

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
FACULDADE DE DIREITO

Paulo Roberto Santos Romero

O ARTÍSTICO E O OBSCENO NO DIREITO PENAL:

Por uma resignificação hermenêutica do artigo 234 do Código Penal Brasileiro

Belo Horizonte

2019

PAULO ROBERTO SANTOS ROMERO

O ARTÍSTICO E O OBSCENO NO DIREITO PENAL:

Por uma resignificação hermenêutica do artigo 234 do Código Penal Brasileiro

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Sheila Jorge Selim de Sales.

Linha de pesquisa: Poder, Cidadania e Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito.

Área de estudo: Direito Penal contemporâneo.

Belo Horizonte

2019

R763a Romero, Paulo Roberto Santos
O artístico e o obsceno no direito penal: por uma ressignificação
hermenêutica do artigo 234 do Código Penal Brasileiro / Paulo Roberto
Santos Romero. — 2019.

Orientadora: Sheila Jorge Selim de Sales.
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais,
Faculdade de Direito.

1. Direito penal – Brasil – Teses 2. Hermenêutica – Teses
3. Liberdade de expressão – Teses 4. Obscenidade (Direito)
I. Título

CDU(1976) 343.54(81)

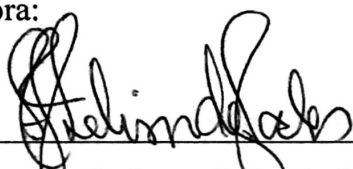
Ficha catalográfica elaborada pelo bibliotecário Junio Martins Lourenço CRB 6/3167.

O ARTÍSTICO E O OBSCENO NO DIREITO PENAL:

Por uma ressignificação hermenêutica do artigo 234 do Código Penal Brasileiro

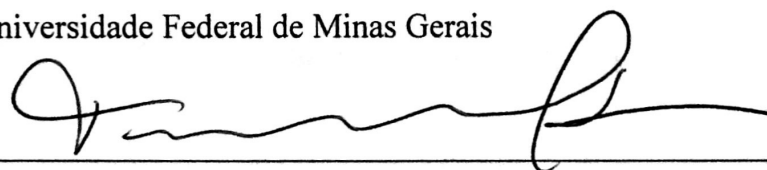
Dissertação apresentada e considerada aprovada pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Banca examinadora:



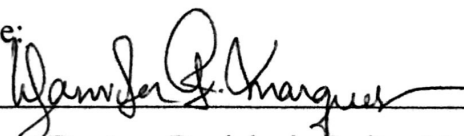
Professora Doutora Sheila Jorge Selim de Sales (Orientadora)
Universidade Federal de Minas Gerais

Professor Doutor Carlos Augusto Canedo Gonçalves
Universidade Federal de Minas Gerais



Professor Doutor Frederico Gomes de Almeida Horta
Universidade Federal de Minas Gerais

Suplente:



Professora Doutora Daniela de Freitas Marques
Universidade Federal de Minas Gerais

*À Fernanda, minha esposa,
que me mostra, para além das teorias,
ser o amor a forma de expressão
mais linda e profunda que existe.*

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço à Professora Doutora Sheila Jorge Selim de Sales: sem embargo da liberdade que me confiou à elaboração da pesquisa, a sua irrepreensível vocação pedagógica, enriquecida pela sua admirável erudição, descortinou-me, generosamente, novos e mais amplos horizontes acadêmicos nas ciências penais.

Minha gratidão, ainda, ao Professor Doutor Frederico Gomes de Almeida Horta, que, com a inteligência e a didática que lhe distinguem, apontou-me lições de dogmática penal cruciais ao impulso da pesquisa, em especial nos seus momentos mais intrincados.

Também agradeço ao Professor Doutor Carlos Augusto Canedo Gonçalves da Silva, Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, pois estimulou-me a participar do concurso de admissão ao Mestrado e, durante todo o percurso acadêmico, manteve-se sempre acessível, fazendo-o com a gentileza de seu espírito largo e com a sua intelectualidade que me serve de esteio.

