is made by means of artistic manifestation. Art, however, is a term difficult to define, as it is approached from the perspective of the philosopher aesthete Morris Weitz. The imprecision of the term conflicts with the demands that Lex Certa imposes on criminal laws, analyzed from contemporary criminal doctrine. The article examines how this conflict is faced in the jurisprudence of the TJRS on the subject, finding contradictions and lack of fundamentation.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Graffiti, Vandalism, Art, Lex certa, Jurisprudence

¹ Mestranda

² Doutora

1. Introdução.

O ato de pichar e a prática do grafite são distinguidos pela legislação brasileira, que criminaliza apenas o primeiro. O texto da Lei de Crimes Ambientais (Lei 9.605/1998), com redação dada pela Lei 12.408/2011, traça essa distinção valendo-se, dentre outros fatores, de uma análise acerca da presença ou ausência de manifestação artística na prática em questão. Artístico, no entanto, é aquilo relativo à arte, conceito de árdua definição, que à primeira vista entra em conflito com o mandato de determinação das leis penais, a *lex certa*.

Para abordar a dificuldade conceitual de “arte” no presente artigo, em um primeiro momento, recorreremos aos escritos do filósofo esteta americano, ou filósofo da arte, Morris Weitz. O ensaio de Weitz, “O papel da teoria na estética”, de 1956, data de poucos anos antes do começo da proliferação do *graffiti* nos Estados Unidos. Para mais de sua pertinência temporal, o ensaio foi escolhido dentre tantos que se propõem a construir uma definição de arte porque além de fornecer uma crítica concisa de renomadas teorias da arte, apresenta um conceito de arte de textura aberta. A essa dificuldade de se definir arte, representada pela crítica às teorias dominante e pela ideia de que a arte possa ser um conceito aberto, vamos confrontar em seguida as exigências que a *lex certa* impõe às leis penais.

A *lex certa*, tratada pela doutrina penal contemporânea como requisito derivado do princípio da legalidade, cujo desrespeito significa afronta ao próprio Estado de Direito, demanda que o legislador redija as leis penais da maneira mais inequívoca possível, evitando o emprego de conceitos vagos ou de forte conteúdo valorativo. Conceitos de difícil determinação como a arte – ou, na letra da lei, “manifestação artística” – têm o condão de obstaculizar a clareza das leis e relegar ao momento da sentença a real definição de quais condutas são criminalizadas e quais não. Partindo de penalistas contemporâneos como Silva Sánchez, Zaffaroni, Schmidt e Busato, analisa-se a jurisprudência acerca do artigo 65 e §2 da Lei de Crimes Ambientais, à luz das implicações do requisito da precisão da lei penal e da ausência de um conceito preciso e hegemônico de arte apresentado por Weitz.

Em um terceiro momento, investiga-se, portanto, como a tensão entre a dificuldade de determinação de “arte” e as exigências da *lex certa* são solucionadas pelo Poder Judiciário quando é realizada a distinção entre grafite e pichação na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS). Analisam-se acórdãos em que figura tal distinção, localizados a partir do mecanismo de pesquisa jurisprudencial do site do TJRS e, em seus textos, busca-se identificar se essa tensão se faz presente na prática judicial, e como a mesma é eventualmente resolvida.

2. A teoria da arte a partir de Weitz.

A Lei de Crimes Ambientais, em seu artigo 65, tipifica o ato de “pichar ou por outro meio conspurcar edificação ou monumento urbano”, enquanto expressa no §2º não ser crime a prática autorizada de “grafite realizada com o objetivo de valorizar o patrimônio público ou privado mediante manifestação artística, desde que consentida pelo proprietário e, quando couber, pelo locatário ou arrendatário do bem privado e, no caso de bem público, com a autorização do órgão competente (...)”. Dessa maneira, a conclusão quanto à tipicidade das condutas às quais se referem o artigo 65 e §2º da Lei de Crimes Ambientais leva em consideração, dentre outros fatores, o exame acerca da presença ou ausência de manifestação artística. Ante a complexidade do conceito “manifestação artística”, recorre-se à filosofia da arte. Morris Weitz, em seu ensaio “O papel da teoria na estética”, enfatiza que a preocupação central da filosofia da arte, ao longo dos tempos e ainda hoje, é a determinação da natureza da arte (WEITZ, 1956, p. 27), razão pela qual privilegiou-se a análise dos estudos desse campo na nossa investigação.

As grandes teorias da arte, segundo o filósofo americano, convergem em sua tentativa de afirmar as propriedades necessárias e suficientes da arte, que a caracterizam e distinguem de tudo mais. Muitos teóricos, o autor aponta, afirmam que tal preocupação é absolutamente necessária para qualquer entendimento e avaliação acerca da arte, sendo conseqüente sua importância não apenas acadêmica, mas para a própria fundamentação da apreciação e da crítica da arte. No entanto, segundo o mesmo, não se está mais próximo de atingir esse objetivo do que se estava nos tempos de Platão (WEITZ, 1956, p. 27).

Para Weitz, a inadequação dessas teorias é causada por uma má compreensão fundamental da arte, qual seja a de que a arte é suscetível de uma definição real ou verdadeira. Isso porque, na crítica do filósofo, a arte não tem um conjunto de propriedades necessárias e suficientes (WEITZ, 1956, p. 27-28). O artigo de Weitz é de grande auxílio no dimensionamento da dificuldade de se estabelecer uma definição real, ou mesmo dominante, de arte. Suscintamente, ele faz um apanhado daquelas que denomina como “as grandes teorias da arte”, criticando-as a partir dos seus próprios conceitos fechados de arte.

