

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA (\*)

1. Em acórdão ainda recente, de 27.7.2000, a E. Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 1.916/00, concedeu a ordem para trancar, por falta de justa causa, ação penal intentada pelo Ministério Público contra várias pessoas a quem se imputava a transmissão, pela internet, de fotografias pornográficas que incluíam crianças e adolescentes. A denúncia buscava fundamento no art. 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que comina pena de 1 a 4 anos de reclusão a quem “fotografar ou publicar cena de sexo explícito ou pornográfico envolvendo criança ou adolescente”.

Na fundamentação do acórdão, da lavra de magistrado a cuja probidade e cultura rendo minha homenagem, constituiu razão de importância capital a qualificação de atípica dada à conduta descrita na denúncia. Não configurado o tipo delituoso, seria impossível recorrer à analogia para incriminar os denunciados, o que infringiria o princípio da reserva legal e a conseqüente proibição da analogia *in malam partem*.

A atipicidade resultaria do fato de não se haver utilizado “documento palpável, sensível” — única forma de “publicar”, no juízo do relator e da maioria da Câmara. Os denunciados teriam “divulgado” as fotografias; conforme se lê na ementa, porém, “divulgar não é publicar: quem publica, divulga, certamente; mas nem todo aquele que divulga, publica”. E isso porque “a divulgação pode ser por qualquer forma, até oral, mas a publicação não prescinde da existência de objeto material corpóreo”.

2. A gravidade do tema incitou-me a uma perquirição, com o fito de averiguar se estava correto o entendimento de que a palavra “publicar” tem conotação necessária de “impressão ou edição”, como reza outro passo do acórdão. A fonte primária de consulta foram, naturalmente, os dicionários, dos mais autorizados que pude encontrar. Em alguns, o verbete “publicar” é sintético; em outros, bastante extenso. *Em nenhum descobri a limitação semântica propugnada pelo relator*. Todos começam por uma acepção geral da palavra, que é a de “tornar público”; e só depois, particularizando, chegam a registrar aquele sentido secundário a que se refere o acórdão. Senão, vejamos, a principiar pelos que têm mais sucinto o verbete “publicar”:

CÂNDIDO DE FIGUEIREDO, *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, 9ª ed., vol. II, Lisboa - Rio de Janeiro:

“Publicar — Tornar público; proclamar; vulgarizar. Editar. Anunciar, proferir”.

ANTENOR NASCENTES, *Dicionário da Língua Portuguesa*, 3º tomo, 1966:

“Publicar — V. tr. Tornar público, afixar ou apregoar em lugar público, levar ao conhecimento do público. Proclamar. Afirmar publicamente. Divulgar, espalhar, assoalhar. Fazer imprimir, editar, dar à estampa”.

Em LAUDELINO FREIRE, *Dicionário da Língua Portuguesa*, vol. IV, Rio de Janeiro, o verbete “publicar” desdobra-se em sete tópicos, correspondentes aos diversos matizes semânticos. O primeiro é “tornar público e notório; levar ao conhecimento do público; afixar ou apregoar em lugares públicos”. Em terceiro lugar é que vem “imprimir para a venda; dar à estampa; editar”.

Orientação parecida em CALDAS AULETE, *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa*, ed. bras., IV vol., Rio de Janeiro, 1958. A primeira acepção de “publicar”, como sempre, é a de “tornar público, levar ao conhecimento do público; afixar ou apregoar em lugares públicos”. Só na quinta se lê “editar, fazer aparecer em público; dar à estampa”.

Não discrepa “*O novo Aurélio — o Dicionário da Língua Portuguesa*”, 3ª ed., Rio de Janeiro, 1999. Aí também se deparam sete tópicos; o nº 1 consigna “tornar público, manifesto, notório; vulgarizar”; já “editar; dar à estampa, dar à luz, dar a lume” é significação que vem em quinto lugar.

Complete-se o giro com o *Dicionário de Verbos e Regimes* de FRANCISCO FERNANDES, 6ª ed., Rio de Janeiro — Porto Alegre — S. Paulo, 1947. Nele, igualmente, o primeiro sentido que se indica para o verbo publicar é o de “tornar público, notório”; o quarto é que especifica: “editar, fazer aparecer em público”.

3. Divergirá da linguagem comum, neste ponto, a jurídica? Deverá porventura supor-se que, em direito, só se legitima o uso do verbo “publicar” para designar comportamento que empregue “objeto material corpóreo”, que se traduza em “impressão ou edição”?