À Professora Doutora Daniela de Freitas Marques, Juíza de Direito titular da 3ª Auditoria da Justiça Militar de Minas Gerais, os meus agradecimentos: sua prontidão em tecer relevantes notas metodológicas à pesquisa contribuiu sobremaneira para as presentes reflexões.

No percurso da Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, muito aprendi com os Professores Doutores Adriana Campos Silva, Felipe Martins Pinto, Fernando Antônio Nogueira Galvão da Rocha, Hermes Vilchez Guerrero, Luís Augusto Sanzo Brodt, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, Marcelo Campos Galuppo e Onofre Alves Batista Júnior: a todos minha reverente gratidão.

Pelo encorajamento nas etapas do processo seletivo e pela revisão do projeto de pesquisa apresentado naquela ocasião, registro meu muito obrigado ao Doutor Enéias Xavier Gomes, Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

Ao Professor Doutor Fernando Rodrigues Martins, Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, igualmente anoto a minha gratidão, seja por me auxiliar nos assuntos do direito, seja por me ensinar o significado vital do que seja amizade.

Agradeço ainda, imensa e fraternalmente, ao Professor Doutor Edilson Mougnot Bonfim, Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, pois a sua dedicação aos estudos, o seu entusiasmo em compartilhar conhecimento e o seu idealismo na realização da Justiça sempre me serviram e ainda me servem de inspiração; aliás, a ideia de retomar a experiência discente adveio da frequência à “Escola de Altos Estudos em Ciências Criminais”, criada por ele, e da qual honrosamente fui aluno no biênio 2016-2017.

Ao Professor Doutor Antônio Sérgio Cordeiro Piedade, Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Mato Grosso e Professor de Direito Penal, Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Mato Grosso, também registro meus agradecimentos, porquanto a sua competência acadêmica e a sua respeitada talha profissional trouxeram serenidade e segurança à etapa de revisão da presente pesquisa.

No campo das artes visuais, agradeço ao Professor Doutor George Rembrandt Gutlich, que, com seu gênio e cultura, auxilia-me na compreensão dos mistérios desse saber tão especial. Grato, também, à talentosa Professora Doutora Eliana Ambrósio: mestra e amiga.

Minha gratidão também aos valorosos Promotores de Justiça que oficiam perante o Juizado Especial Criminal da Comarca de Belo Horizonte, pelo apoio concedido.

À minha equipe de trabalho, integrada por Carlo Michel Gaudensi Coelho, analista jurídico do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, e pelos estagiários Ana Clara Sousa Costa, Luan José Vitarelli Marinho, Cecília Siqueira Martinelli Grataroli e Diogo de Souza Costa, agradeço pelas conversas que tivemos sobre muitos dos tópicos da presente dissertação.

Registro os meus agradecimentos ao Doutor Luís Carlos Parreiras Abritta, por ter advogado a causa que me permitiu estudar, simultaneamente, as Belas Artes e o Direito.

Agradeço, ademais, a todos os funcionários da Universidade Federal de Minas Gerais: silenciosamente, colaboraram em suavizar muitos dos aclives que se apresentaram no trajeto que ora se encerra.

Meu enorme muito obrigado, ainda, às pessoas da minha família, que, agora — além dos “Santos Romero” — inclui os “Hönigmann Rodrigues”: afetuosamente, insistem em me ensinar, pelo exemplo que dão, sobre o significado de excelência humana. Agradeço, de forma muitíssimo carinhosa e especial, aos meus pais, Eleny e Roberto, e o faço com terno reconhecimento ao colossal esforço que dedicaram à minha formação. Também aos meus sogros, Fany e João Guilherme, sou grato pelo incentivo à causa do conhecer. À “Fafá”, querida sobrinha, por sempre me enviar livros lá da Espanha, onde mora, e ao “Gu”, estimado afilhado, por ter me dado uma ajuda concreta com o *abstract*, obrigado! Aos meus cunhados Paulo e Renata, que tanto acreditam em mim, agradeço por me estimularem a sempre prosseguir com os estudos. Com um abraço apertado, agradeço também a minha irmã, Silvana, pela inclusão constante de meu nome em suas orações de fé.

Ao fim, devo lembrar que todas essas pessoas incríveis somente compareceram em meu destino por obra amorosa de Deus: agradeço-Lhe não somente por isso, mas a Ele — trino, justo e perfeito — devoto a minha fé e entrego a minha vida.