A teoria Formalista, especificamente a proposta por Bell e Fry, assevera que a essência da arte são os elementos plásticos em relação. Essa teoria, conforme Weitz, erra em colocar que a natureza da arte é uma combinação única de certos elementos, que tudo que é arte tem forma significativa, e tudo que é não arte, não tem. O erro se constitui na produção de conceitos que excluem certas formas de arte, ou incluem manifestações que não são arte, e é

repetido nas outras grandes teorias. Para a teoria Emocionalista, advogada por autores como Tolstoy e Ducasse, a propriedade definidora da arte é a expressão de emoção em algum meio público sensível. Já segundo a teoria Intuicionista de Croce, arte é identificada por um ato criativo, cognitivo e espiritual específico, um primeiro estágio de conhecimento em que os artistas trazem suas imagens para a expressão lírica. A teoria Organicista diz que arte é uma classe de todos orgânicos consistentes de elementos distinguíveis, embora inseparáveis, apresentado em um meio sensível; toda obra de arte é, assim, um complexo único de partes inter-relacionadas. Por fim, a teoria Voluntarista de Parker defende uma definição de arte a partir de um complexo de características, quais sejam a corporificação de desejos satisfeitos de modo imaginativo, a linguagem e a harmonia. (WEITZ, 1956, p. 28-29).

Weitz critica a inadequação de todas essas teorias, seja por sua circularidade, ou por seus conceitos excludentes, que deixam de fora formas de arte, ou demasiado incluídos, que abrangem o que não é arte. Todas elas falham em identificar um conjunto de propriedades necessárias e suficientes da arte (WEITZ, 1956, p. 29-30), sendo esse o ponto de que o autor parte para ir além da crítica das teorias tradicionais da arte. Sua proposição de conceito aberto é fundamentada na tese de que uma teoria da arte é “uma tentativa logicamente vã de definir o que não pode ser definido, de declarar as propriedades necessárias e suficientes daquilo que não tem propriedades necessárias ou suficientes, de conceber o conceito de arte como fechado quando seu próprio uso revela e demanda sua abertura”¹ (WEITZ, 1956, p. 30).

Para construir seu conceito aberto de arte, Weitz deriva de Wittgenstein, filósofo que lançou a pergunta ilustrativa “O que é comum a todos [jogos]?”, concluindo não haver nada que seja comum a todos eles, mas sim uma rede complicada de similaridades e relações (WITTGENSTEIN, 1979, p. 38-39). Weitz traz para a filosofia da arte essa ideia de que compreender “jogo” não implica saber uma definição real, mas ser capaz de reconhecer e explicar jogos, e apontar entre exemplos imaginários quais seriam ou não chamados de jogos. Segundo ele, de forma semelhante ao que se chama de jogo, o que se chama de arte não conta com propriedades comuns, apenas semelhanças de família. Desse modo, a arte, como o jogo, demanda um conceito de textura aberta, conceito cujas condições de aplicação são corrigíveis para ampliá-lo ou reduzi-lo, conforme novos casos que precisarem ser incluídos ou excluídos de seu âmbito (WEITZ, 1956, p. 31):

¹ Tradução nossa. No original: “a logically vain attempt to define what cannot be defined, to state the necessary and sufficient properties of that which has no necessary and sufficient properties, to conceive the concept of art as closed when its very use reveals and demands its openness”.

A própria “arte” é um conceito aberto. Novas condições (casos) têm constantemente surgido e vão, sem dúvida, constantemente surgir; novas formas de arte, novos movimentos vão emergir, o que demandará decisões por parte daqueles interessados, usualmente profissionais críticos, sobre se o conceito deve ser estendido ou não. Os estetas podem estabelecer condições de similaridade mas nunca condições necessárias e suficientes que a correta aplicação do conceito. Com -a “arte”, suas condições de aplicação nunca podem ser exaustivamente enumeradas já que novos casos sempre podem ser visados por criados por artistas, ou mesmo pela natureza, o que chamaria uma decisão da parte de alguém para estender ou fechar o velho e para inventar um novo conceito². (WEITZ, 1956, p. 32).

Weitz formula seu conceito de arte estabelecendo que, embora não existam propriedades necessárias e essenciais daquilo que chamamos de arte, existe um “critério de reconhecimento” formado por essas condições de similaridade encontradas, dentre as quais ele cita um objeto feito pela habilidade e pela imaginação humanas, em um meio sensível, um objeto que conte com relações e elementos distinguíveis, e mesmo, a satisfação dos desejos, a expressão da emoção, e um ato de empatia. Nenhum dessas similaridades é a definidora, nem necessária nem suficiente, bastando a presença de algumas das condições para que o caso em questão seja abrangido pelo conceito de arte. O autor afirma ainda, na sua defesa de um conceito aberto, que os conceitos fechados de arte sempre tiveram limites e condições desenhadas para um propósito especial (WEITZ, 1956, p. 32-34).

A concepção de arte da Weitz é apenas uma dentre a de diversos autores que, ao longo dos séculos, dedicaram-se com esmero à tarefa de definir o que é arte. Porém, ela, além de defender com lógica sua tese de que a arte exige um conceito aberto, nos é útil porque concisamente consegue demonstrar a dificuldade histórica de se encontrar uma definição de arte para a qual convergissem teóricos, artistas e leigos. Essa ausência de um conceito claro ou mesmo majoritariamente acolhido de arte impede que o artigo 65, §2º, da Lei de Crimes Ambientais seja dotado de precisão.

3. A *lex certa* conforme a doutrina penal contemporânea.

A doutrina penal coloca que o princípio da legalidade “constitui a expressão de um dos mais importantes objetivos de garantia individual assumidos pelo Direito penal

² Tradução nossa. No original: “‘Art’, itself, is an open concept. New conditions (cases) have constantly arisen and will undoubtedly constantly arise; new art forms, new movements will emerge, which will demand decisions on the part of those interested, usually professional critics, as to whether the concept should be extended or not. Aestheticians may lay down similarity conditions but never necessary and sufficient ones for the correct application of the concept. With ‘art’ its conditions of application can never be exhaustively enumerated since new cases can always be envisaged or created by artists, or even nature, which would call for a decision on someone’s part to extend or to close the old or to invent a new concept”.

moderno”³ (SILVA SANCHÉZ, 1992, p. 252). Para Busato, tal princípio, além das garantias individuais, impõe os requisitos da reserva absoluta da lei (*lex scripta*), da irretroatividade da lei penal (*lex praevia*), e do comando de determinação (*lex certa e lex stricta*) (BUSATO, 2013, p. 157). Uma construção similar é encontrada em Zaffaroni, que deriva do princípio da legalidade as exigências da legalidade formal, da irretroatividade, da máxima taxatividade legal e interpretativa, e do respeito histórico ao âmbito do proibido (ZAFFARONI et al., 2005, p. 97).