Há, sem dúvida, dispositivos legais em que aquele verbo se vê empregado com o sentido de estampar, divulgar por escrito. Assim, por exemplo,

o art. 564 do Código de Processo Civil: “Lavrado o acórdão, serão suas conclusões publicadas no órgão oficial dentro de dez (10) dias”.

Mas nem sempre é o que acontece. Quando o juiz, na audiência, profere oralmente a sentença, *publicada* está ela, e incide o art. 463, *initio*, do estatuto processual civil, *verbis* “Ao publicar a sentença de mérito, o juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional...”. Por óbvias razões, deve reduzir-se a escrito a sentença, oralmente publicada — o que em regra se faz pelo respectivo ditado ao serventuário ou funcionário incumbido da datilografia ou de outro meio de registro. Veja-se, porém, ao propósito, a lição de um grande mestre de direito processual:

“A publicação da sentença se dá, em primeiro lugar, por prolação. É o que se verifica com as sentenças proferidas em audiência, em que a publicação e a decisão constituem atos simultâneos. À medida que o juiz vai prolatando a sentença e ditando-a ao escrivão, na audiência, vai ela, paulatinamente, adquirindo publicidade” (JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Instituições de Direito Processual Civil*, ed. atualizada, Campinas, 2000, vol. III, p. 467; grifei).

Em outras palavras: a publicação, paulatina, ocorre à proporção que o juiz profere oralmente a sentença; não depende do registro datilográfico.

Incisivo é o pronunciamento que se colhe em obra recente de análise do texto do estatuto processual civil:

“Distingue-se, conceitualmente, a publicação da intimação da sentença, porque a publicação importa em dar a público o conhecimento do seu teor, enquanto a intimação consiste em cientificar as partes do conteúdo do pronunciamento judicial. Quando proferida oralmente em audiência de cuja realização foram intimadas as partes, há simultâneas publicação e intimação da sentença no próprio momento em que o juiz a prolata” (ANTONIO CARLOS DE ARAUJO CINTRA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. IV, Rio de Janeiro, 2000, p. 288; sem grifo no original).

Vamos, então, aos dicionários especializados.

No *Vocabulário Jurídico* de DE PLÁCIDO E SILVA, 14ª ed., Rio de Janeiro, 1998, lê-se no verbete *publicar* que “é o verbo tomado na significação de mostrar-se em público, exhibir-se, divulgar, dar à luz uma obra, prostituir, confiscar ou

tomar para o fisco". E em seguida: "Na significação jurídica, porém, é tomado somente no sentido de *divulgar* ou tornar público, dar conhecimento ou fazer conhecido" (grifado no original).

Do *Dicionário Jurídico* de MARIA HELENA DINIZ interessa o verbete *publicação*, que, depois de registrar as acepções pertinentes ao direito autoral e ao direito administrativo, consigna: "3. Na *linguagem jurídica*, pode ter o sentido de: a) ato de tornar conhecida uma lei; b) ato de levar um fato ao conhecimento de todos, divulgando-o para torná-lo público e notório"; c) divulgação escrita *ou oral*" (grifei as duas últimas palavras). E mais: "*Direito processual*. Ato pelo qual o magistrado comunica às partes o teor da sentença prolatada, que decide o litígio" (grifado no original).

Veja-se, enfim, no *Dicionário de Tecnologia Jurídica* de PEDRO NUNES, 13<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, 1999, o verbete *publicar*: "1 — Tornar público, levar ao conhecimento do público, apregoar ou afixar em lugar público: *publicar* a sentença (com a sua leitura em audiência). 2 — Anunciar ou divulgar, pela imprensa *ou por outro meio*: *publicar* editais; *publicar* proclamas" (grifei as palavras "ou por outro meio").

4. Parece desnecessário ir além para demonstrar que, tanto na linguagem comum, quanto na própria do direito, a significação de "publicar" de modo nenhum se prende necessariamente a este ou àquele modo de agir; em especial, ao que se vale de "documento palpável, sensível", de "objeto material corpóreo", menos ainda de instrumento *escrito, estampado, impresso*. Quem quer que torne pública alguma coisa, seja como for, *publica-a*.