GALILEU

[...]. As velhas doutrinas, aceitas durante mil anos, estão condenadas; há mais madeira na escora do que no prédio enorme que ela sustenta. Muitas leis que explicam pouco, enquanto que a hipótese nova tem poucas leis que explicam muito.

ANDREA

Mas o senhor provou tudo para mim.

GALILEU

Não. Eu só mostrei que seria possível. [...].

Bertolt Brecht. *A Vida de Galileu*, Cena I.

RESUMO

A pesquisa tem por escopo investigar os limites de validade do art. 234 do Código Penal Brasileiro (CP), bem como verificar se e sob quais critérios representações obscenas podem ser penalmente relevantes. Afirma, de início, que a interpretação e aplicação do art. 234 do CP devem operar à luz da Constituição para efetivar valores, direitos e liberdades fundamentais. Posteriormente, apresenta esboço histórico alusivo à liberdade de expressão nas Constituições brasileiras e relativo às tipificações abarcantes do obsceno nos Códigos Penais pátrios, para inferir que a moralidade sexual *per se* já não legitima o art. 234 do CP. A pesquisa avança pela exegese do citado tipo legal, segundo a tradicional doutrina penal brasileira: diante da defasagem dogmática quase integral de seus termos, propõe-lhe ressignificação supressora do dissídio estético entre a arte e o obsceno; ademais, indica nova objetividade jurídica ao tipo legal, que passa a ser composta pela autodeterminação sexual de adultos capazes de expressar consentimento jurídico-penal eficaz e pela integridade sexual de crianças, adolescentes e pessoas reputadas sexualmente vulneráveis pelo direito penal brasileiro. As consequências lógico-dogmáticas derivadas deste giro hermenêutico são contempladas na pesquisa, em percurso crítico-analítico referente a cada um dos elementos do tipo em exame. O argumento é validado sob a ótica dos valores constitucionais influentes à matéria penal e dos princípios constitucionais penais, com o reconhecimento de que o art. 234 do CP merece interpretação conforme a Constituição. Por fim, a pesquisa examina e critica o PLS nº 236/2012 (anteprojeto do novo Código Penal), que propõe a *abolitio criminis* do delito de escrito ou objeto obsceno. Considerando que a realização axiológica da Constituição perpassa pela unidade funcional estabelecida entre a política criminal e a dogmática penal, e admitindo que o art. 234 do CP é necessário à tutela de bens jurídico-penais relevantes ao Estado Democrático de Direito, a hipótese pronuncia que o modelo hermenêutico tradicional tocante ao dispositivo deve ser ressignificado, a fim de que a eficácia de valores, liberdades e direitos fundamentais seja somente limitada por regras e princípios constitucionais, estabelecendo-se, a partir daí, o espaço de validade e de eficácia do tipo penal. Malgrado o art. 234 do CP não prescindir da ressignificação proposta, ele ainda demanda redimensionamento em sentido reducionista no campo legislativo, apto a situá-lo congruente ao pluralismo social e ao direito penal mínimo.

Palavras-chave: Artigo 234 do Código Penal Brasileiro – Arte *versus* obscenidade – Valores, liberdades e direitos fundamentais – Limites de validade do tipo legal – Ressignificação hermenêutica.