Silva-Sanchéz, partindo da doutrina alemã, enfatiza o duplo aspecto do mandato de terminação: por um lado o aspecto da *lex certa*, dirigido ao legislador; por outro, o da *lex stricta*, dirigido ao juiz, proibindo a aplicação analógica da *lex certa* (SILVA SANCHÉZ, 1992, p. 254). O aspecto que mais interessa aqui é o primeiro, visto que se trata da presença do termo “manifestação artística” – termo que, levando em conta as formulações de Weitz, considera-se contar com uma dificuldade de precisão insuperável, até o momento - na legislação penal, e seu reflexo na jurisprudência.

Pelo fato da lei penal expressar-se em palavras, que sempre deixam espaço a dúvidas de interpretação, o direito penal deve exigir o maior esforço de precisão semântica por parte dos legisladores (ZAFFARONI et al., 2005, p. 106). Assim, a *lex certa* exige que todas as leis penais sejam formuladas da maneira mais clara, inequívoca e exaustiva possível (BUSATO, 2013, p. 163). Silva Sanchéz enfatiza que o Direito positivo tem uma condição insuperável de mero marco para obtenção do Direito, mas é claro em afirmar que isso não se significa que se possa prescindir de formulá-lo com precisão. Para o espanhol, o respeito ao mandato de determinação requer um esforço legislativo para resolver as tensões entre essa segurança jurídica almejada e a justiça do caso, evitando um sistema casuísta ou a taxatividade impraticável, mas buscando a maior taxatividade possível:

(...) o mandato de determinação proscreve todas as leis penais em cuja formulação não se determine com exatidão o âmbito do punível, ordenando redações o mais precisas possível das mesmas. Isso não significa, naturalmente, que se deva adotar um sistema casuísta, que é rejeitável por sua propensão a criar lacunas e deve ser completado com cláusulas gerais. Mas sim significa que, dentro de uma formulação generalizadora, deve tratar-se de resolver as inegáveis tensões existentes entre a segurança jurídica e a justiça do caso, adotando critérios de diferenciação.

(...) a constatação de que [as leis penais] necessariamente não podem ser mais que um marco deve conduzir a fixar esse marco (da aplicação judicial e da teorização dogmática) da forma mais taxativa possível, a fim de não adicionar à obtenção judicial do Direito, já insegura por si mesma, novas – e evitáveis – doses de insegurança. Contudo, isso não deve levar a pensar em levar a taxatividade “até

³ Tradução nossa. No original: “El principio de legalidad constituye la expresión de uno de las más importantes fines de garantía individual asumidos por el Derecho penal moderno”.

extremos que não poderiam ser cumprido em nenhuma legislação imaginável”. E sim, tendo presente que o Direito penal tem outros fins a cumprir, o alcance da máxima taxatividade possível e da vinculação real do juiz ao teor da lei é um objetivo irrenunciável para o Direito penal de um Estado democrático de Direito. (SILVA SANCHEZ, 1992, p. 254-256)⁴.

Conforme Cobo-Vives, a clareza e a taxatividade são condições imprescindíveis para a segurança jurídica, pois é indispensável que a determinação de antemão das condutas que constituem e que não constituem delito seja levada a cabo pelo legislador, caso contrário o indivíduo fica à mercê do juiz ou do Governo (COBO-VIVES, 1996, p. 65). Nesse mesmo sentido, escreve Schmidt que o enunciado básico “*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*” prescreve que o conteúdo e a abrangência das normas penais sejam determinados, para evitar que a determinação seja realizada posteriormente pelo Poder Judiciário:

visto que, do contrário, não será dada a possibilidade de o povo tomar conhecimento, *a priori*, do verdadeiro limite da ilicitude penal, além do que o exato alcance da proibição acabaria sendo determinado pelo Poder Judiciário, no momento em que a sentença fosse proferida. Pelo respeito ao princípio da certeza do Direito, portanto, os associados podem ter do Direito um critério seguro de conduta, somente conhecendo antecipadamente, com exatidão, as consequências de seu comportamento. Ora, a certeza só é garantida quando existe um corpo estável de leis, e aqueles que devem resolver as controvérsias de fundam nas normas nela contidas, e não em outros critérios (SCHMIDT, 2001, p. 236-7).

Para Silva Sanchez, o mandato de determinação responde a um fim garantístico irrenunciável. Essa exigência de máxima precisão nas normas do legislador – assim como a máxima vinculação do juiz a tais normas – estaria ligada ao princípio da legitimação democrática das intervenções jurídico-penais, uma garantia de liberdade dos cidadãos frente ao Estado que deriva do princípio da divisão dos poderes. O autor explica essa ligação a partir da vontade geral, “à qual os indivíduos cederam aspectos essenciais do seu direito de decidir autonomamente sobre sua esfera de liberdade e a responder a agressões a essa esfera com

⁴ Tradução nossa. No original: “(...) el mandato de determinación proscribte todas las leyes penales en cuya formulación no se determine con exactitud el ámbito de lo punible, ordenando redacciones lo más precisas posible de las mismas. Ello no significa, naturalmente, que deba adoptarse un sistema casuista, que resulta rechazable por su propensión a crear lagunas y debe ser Completado con cláusulas generales. Más bien significa que, dentro de una formulación generalizadora, debe tratarse de resolver las innegables tensiones existentes entre la seguridad jurídica y la justicia del caso, adoptando criterios de diferenciación.