Ao contrário do que pareceu ao eminente relator do acórdão, é perfeitamente possível "publicar um segredo oralmente". No *Dicionário* de CALDAS AULETE, o verbete *publicar* traz este exemplo de MONTALVERNE: "Vós *publicastes* coisas que só existiam na vossa malícia"; e, logo adiante: "*publicar* os defeitos alheios" — defeitos que, provavelmente, os interessados se esforçavam por manter "em segredo"... Note-se que esses exemplos vêm na parte do verbete filiada ao sentido geral "divulgar, espalhar; assoalhar", depois, noutra parte, é que aparece "editar, fazer aparecer em público; dar à estampa". E no *Dicionário de Verbos e Regimes* de FRANCISCO FERNANDES, como que de propósito, o exemplo que ilustra a primeira acepção ("tornar público, notório") é precisamente "*Publicar* uma notícia, um segredo" (grifado no original)...

5. De tudo isso ressaí uma conclusão seguríssima: para que se configure o tipo do art. 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente, não é preciso, em absoluto, que a "cena de sexo explícito ou pornográfico envolvendo criança ou adolescente" seja estampada, impressa, dada a lume em livro, jornal, revista, inserta em "documento palpável", em "objeto material corpóreo". Se a cena é divulgada por outro meio, de tal sorte que a ela possam ter acesso setores indiscriminados do público, pessoas em geral, publicada está ela, e configurado o tipo. Não se exige, é claro, que a *todos*, sem exceção, se abra o acesso, do mesmo modo que não se exigiria, na hipótese de efetuar-se a publicação em "documento palpável", em "objeto material corpóreo", que *todos*, sem exceção, pudessem in

concreto ver o livro, o jornal, a revista: bastaria, à evidência, que o veículo da publicação fosse acessível ao público em geral.

Ora, é o que ocorre com as imagens projetadas através de internet. Nem se objete que elas só atingem os donos de aparelhos receptores. A ser exata, a objeção provaria demais: também poderia lembrar a alguém dizer que, divulgadas pela imprensa, elas só atingiriam os adquirentes do livro, do jornal, da revista. Nem isto, nem aquilo é verdade. Primeiro, porque nada garante que assista à cena unicamente quem possua aparelho receptor: um só destes pode ser utilizado, simultânea ou sucessivamente, por número indefinido de pessoas. Depois, porque, como já ficou dito, não há cogitar de uma divulgação, seja qual for o meio empregado, que apanhe a *humanidade inteira*. E, a propósito, valeria a pena indagar se a difusão pela internet não tem, ao menos potencialmente, alcance até maior que a difusão por meio de livro, jornal ou revista.

Com a devida vênia, portanto, na espécie decidida pela E. 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ao julgar o *Habeas corpus* nº 1.916/00, não estava em causa o princípio *nullum crimen sine lege*, nem era mister, para reconhecer como típica a conduta descrita na denúncia, fazer uso da analogia *in malam partem*.

Abril de 2001

P.S.: Já estava escrito o texto acima quando tomamos conhecimento do V. Acórdão da E. Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, de 22.9.1998 (DJ de 6.11.1998), lavrado pelo eminente Ministro **Sepúlveda Pertence** e relativo a fato análogo ao apreciado pela E. Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a saber: divulgação de cena de sexo infanto-juvenil pela internet. Vale a pena transcrever os trechos principais da ementa:

“O tipo cogitado – na modalidade de “publicar cena de sexo explícito ou pornográfico envolvendo criança ou adolescente” – ao contrário do que sucede por exemplo aos da Lei de Imprensa, no tocante ao processo da publicação incriminada é uma norma aberta: basta-lhe à realização do núcleo da ação punível a idoneidade técnica do veículo utilizado à difusão da imagem para número indeterminado de pessoas, que parece indiscutível na inserção de fotos obscenas em rede BBS/Internet de computador.

Não se trata no caso, pois, de colmatar lacuna da lei incriminadora por analogia; uma vez que se compreenda na decisão (equivoco manifesto: deve ser “descrição”) típica da conduta criminada, o meio técnico empregado para realizá-la pode ser até de invenção posterior à edição da lei penal: a invenção da pólvora não reclamou redefinição do homicídio

para tornar explícito que nela se compreendia a morte dada a outrem mediante arma de fogo”.

Sentimo-nos confortados pela coincidência entre o nosso modo de pensar e o entendimento da Corte Suprema.

---

(\*) JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA é Professor da Faculdade de Direito da UERJ, Desembargador (aposentado) do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

---