ABSTRACT

This research aims at investigating the limits of the validity of art. 234 of the Brazilian Penal Code (PC) as well as to verify if and under what criteria obscene representations may be criminally relevant. It affirms at first, that an interpretation and application of art. 234 PC must be carried out in the light of the Constitution in order to implement values, rights and fundamental freedoms. Subsequently, it presents historical summary allusive to freedom of expression in the Brazilian Constitutions and concerning the encompassing typifications of the obscene in the homeland Penal Codes, to infer that sexual morality *per se* no longer legitimizes art. 234 PC. The research advances by the exegesis of the mentioned legal type, according to the traditional Brazilian penal doctrine: in the face of the dogmatic lag of almost all of its terms, it proposes the re-signification that suppresses the aesthetic disagreement between art and the obscene; in addition, it indicates a new legal objectivity to the type, which is now composed of the sexual self-determination of adults capable of expressing effective criminal-legal consent and the sexual integrity of children, adolescents and persons deemed sexually vulnerable under Brazilian criminal law. The logical-dogmatic consequences derived from this hermeneutic turn are contemplated in the research, in a critical-analytical course referring to each of the elements of the type under examination. The argument is validated from the perspective of constitutional values influential to the criminal matter and the constitutional penal principles, with the recognition that art. 234 PC deserves interpretation according to the Constitution. Finally, the research examines and criticizes PLS n° 236/2012 (preliminary draft of the new Penal Code), which proposes the *abolitio criminis* of the crime of written or obscene object. Considering that the axiological realization of the Constitution permeates the functional unity established between criminal policy and criminal dogmatic, and admitting that art. 234 PC is necessary for the protection of criminal-legal goods relevant to the Democratic Rule of Law, the hypothesis pronounces that the traditional hermeneutic model regarding the device must be re-signified so the effectiveness of values, freedoms and fundamental rights be only limited by constitutional rules and principles, establishing, from then on, the space of validity and effectiveness of the type. Although art. 234 PC doesn't dispense with the proposed hermeneutic redefinition, it still demands reductionist resizing in the legislative field, able to situate it alongside social pluralism and minimum criminal law.

Keywords: Article 234 of the Brazilian Penal Code – Art *versus* Obscenity – Fundamental values, freedoms and rights – Limits of legal type validity – Hermeneutic resignification.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

abr. – abril

acresc. - acrescentado

ago. – agosto

apud – citado por

ARE – Recurso Extraordinário com Agravo

AgR – Agravo Regimental

art.(s) – artigo(s)

Ac. – Acórdão

ampl. – ampliada

atual. – atualizada

aument. – aumentada

Brasil – República Federativa do Brasil

c.c. – combinado com

CDC – Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990)

Cf. (ou cf.) – Confira (ou confronte)

cm – centímetro(s)

Coord. – Coordenador(es)

CP – Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940)

CR – Constituição da República Federativa do Brasil (promulgada em 5 de outubro de 1988)

Dec. – Decreto

Dec.-Lei – Decreto-Lei

dez. – dezembro

DJ – *Diário de Justiça*

DJe – *Diário de Justiça eletrônico*

divulg. – divulgado

DOU – *Diário Oficial da União*

Dr.(a) – Doutor/Doutora

DSF – *Diário do Senado Federal*

EC – Emenda Constitucional

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990)

ED – Embargos de declaração

ed. – edição

et seq. – que se segue(m)

fev. – fevereiro

HC – *Habeas corpus*

Ibidem – na mesma obra

IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Idem – o mesmo

i.e. – *id est* (isto é)

inc.(s) – inciso(s)

j. – julgamento em

jan. – janeiro

JECrim – Juizados Especiais Criminais

jun. – junho

jul. – julho

JTACrSP – Julgados do Tribunal de Alçada de São Paulo

LCP – Lei das Contravenções Penais (Decreto-Lei nº 3.688, de outubro de 1941)

loc. cit. – no lugar citado

mar. – março

Min.^(a) – Ministro (ou Ministra)

nº – número

nov. – novembro

nr.(s) – nota(s) de rodapé

op. cit. – obra já citada (de mesmo autor, título, editora e ano de publicação)

Org. – Organizador(es)

out. – outubro

p. – página(s)

PLS – Projeto de Lei do Senado

Prof.(a) – Professor/Professora

public. – publicado em

Q.E.D. – *quod erat demonstrandum* (o que estava por demonstrar)

Rcl. – Reclamação

RE – Recurso Extraordinário

Rel.(a) – Relator (ou Relatora)

reimpr. – reimpressão

REsp. – Recurso Especial

rev. – revisto(a)

RG – Repercussão Geral

RHC – Recurso Ordinário em *Habeas corpus*

RMS – Recurso em Mandado de Segurança

RT – Revista dos Tribunais

RTJ – Revista Trimestral de Jurisprudência

set. – setembro

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJMG – Tribunal de Justiça de Minas Gerais

T. (ou t.) – Tomo

U\$ - dólar, dólares

v. – volume

v.g. – *verbi gratia* (por exemplo)

v.u. – votação unânime

§ – Parágrafo

§§ – Parágrafos

* – Indica que a grafia utilizada está em conformidade com a nomenclatura oficial do documento à época em que foi editado.