(...) la constatación de que [las leyes penales] necesariamente no pueden ser más que un marco debe conducir a fijar ese marco (de la aplicación judicial y la teorización dogmática) de la forma más taxativa posible, a fin de no añadir a la obtención judicial del Derecho, ya de por sí insegura, nuevas —y evitables— dosis de inseguridad. Con todo, lo anterior no debe llevar a pensar en llevar la taxatividad «hasta extremos que no podrían ser cumplidos en ninguna legislación pensable». Ahora bien, teniendo presente que el Derecho penal tiene otros fines que cumplir el logro de la máxima taxatividad posible y de la real vinculación del juez al tenor de la ley es un objetivo irrenunciable para el Derecho penal de un Estado democrático de Derecho”

novas agressões à esfera de liberdade do agressor ou de terceiros”⁵, formando um contrato social. Em razão desse contrato, recai sobre o legislador a legitimação democrática, que só está garantida quando o legislador promulga leis precisas (*leges certae*) e o juiz se vincula estreitamente a elas (*leges strictae*) (SILVA SANCHÉZ, 1992, p. 256-7). Corroborando esse pensamento, Busato coloca que os requisitos derivados do princípio da legalidade – dentre os quais, a *lex certa* e a *lex stricta* - tomam forma no regramento de limites às normas jurídico-penais e violá-los significa uma negação do próprio Estado de Direito (BUSATO, 2013, 157). Schmidt, em mesmo sentido, afirma que é a observância ao requisito da *lex certa* que garante a integridade do princípio da separação de poderes, pois ao mesmo tempo em que afasta ao máximo a possibilidade de o juiz estabelecer o verdadeiro alcance da norma no caso concreto, fornece “ao Poder Judiciário um recurso de controle da concreta observância do processo de produção das leis em qualquer Estado de Direito” (SCHMIDT, 2001, p. 237).

Ao analisar-se a legislação penal brasileira das últimas décadas, o último autor identificou uma “crise de semântica” que a encobre de um manto de inconstitucionalidade, concluindo que o Direito Penal brasileiro “moderno” utiliza um modelo penal de legalidade atenuada “onde a elasticidade e a indeterminação das figuras delitivas fazem com que o sistema de definição da desviação penalmente relevante fundamente-se numa epistemologia antigarantista, de sancionamento *quia peccatum*, e não *quia phohibitum*”. Isso implica dizer que o objeto do tratamento penal não é tanto o delito formalmente previsto em lei, mas um desvio em si mesmo imoral ou antissocial, o que desvaloriza o papel da lei como critério exclusivo e exaustivo de definição da desviação penalmente relevante (SCHMIDT, 2001, p. 246-248):

As consequências desse *substancialismo ético* adotado pelo nosso legislador no se esgotam no esvaziamento somente do *princípio da legalidade*, mas sim, também, do *princípio da jurisdicionalidade*. Com efeito, se o objeto da proibição deixa de ser um fato (formalismo), passando a ser um *valor* (substancialismo), também o processo penal não terá por objeto a apuração de um dado empírico (cognoscitivismo processual), mas sim de um *estado* (decisionismo processual). Como bem destaca Ferrajoli, à atenuação ou dissolução do princípio da legalidade de une a mitigação da estrita jurisdicionalidade, ou seja, uma acentuação, até os limites da arbitrariedade, do poder de etiquetamento e de inquisição do juiz, que vem a se apresentar, segundo a ocasião, como inquisidor, psicanalista ou terapeuta social, e , em todos os casos, desvinculado de critérios rígidos e certos de qualificação penal. E isso faz com que o juízo penal degenere em “juízo sem verdade”, isto é, uma fundamentação não baseada em juízos de fato, verificáveis ou refutáveis, mas sim em juízos de valor, não verificáveis nem refutáveis, visto que sua natureza não comporta juízos de verdadeiro ou falso. (SCHMIDT, 2001, p. 248).

⁵ Tradução nossa. No original: “a la que los individuos han cedido aspectos esenciales de su derecho a decidir autónomamente sobre su esfera de libertad y a responder a agresiones a esa esfera con nuevas agresiones a la esfera de libertad del agresor o de terceros.”

Silva Sanchez também adverte sobre a tendência recente de proliferação de ambiguidades e imprecisões nas leis penais, e de se ver com complacência essas infrações ao mandato de determinação cada vez mais frequentes. Para o autor, o aumento da ambiguidade e da imprecisão das leis penais seria uma das expressões mais significativas das tendências “desformalizadoras” contemporâneas, que resultam em leis dotadas de conceitos vagos ou porosos, de cláusulas gerais, e de termos de forte conteúdo valorativo. Essa mudança representaria uma renúncia implícita do legislador, da sua missão de definir os comportamentos puníveis, ao juiz; o resultado disso é a perda da segurança jurídica e a abertura para a introdução de elementos diferenciadores posteriormente ao fato delituoso (SILVA SANCHÉZ, 1992, p. 254-6).

Considerando a dificuldade de conceituar o termo “arte”, a partir dos escritos de Weitz, e as exigências do requisito da *lex certa*, depara-se com uma inegável tensão quando se analisa o parágrafo segundo do artigo 65 da Lei de Crimes Ambientais, alterado em 2011, que distingue o ato de “pichar” do “grafite” e coloca que o último é realizado “com o objetivo de valorizar o patrimônio público ou privado mediante manifestação artística, desde que consentida pelo proprietário e, quando couber, pelo locatário ou arrendatário do bem privado e, no caso de bem público, com a autorização do órgão competente”. A diferenciação legal tem importância prática pois, enquanto a primeira conduta é criminalizada, a segunda não constitui crime. Entretanto, um dos conceitos operantes nessa diferenciação é o caráter de “manifestação artística” atribuída pela lei à prática do grafite, conceito esse de árdua definição, dada a imprecisão do termo “arte”. Passamos, então, a analisar como essa diferenciação é realizada na prática judiciária, a partir da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

4. A distinção entre grafite e pichação na jurisprudência do TJRS.

Para analisar como é realizada a diferenciação entre pichação e grafite na jurisprudência do TJRS, por meio do mecanismo de pesquisa jurisprudencial no site do Tribunal, em agosto de 2018, pesquisou-se a combinação dos termos “pichar” e “grafite” no inteiro teor das decisões. As palavras foram escolhidas porque são os termos empregados pela lei e, dentre as possíveis combinações que sugerissem essa diferenciação, foram os que

alcançaram o maior número de resultados⁶, indicando 29 acórdãos no TJRS. Desses, três tratam-se de apelações cíveis, e um trata-se de um caso de abuso de autoridade, os demais referem-se à pichação e grafite. Dessa forma, foram analisados 25 acórdãos.

Um os acórdãos, julgado em setembro de 2009, trata de fatos ocorridos em março de 2008. Ambas as datas são anteriores à nova redação do artigo 65 da Lei de Crimes Ambientais, dada pela Lei 12.408 em maio de 2011, de modo que não havia diferenciação legal entre pichação e grafite. Logo, não há diferenciação no acórdão. O voto da relatora cita a antiga redação da lei – “O art. 65 da Lei nº 9.605/98, assim define o tipo penal em que o réu incorreu: Pichar, grafitar ou por outro meio conspurcar edificação ou monumento urbano” – e associa a prática com a “destruição de parte do ambiente da cidade” (RC 71002260446, TJRS). No contexto anterior à modificação legal, tanto a pichação quanto o grafite representavam um desvalor.

Outro acórdão, julgado em 26 de maio de 2011, apenas um dia após a publicação da Lei 12.408/2011, também refere-se a fatos anteriores à mudança legal. Nele novamente identifica-se a ausência de diferenciação entre pichação e grafite, dessa vez por parte do julgador de primeiro grau, durante o interrogatório de um dos réus, colacionado no voto do relator. O juiz de primeiro grau refere-se ao mesmo ato, ora usando o termo “pichação”, ora usando o termo “grafitar”, como se fossem sinônimos:

J: Não estava fazendo a pichação?

R: Não, eu estava fotografando, só que bem de perto, junto com o acusado, Lucas.

J: E quem estava pichando?

R: Era ele. E eu estava fotografando.

(...)

J: Você sabia que ele ia grafitar ali, que isso é proibido?

R: Sabia. (ACr 70041490517, TJRS).

No mesmo sentido, em outros dois acórdãos, a denúncia inicial, referente a fatos ocorridos nos anos de 2008 e 2009, descreve que os réus “grafitaram e picharam diversas edificações urbanas”, sem realizar distinção (Acr 70048119853 e Acr 70063315956 do TJRS).

Ademais, a pesquisa resultou em sete acórdãos que não tratam da diferença entre “pichar” e fazer “grafite”, mas figuram entre os resultados por empregarem os termos de alguma forma no inteiro teor da decisão. Em um dos acórdãos, depreende-se dos trechos colacionados que uma testemunha, em sede de audiência, “insistiu na inexistência de pichação

⁶ As demais combinações pesquisadas, a saber, “pichação” e “grafite”, “pichar” e “artístico”/“artística”, e “pichação” e “artístico”/“artística” indicaram respectivamente 27, 15 e 10 resultados.

por parte dele e do réu, dizendo que as latas de tinta, que estavam na mochila de Lucas e que era por ele transportada, serviriam para trabalhos de grafite” (RC 71004934808, TJRS). Em trechos colacionados em outro acórdão, um dos réus, em seu interrogatório, menciona que tinha conhecimento de que seu co-denunciado “pichava e fazia grafite” (Acr 70057668709, TJRS). Embora os dois casos indiquem um entendimento de que grafite e pichação são práticas distintas, essa distinção não foi desenvolvida, e tampouco foi central para os casos, não sendo discutida pelos julgadores. Os outros cinco acórdãos figuraram entre os resultados da pesquisa por contarem com trechos colacionados da Lei de Crimes Ambientais, tanto da nova redação (RC 71004737979 do TJRS), quanto da antiga - “Pichar, grafitar ou por outro meio conspurcar edificação ou monumento urbano.” – (Acr 70057373235, Acr 70057184137, Acr 70053474128 e Acr 70046782066, do TJRS).

Em outro caso, julgado em janeiro desse ano, a diferença entre grafite e pichação, desprovida de maior esclarecimento, foi utilizada para manter a sentença absolutória, por insuficiência de provas quanto à autoria:

A sentença de lavra da Pretora Denize Terezinha Sassi merece ser confirmada pelos seus próprios fundamentos quanto ao mérito, indo adotadas as razões do julgado como razões de decidir:

“(…) Outrossim, as fotografias acostadas à fls.30-31, demonstram, aparentemente, que o réu encontra-se fazendo espécie de grafiteagem e não somente pichação, o que respalda seu depoimento em juízo. (...)”.

(…) Ademais, os elementos de prova apresentados pela acusação - publicações na rede social “facebook” e imagens obtidas junto ao computador do acusado, que mostram o prédio onde praticado o crime, além de outras imagens do réu grafitando/pichando assinatura idêntica aquela encontrada no fato em apreço -, não possuem o condão de fazer com que a autoria do delito em estudo seja atribuída ao réu, impossibilitando, portanto, a formação de um juízo condenatório pleno. (RC 71007241490 do TJRS).

Já em acórdão publicado em 2013, o relator abordou em seu voto que “não há que se confundir pichação com grafiteagem, que se trata de manifestação artística, chancelada pelo ordenamento jurídico: § 2º da Lei Ambiental (nº 9.605/98), incluído pela Lei nº 12.408/2011, e que exige o consentimento do proprietário do imóvel para sua realização”. Aqui, nota-se que o desembargador apenas empregou os mesmos termos usados pela referida lei para diferenciar grafite de pichação. Na sequência, porém, o voto refere que a pichação, “embora não se trate de delito violento, é gerador de dano estético à população, merecendo a chancela do direito penal como delito de menor potencial ofensivo, para assegurar-lhe cogência”. Dessa colocação, depreende-se um elemento utilizado pelo relator para caracterizar a pichação – gerador de dano estético -, entretanto, assim como o termo “manifestação artística”, o termo “dano estético” não é explanado (RC 71004037024 do TJRS).

Em acórdão de 2017, o relator refere-se a uma diferença entre pichação e grafite para além da eventual autorização do proprietário ou do poder público:

Não é o caso de ocorrência de atipicidade da conduta, uma vez que o ato se enquadra nas características do “caput” do art. 65 da Lei 9.605/98, que veda a pichação. Ademais, não se verifica ser caso de grafiteagem, bem como de que esta fosse autorizada pelo poder competente ou consentida pelo proprietário, situação que poderia afastar a ilicitude do fato, no termos do § 2º do citado dispositivo. (RC 71006580427 do TJRS).