SUMÁRIO

1	PRÓLOGO (OU INTRODUÇÃO)	16
2	PREMISSAS	22
2.1	A Constituição como irrenunciável ponto de partida (e de chegada)	26
2.2	A arte e o obsceno, na Constituição Federal e no Código Penal Brasileiro	27
2.2.1	Império absoluto da arte?	29
2.2.2	Hegemonia autossuficiente do artigo 234 do Código Penal Brasileiro? .	29
2.2.2.1	Primeiro ponto problemático: valorização da moral sexual como objeto de tutela jurídico-penal	30
2.2.2.2	Segundo ponto problemático: ênfase em elementos indutores de instabilidade exegética	30
2.2.2.2.1	Sobre a definição de arte	31
2.2.2.2.2	Sobre a definição do obsceno	33
2.2.2.3	Terceiro ponto problemático: o perigo de sobreposição do Código Penal Brasileiro em detrimento da Constituição Federal	34
2.2.2.4	Quarto ponto problemático: risco de afronta a direitos e liberdades fundamentais	37
2.3	Modelo teleologicamente orientado à realização axiológica dos valores, direitos e liberdades fundamentais	38
2.4	A importância da revisão crítica ora proposta	41
3	ESCORÇO HISTÓRICO	44
3.1	Liberdade de expressão nas Constituições do Brasil	44
3.1.1	Constituição Política do Imperio do Brazil,* de 1824	44
3.1.2	Constituição da Republica dos Estados Unidos do Brasil,* de 1891	45
3.1.3	Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1934	46
3.1.4	Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1937	46
3.1.5	Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1946	48
3.1.6	Constituição do Brasil, de 1967	49
3.1.7	Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988	52
3.2	O crime de escrito ou objeto obsceno nas legislações penais do Brasil ...	56
3.2.1	Codigo Criminal do Imperio do Brazil,* de 1830	56
3.2.2	Codigo Penal dos Estados Unidos do Brasil,* de 1890	57
3.2.3	Consolidação das Leis Penaes,* de 1932	59
3.2.4	Projeto do Codigo Criminal Brasileiro (Projeto Alcântara Machado),* de 1938	60
3.2.5	Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940	61
3.2.6	Decreto-Lei nº 1.004, de 21 de outubro de 1969	62
3.2.7	Anteprojeto do Código Penal, de 1998	63
3.3	Considerações conclusivas	64

* A grafia utilizada está em conformidade com a nomenclatura oficial do documento à época em que foi editado.