Apesar do desembargador não mencionar o que diferencia pichação e grafite, além da presença ou ausência de autorização, a dedução lógica é que estivesse referindo-se ao caráter de “manifestação artística” atribuído à prática do grafite pela lei. Esse pensamento é repetido em acórdão de 2018, do mesmo relator. Ademais, do acórdão mais recente depreende-se outra informação relevante. Conforme o entendimento do relator, essa distinção entre expressões de manifestação artística e outras expressões pode ser percebida pelos olhos pelo Estado-juiz, prescindindo de prova técnica ou pericial:

Para que não passe in albis o caso prescinde de prova técnica e pericial, que é reservada às infrações que deixam vestígios e que demandam, cumulativamente, especial conhecimento técnico na sua aferição, o que não é, evidentemente, o caso, quando a pichação é constatável *ictu oculi* pelo Estado-juiz (fl. 49), não se confundindo com grafiteagem ou com obra outra, que não aquela conduta tipificada penalmente. (RC 71007808140, TJRS).

Entretanto, encontra-se compreensão oposta no voto de revisor de acórdão julgado em 2017, que considera a prova técnica indispensável por se tratar de infração que deixa vestígios e “porque restou estabelecida controvérsia a respeito da ação, já que a denúncia refere pichação, enquanto o recorrente afirma ser grafiteagem” (RC 71006630073 do TJRS). Dessa forma, a realização de prova técnica seria imprescindível para diferenciação entre grafite e pichação. O voto foi acompanhado pela maioria para reformar a sentença condenatória por insuficiência de provas da materialidade do delito.

Foram encontrados quatro acórdãos publicados entre 2003 e 2006 em que há o afastamento da aplicação do artigo 163 do Código Penal, que tipifica o crime de dano, para os casos de pichação, em razão da legislação especial que trata do assunto (ACr 70054781596, ACr 70055618359, ACr 70050355916 e ACr 70053544581 do TJRS). Os acórdãos mencionam, então, que a lei especial conta com inovações quanto à prática do grafite, que passou a ser atípica quando realizada com o consentimento do proprietário do bem. Nesses casos, o caráter de manifestação artística não é mencionado, sendo o consentimento o único elemento de diferenciação adotado:

Ocorre, que diante dos íntimos julgados a respeito do tema, começou a ser adotado outro entendimento, afastando-se a aplicação do artigo 163 do CP para os casos de pichação, uma vez que existente uma legislação especial a tratar do assunto, inclusive trazendo inovações no que diz a prática do grafite que deixou de ser considerado crime quando realizado com o consentimento do proprietário do bem. (ACr 70053544581 do TJRS).

Entendimento similar, com foco na autorização da prática, é encontrado em acórdão publicado em 2005, que trata de um caso de pichação em muro de escola estadual. O relator refere que “o grafite só não constitui crime se for realizado com o objetivo de valorizar o patrimônio público e mediante autorização do órgão competente” (ACr 70062075932 do TJRS). Nesse caso, foi mencionado apenas “objetivo de valorizar o patrimônio”, deixando de serem a “manifestação artística” mediante a qual tal valorização é realizada.

Em acórdão julgado em 2013, a relatora expressou o entendimento de que o conceito de arte é subjetivo, razão pela qual deixou de enfrentar a questão da classificação da conduta denunciada por esse viés, levando em consideração tão somente a ausência de autorização verificada no caso:

Por seu turno, o réu Everton confessou ter pintado a palavra “sujo” no muro da via férrea. Justificou não se tratar de pichação, mas sim de grafite – o que classificou como “interferência urbana” e “expressão artística de impacto visual”, conduta diversa daquela pela qual foi denunciado.

Calha destacar, porém, que o conceito de arte é deveras subjetivo, razão pela qual deixo de enfrentar, aqui, a suposta classificação acerca de a pintura realizada pelo réu tratar-se de “grafite” ou “pichação”.

O que merece destaque, no entanto, é a ausência de autorização do acusado para pintar o tal muro que acompanha os trilhos do trem e a irresignação da respectiva empresa frente a tal ato – o que culminou na abordagem do autor do fato, sua condução à Delegacia de Polícia e, por fim, na lavratura de boletim de ocorrência. (ACr 70050746304 do TJRS).

Em caso de 2011, o relator, por meio da exegese do artigo 65 da Lei de Crimes Ambientais, formula um entendimento que diverge dos extraídos dos demais acórdãos analisados. Segundo o desembargador, “pichar”, “grafitar” e “conspurar” não expressam três ou duas ações distintas, mas sim “pichar e grafitar são meios de conspurcar edificações urbanas”. Seu voto expressa a permanência da associação do grafite à conspurcação mesmo após a alteração legal, e a questão artística não é abordada:

Na hipótese, o tipo penal, com a redação anterior a Lei nº. 12.408/111, fala em pichar, grafitar ou por outro meio conspurcar edificação ou monumento urbano.

Significa dizer, considerada a estrutura da oração, que pichar ou grafitar ou por outro meio conspurcar, na redação antiga, ou tão somente pichar ou por outro meio conspurcar na redação trazida pela lei nova, não representam a idéia de três ou de duas ações distintas, mas que pichar e grafitar são meios de conspurcar edificações

urbanas, razão pela qual não resta tipificada a conduta quando, a exemplo do que ocorre no caso trazido a exame, o imóvel já se encontrava conspurcado, circunstância que se verifica pelo levantamento fotográfico de fls. 25/27, de onde se extrai que a expressão JET ANT, em azul, foi aposta sobre inúmeras pichações já existentes.

Assim, se o imóvel já encontrava sujo, conspurcado, não há como concluir tenha sido típica a conduta do réu, na medida em que, como acertadamente concluiu o Juízo a quo não se pode sujar, macular ou manchar o que já está deteriorado. (RC 71003323367 do TJRS).

Uma diferenciação mais detalhada entre grafite e pichação é encontrada em acórdão do final de 2017. Nele, o relator reproduz compreensão anteriormente referida de que casos de pichação prescindem de perícia técnica, não demandando conhecimento especial. Vai além, afirmando a evidência da pichação no caso descrevendo o fato denunciado como “fato agride o senso comum e desborda da mera manifestação artística, mas sim demonstra agressão a bem publico ou privado e mais ainda produz poluição visual” (RC 71007164056 do TJRS). Como vários outros, o acórdão menciona ainda a ausência de autorização ou consentimento, porém seu diferencial de destaque é a caracterização da pichação pelo relator. A pichação é colocada como fato que ultrapassa as bordas da manifestação artística sem, no entanto, que sejam traçadas tais bordas ou apresentado um modo de fazê-lo. Ademais, coloca que a prática desempenha três ações: agride o senso comum, agride a propriedade e produz poluição visual. A ideia de agressão a bem público ou privado pode ser vinculada à ausência de autorização ou consentimento que legalmente caracteriza a pichação; já a agressão ao senso comum e produção de poluição visual são ideias de complexa definição. Se essas três ações dão os limites que separam pichação de grafite, dois deles são de difícil demarcação.

A diferenciação entre pichação e grafite mais detalhada dentre os casos analisados foi encontrada em acórdão julgado em setembro de 2017. Segundo o relator, na análise do artigo 65 da Lei de Crimes Ambientais:

(...) grafite deve ser considerada como inscrição caligrafada, ou desenho que, na atualidade, representa expressão de arte visual ou arte urbana, muitas vezes até contratada por entes públicos para tornar aprazíveis locais abertos ao público, sem conotação, portanto, com a pichação prevista no dispositivo legal em exame. (RC 71007035199, TJRS).

No caso, o recorrente fora flagrado pintando “uma imagem de um boneco acendendo e fumando uma pedra de crack” na parede de um ginásio municipal. O mesmo admitiu a ação, porém alegou tratar-se de expressão artística, de grafite autorizado, e não de pichação. Essa alegação não foi admitida pelo relator “porque, embora represente desenho que difira da pichação ordinária, sequer foi autorizada”. Nesse ponto, a diferenciação recai novamente

sobre a ausência de autorização. Por fim, coloca o desembargador que, tendo o réu condenado transitada em julgado por tráfico de drogas, não é crível a “intenção alegada de produzir grafite com advertência de que não se deve usá-las, como referido por ele”.

A análise jurisprudencial revela lacunas de fundamentação jurídica no momento da avaliação do caráter artístico de uma manifestação, compreensões contraditórias acerca de um mesmo tema, como a exigibilidade de perícia, e aplicação das concepções subjetivas dos julgadores acerca de “arte”. Essas são consequências do desrespeito ao mandato de determinação das leis penais na forma da inclusão de um termo de difícil definição e alta carga valorativa, “manifestação artística”, na Lei de Crimes Ambientais.

5. Considerações finais.

Confrontando as exigências de máxima precisão e clareza possível impostas pelo requisito da *lex certa*, decorrente do princípio da legalidade, às leis penais com a dificuldade de definição do termo arte, abordada por meio da crítica de Weitz às grandes teorias da arte e de sua teorização da arte como conceito de textura aberta, encontrou-se um ponto de tensão em relação à Lei de Crimes Ambientais. A análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul quanto à diferenciação entre pichação e grafite permite confirmar as abordagens realizadas pelos penalistas contemporâneos acerca das consequências do desrespeito ao mandato de determinação.

Dada a obscuridade do termo legal “manifestação artística”, o alcance da proibição acaba sendo relegado ao Poder Judiciário, no momento do proferimento da sentença. As alegações de denunciados pela prática de pichação de que suas condutas tratavam-se de grafite são desconsideradas na maioria dos casos, ficando a classificação da conduta como manifestação artística ou não a critério do julgador, e sujeita a sua compreensão pessoal acerca de arte. Na maior parte das decisões, não é possível identificar explicação acerca da maneira como essa classificação foi feita, ou verifica-se mera referência aos termos empregados pela lei, sem um maior desenvolvimento.

Em meio às decisões analisadas, destaca-se a tendência de realizar a distinção com base apenas na presença ou ausência de autorização ou consentimento. Na maioria desses casos, a menção legal sobre manifestação jurídica é totalmente desconsiderada pelos julgadores. Em apenas um dos casos, a relatora fundamenta a opção por se ater à questão da autorização em razão de compreender a arte como conceito subjetivo. Essa tendência em atentar-se apenas à autorização pode ser resultado da complexidade da definição de arte, e

também faz questionar sobre o bem jurídico que a criminalização propõe-se a tutelar. A legislação especial retirou a pichação do âmbito do artigo 163 do Código Penal, que tipifica o crime de dano no título reservado a crimes contra o patrimônio. Pela inovação legal, a prática da pichação passou a ser classificada como crime contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural, no capítulo da Lei de Crimes Ambientais destinado aos crimes contra o meio ambiente. De modo que se infere que o bem jurídico tutelado pelo artigo 65 da lei especial excede a mera tutela do patrimônio, revelando-se insuficiente uma exegese jurídica restrita a questões patrimoniais.

No entanto, quando é realizada alguma diferenciação para além da presença ou ausência de autorização ou consentimento, a mesma tampouco é feita de modo claro e inequívoco. Posteriormente à alteração da lei, a pichação tem sido caracterizada pela jurisprudência do TJRS como prática geradora de dano estético à população, que desborda da manifestação artística, agride o senso comum, produz poluição, representa agressão contra o bem público ou privado. Já a prática de grafite foi descrita em um dos acórdãos como inscrição ou desenho expressão de arte visual ou urbana, que torna apazíveis os espaços em que toma lugar. Uma exceção foi encontrada em acórdão posterior à Lei 12.408/2011 que se limitou a classificar tanto pichação quanto grafite como formas de conspurcar. A análise revela uma compreensão de arte como prática relacionada ao embelezamento e à apazibilidade, excluindo do seu âmbito o que é entendido como visualmente agressivo ou divergente do senso estético comum. Essa é um entendimento deveras limitado do conceito, uma vez que a arte, embora definitivamente associada ao prazer estético e à harmonia visual, sabidamente é também usada para expressões do grotesco, do repulsivo, e se propõe a despertar no espectador reações diversas, que envolvem não apenas regozijo, mas também inquietude e desconforto.