4	EXAME DO ARTIGO 234 DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO, SEGUNDO A TRADICIONAL EXEGESE DA DOCTRINA PÁTRIA	67
4.1	Tipo objetivo	68
4.1.1	Objetividade jurídica	68
4.1.2	Núcleos típicos	72
4.1.3	Sujeito ativo	77
4.1.4	Sujeito passivo	78
4.1.5	Elemento material	81
4.1.5.1	Mídias	82
4.1.5.2	O erótico, o obsceno e o pornográfico: generalização e (in)definições	83
4.1.5.3	O obsceno, especificamente	84
4.1.6	Figuras típicas equiparadas	87
4.2	Tipo subjetivo	94
4.3	Consumação e tentativa	96
4.4	Sanção penal	97
4.5	Aspectos processuais penais	98
4.6	Considerações conclusivas	100
5	RESSIGNIFICAÇÃO HERMENÊUTICA DO ARTIGO 234 DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO	101
5.1	Tipo objetivo	101
5.1.1	Objetividade jurídica	101
5.1.1.1	Rejeição da moral sexual, do pudor coletivo e dos bons costumes como objetos de proteção jurídico-penal	102
5.1.1.2	Fundamentos dogmáticos da revisão ora proposta	105
5.1.1.3	Revisão do bem jurídico tutelado e a dúplici proteção penal efetivada ..	111
5.1.1.4	“Aparência” coletiva do bem jurídico tutelado	115
5.1.2	Condutas proibidas	117
5.1.2.1	Significado dos núcleos previstos na tipificação	119
5.1.2.2	Limites das proibições	121
5.1.2.3	Síntese do tópico	123
5.1.3	Sujeito ativo	124
5.1.4	Sujeito passivo	124
5.1.4.1	O titular do bem jurídico como sujeito consenciente	126
5.1.4.1.1	Do consentimento jurídico-penal: noção	127
5.1.4.1.2	Estatuto dogmático do consentimento jurídico-penal: terminologia e relevância	127
5.1.4.1.3	Pressupostos de validade	129
5.1.4.2	O consentimento do sujeito passivo em face do escrito e objeto obsceno	135
5.1.4.2.1	O acesso à prévia informação alusiva às cenas de sexo e de nudez, nas publicações, como condição ao exercício do consentimento	136
5.1.4.2.2	O consentimento exercido pelo conhecimento da publicação, segundo os diferentes titulares do bem jurídico protegido	139
5.1.4.2.2.1	Consenciente adulto e capaz	140
5.1.4.2.2.2	Menoridade e vulnerabilidade do sujeito passivo	144
5.1.4.2.2.2.1	Vulneráveis	144
5.1.4.2.2.2.2	Menores de 18 e maiores de 14 anos	148
5.1.4.3	Síntese do tópico	154

5.1.5	Elemento material	158
5.1.5.1	O erótico	159
5.1.5.2	O obsceno	162
5.1.5.2.1	Teste de Miller	163
5.1.5.2.2	“Texto” e “contexto” da obscenidade	166
5.1.5.3	O pornográfico	169
5.1.5.3.1	Pornografia infantojuvenil (ou pedopornografia)	172
5.1.5.3.2	Pornografia entre adultos imputáveis	173
5.1.5.4	Síntese do tópico	174
5.1.6	Figuras típicas equiparadas	175
5.2	Tipo subjetivo	177
5.3	Consumação e tentativa	187
5.4	Aspectos processuais penais	190
5.5	Considerações conclusivas	191
6	O ARTIGO 234 DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO NA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL VIGENTE	195
6.1	O crime de escrito ou objeto obsceno à luz dos princípios constitucionais influentes à matéria penal	196
6.1.1	A dignidade da pessoa humana e o crime de escrito ou objeto obsceno .	196
6.1.2	A liberdade de expressão e o crime de escrito ou objeto obsceno	200
6.1.3	O acesso à cultura e o crime de escrito ou objeto obsceno	205
6.2	O crime de escrito ou objeto obsceno à luz dos princípios penais	207
6.2.1	O crime de escrito ou objeto obsceno sob a compreensão da taxatividade penal	208
6.2.2	O crime de escrito ou objeto obsceno em cotejo com a exclusiva proteção de bens jurídicos.....	209
6.2.3	O crime de escrito ou objeto obsceno na dimensão da lesividade jurídico-penal	210
6.2.4	O crime de escrito ou objeto obsceno do ponto de vista da proporcionalidade	214
6.2.5	O crime de escrito ou objeto obsceno na realidade circundante e a adequação social	216
6.2.6	O crime de escrito ou objeto obsceno como alvo da intervenção penal mínima	219
6.3	Conclusões sobre a constitucionalidade do artigo 234 do Código Penal Brasileiro	224
7	O DEVER DO ARTIGO 234 DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO, SOB O ENFOQUE POLÍTICO-CRIMINAL	228
7.1	O anteprojeto do novo Código Penal e o crime de escrito ou objeto obsceno	228
7.2	Crítica ao abolicionismo do artigo 234 do Código Penal Brasileiro	232
7.2.1	Irrenunciabilidade do tipo legal pela ótica da sua objetividade jurídica ..	233
7.2.1.1	A efetividade e a proteção da dignidade da pessoa humana como deveres estatais	234
7.2.1.2	A autodeterminação sexual como objetividade jurídico-penal	235
7.2.1.2.1	Fundamentos constitucionais	235