Ainda, em um dos acórdãos, o relator utiliza-se de condenação anterior do réu por tráfico de drogas para formar seu juízo quanto à veracidade das alegações da defesa de que a manifestação do réu se tratava de pichação. Dada a condenação prévia, o desembargador não julgou crível que o réu tivesse produzido grafite de advertência contra o uso de drogas. Somada às demais associações da pichação e do grafite depreendidos dos acórdãos, o emprego de condenação anterior do réu para invalidar sua afirmação de manifestação artística reflete a colocação de Schmidt de que, no desrespeito à *lex certa*, o objeto do tratamento penal não é o delito formalmente previsto em lei, mas um desvio compreendido como imoral ou antissocial, o que aumenta o poder de arbitrariedade e de etiquetamento do julgador.

A controvérsia acerca da imprescindibilidade ou prescindibilidade de perícia técnica também manifesta a carga subjetiva do termo legal. Enquanto a maioria das posições afirma que a diferença entre pichação e grafite pode ser feita a olho pelo Estado-juiz, por não carecer de conhecimento especial, foi encontrada uma posição diametralmente oposta, pela indispensabilidade de perícia nos casos em que há controvérsia sobre o caráter artístico da manifestação. Em Schmidt, viu-se que como consequência ao desrespeito ao mandato de determinação, o juiz aparece, segundo a ocasião, como inquisidor, psicanalista ou terapeuta social. Nos casos que envolvem controvérsia sobre a prática de grafite ou pichação, por vezes, o julgador aparece também como crítico ou filósofo de arte. Isso verifica-se não apenas nos casos em que é afirmada a prescindibilidade de perícia técnica, como em todos em que a tarefa é incumbida tão somente ao julgador, que a realiza com insuficiente ou nenhuma fundamentação.

A complexidade conceitual enfrentada pelo Poder Judiciário é compreensível, levando em conta as considerações de Weitz sobre nos tempos contemporâneos não se estar mais próximos da determinação da natureza da arte do que estávamos na Grécia Antiga. Na prática, verifica-se que a dificuldade realmente não foi superada até o momento, sendo a jurisprudência acerca do tema marcada pela ausência de distinções suficientemente fundamentadas, esquiva do enfrentamento da questão, com posições conflitantes que representam um enfraquecimento da segurança jurídica. Se a arte, verdadeiramente, não é suscetível de uma definição real ou verdadeira, a conceituação de “manifestação artística”, sob a égide da *lex certa*, encontra uma dificuldade insuperável.

6. Bibliografia.

BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um direito penal democrático.** São Paulo : Editora Atlas, 2013.

COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Derecho penal : parte general.** Valencia : Tirant lo Blanch, 1996.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Crime Nº 70041490517, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Cláudio Baldino Maciel, Julgado em 26/05/2011.

_____. Apelação Crime Nº 70048119853, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, Julgado em 19/07/2012.

_____. Apelação Crime Nº 70063315956, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aristides Pedroso de Albuquerque Neto, Julgado em 09/04/2015.

_____. Apelação Crime Nº 70057668709, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Gaspar Marques Batista, Julgado em 22/05/2014.

_____. Apelação Crime Nº 70057373235, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Gaspar Marques Batista, Julgado em 15/05/2014.

_____. Apelação Crime Nº 70057184137, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Newton Brasil de Leão, Julgado em 13/02/2014.

_____. Apelação Crime Nº 70053474128, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Conrado Kurtz de Souza, Julgado em 16/05/2013.

_____. Apelação Crime Nº 70046782066, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aristides Pedroso de Albuquerque Neto, Julgado em 12/04/2012.

_____. Apelação Crime Nº 70054781596, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Luiz John dos Santos, Julgado em 27/04/2016.

_____. Apelação Crime Nº 70055618359, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Luiz John dos Santos, Julgado em 16/04/2014.

_____. Apelação Crime Nº 70050355916, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Laura Louzada Jaccottet, Julgado em 08/04/2014.

_____. Apelação Crime Nº 70053544581, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ivan Leomar Bruxel, Julgado em 03/07/2013.

_____. Apelação Crime Nº 70062075932, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aristides Pedroso de Albuquerque Neto, Julgado em 18/12/2014.

_____. Apelação Crime Nº 70050746304, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Naele Ochoa Piazzeta, Julgado em 14/03/2013.

_____. Recurso Crime Nº 71003323367, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Luiz Antônio Alves Capra, Julgado em 28/11/2011.

_____. Recurso Crime Nº 71007164056, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Luis Gustavo Zanella Piccinin, Julgado em 11/12/2017.

_____. Recurso Crime Nº 71007035199, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Edson Jorge Cechet, Julgado em 25/09/2017.

_____. Recurso Crime Nº 71004934808, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Edson Jorge Cechet, Julgado em 08/09/2014.

_____. Recurso Crime Nº 71004737979, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Edson Jorge Cechet, Julgado em 14/04/2014.

_____. Recurso Crime Nº 71007241490, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Luis Gustavo Zanella Piccinin, Julgado em 29/01/2018.

_____. Recurso Crime Nº 71004037024, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Eduardo Ernesto Lucas Almada, Julgado em 25/03/2013;

_____. Recurso Crime Nº 71006580427, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Luis Gustavo Zanella Piccinin, Julgado em 19/06/2017.

_____. Recurso Crime Nº 71007808140, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Luis Gustavo Zanella Piccinin, Julgado em 20/08/2018.

_____. Recurso Crime Nº 71006630073, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Luis Gustavo Zanella Piccinin, Redator: Edson Jorge Cechet, Julgado em 19/06/2017.

_____. Recurso Crime Nº 71002260446, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Laís Ethel Corrêa Pias, Julgado em 28/09/2009.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O princípio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre : Editora Livraria do Advogado, 2001.

SILVA SANCHÉZ, José-Maria. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. Barcelona : Editora Jose Maria Bosch, 1992.

WEITZ, Morris. **The Role of Theory in Aesthetics**. *In*: The Journal of Aesthetics and Art Criticism, Vol. 15, No. 1. (Sep.), pp. 27-35, 1956.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. São Paulo : Abril Cultural, 1979.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, et al. **Manual de Derecho Penal : Parte General**. Buenos Aires : Editora Ediar, 2005.