7.2.1.2.2	Perspectiva dogmático-penal	237
7.2.1.3	A especial proteção devida à criança e ao adolescente	238
7.2.1.4	Síntese do tópico	239
7.2.2	Sob o vácuo jurídico-penal: o obsceno, naquilo que se diz “arte”	241
7.2.3	Pena e prevenção	246
7.3	O tipo legal em questão, <i>de lege ferenda</i>	247
8	EPÍLOGO (OU CONCLUSÕES)	253
	REFERÊNCIAS	258

1 PRÓLOGO (OU INTRODUÇÃO)

Nas suas célebres investigações sobre as divisas da pintura e da poesia, Lessing (Kamenz, 1729 - Braunschweig, 1781) escreveu que “a arte conquistou nos tempos modernos fronteiras incomparavelmente mais largas”.¹ Escreveu, contudo, sem jamais supor tudo o que ainda estaria por vir. De fato, em sua longa e sempre desassossegada história, a arte experimentou várias guinadas, que, invariavelmente, agitaram o ambiente cultural da época em que se deram.

Exemplo disso ocorreu em 1917: ao revirar o urinol, intitulá-lo *Fonte*, nele assinar “R. Mutt” e decretar que ali estava um *ready made*, Marcel Duchamp (Blainville, 1887 - Neuilly, 1968) revolucionou o mundo das artes. Com isso, ele não sugeriu um simples giro no mictório, pois, ao perturbadoramente rotacionar esse objeto vulgar, “converteu-o” em “obra de arte”. O estatuto artístico houvera sido, então e para sempre, radicalmente modificado.²

Quase meio século depois, como eloquente prova dessa mudança, Andy Warhol (Pittsburgh, 1928 - New York, 1987), um dos expoentes da Pop art, sequer precisou inverter a posição das réplicas perfeitas de caixas de sabão em pó Brillo, idênticas às que eram vendidas em supermercados: empilhou-as, em 1964, numa galeria de arte em Nova York, e isso foi o bastante para fazer com que elas fossem transfiguradas em obras de arte.³ Independentemente da concordância ou da indignação do grande público, o fato histórico é que o sistema de arte consagrou Warhol como uma das mais proeminentes personalidades artísticas, até hoje cultuada.

Em 1989, pouco antes da morte do fotógrafo Robert Mapplethorpe (Floral Park, 1946 - Boston, 1989), uma mostra com 175 de seus trabalhos, organizada pelo Instituto de Arte Contemporânea da Universidade da Pensilvânia e financiada pelo National Endowment for the Arts, causou enorme polêmica. Algumas fotografias de nu (*Man in polyester suit* estava entre elas), como também muitas das que integravam a *série X* — desvelada ao registro de relações sadomasoquistas (v.g., um homem urinando na boca de outro; uma mão inserida em um ânus) — tinham evidente intenção de ser “impactantes”.⁴

¹ LESSING, Gotthold Ephraim. *Laocoonte ou sobre as fronteiras da pintura e da poesia*: com esclarecimentos ocasionais sobre diferentes pontos da história da arte antiga. Introdução, tradução e notas de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Secretaria de Estado da Cultura do Governo de São Paulo; Iluminuras, 1998. p. 99.

² Cf. OSTERWOLD, Tilman. *Pop art*. Köln: Taschen, 2003. p.132.

³ Cf. DANTO, Arthur C. *A transfiguração do lugar-comum*: uma filosofia da arte. Tradução de Vera Pereira. São Paulo: Cosac Naify, 2005. p. 25.

⁴ Nesse sentido, cf. FISS, Owen M. *La ironía de la libertad de expresión*. Traducción de Victor Ferreres Comella y Jorge F. Malem Seña. Barcelona: Editorial Gedisa, 1999. p. 45-46. O mencionado autor, na mesma obra,

Jeff Koons (York, Pensilvânia, 1955) — autor de *Balloon Dog (Orange)*, escultura vendida por US\$ 58 milhões — disse sobre “Cicciolina” (codinome de Ellena Ana Staller, Budapeste, 1961), com quem fora casado (1991 - 1994): “Ela é uma das grandes artistas deste mundo: em vez de utilizar a pintura ou a fotografia, utiliza seus órgãos genitais.”⁵

O sistema de arte do século XXI, muitas vezes impassível à perplexidade das opiniões leigas e das disputas que trespassam a própria crítica especializada, já não surpreende ao cancelar certas invenções, outorgando-lhes, a depender do contexto no qual se inserem e do discurso que as embasa, *status* artístico.⁶

Mas, já muito antes de Koons e de Mapplethorpe, tanto a castidade⁷ quanto a beleza⁸ já não eram parâmetros obrigatórios ao reconhecimento da obra de arte. Nenhum empecilho há, pois, em que ela contenha algo de feio,⁹ assim como nenhum óbice existe para que a positividade estética cintile em uma invenção artística marcada por formas e/ou conteúdos sexuais.¹⁰ Importa à expressão artística, a bem dizer, que ela não soe falsa.¹¹ Porém, daí se produz um impasse: se tudo pode ser arte, corre-se o risco, então, de nada sê-lo.¹² A gravidade

ainda expressa a opinião de que “el ‘buen arte’ puede socavar valores democráticos, mientras que el ‘el mal arte’ puede promoverlos” (FISS. *La ironía...*, p. 58).

⁵ KOONS *apud* NERET, Gilles. *Arte erótica*. Tradução de Paula Lisboa. Köln: Taschen, 1994. p. 119.

⁶ Jorge Coli (*O que é arte?* 15. ed. São Paulo: Brasiliense, 2006. p. 10) pondera que “se não podemos encontrar critérios a partir do interior mesmo da noção de obra de arte, talvez possamos descobri-los fora dela. [...] Para decidir o que é ou não arte, nossa cultura possui instrumentos específicos. Um deles, essencial, é o discurso sobre o objeto artístico, ao qual reconhecemos competência e autoridade. Esse discurso é o que proferem o crítico, o historiador da arte, o perito, o conservador de museu. São eles que conferem o estatuto de arte a um objeto”.

⁷ Lembra Vargas Llosa (*A civilização do espetáculo: uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura*. Tradução de Ivone Benedetti. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013. p. 107), com a ressalva do possível exagero, que Picasso assegurou: “não existe arte casta”.

⁸ “A beleza é uma opção para a arte e não necessariamente uma condição. Mas ela não é apenas uma opção para a vida”, pondera Danto (*O abuso da beleza: a estética e o conceito de arte*. Tradução de Pedro Sússekind. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015. p. 187). Também sob a ótica de que a beleza é um valor inalienável à dimensão da realidade da vida, cf. SCRUTON, Roger. *Beleza*. Tradução de Hugo Langone. São Paulo: É Realizações, 2013.

⁹ Rosenkranz (*Estética de lo feo*. Traducción de Miguel Salmerón. Sevilla: Athenaica Ediciones Universitarias, 2018. p. 66) é assertivo: “Si el arte quiere sacar a la luz la idea de un modo que no sea unilateral, no puede prescindir de lo feo. Los puros ideales nos imponen el momento más puro de lo bello, el momento positivo. Pero si la naturaleza y el espíritu han de expresarse en toda su dramática profundidad, lo feo natural, el mal y lo demoníaco no pueden faltar.”

¹⁰ Burke (*Investigação filosófica sobre a origem de nossas ideias do sublime e da beleza*. Tradução, introdução e notas de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: EDIPRO, 2016. p. 55) enuncia: “o objeto, portanto, dessa paixão mesclada que chamamos de amor, é a *beleza do sexo*”. Ora, na medida em que o sexo pode ser belo, e, considerando que o belo é uma possibilidade por excelência da obra de arte, a lógica não impede que, nesta última, o sexo seja representado com beleza.

¹¹ Do alto de sua autoridade artística, Rodin (*A arte*. Tradução de Plínio Augusto Coelho. São Paulo: Intermezzo; Imaginário, 2015. p. 33) ponderava que “é feio na arte o que é falso, o que é artificial, o que busca ser bonito ou belo em vez de ser expressivo”. No mesmo viés, Meisner dizia que o objetivo grandioso do ator de teatro não é outro senão “atuar com verdade sob circunstâncias imaginárias”. (MEISNER *apud* MAMET, David. *Teatro*. Tradução de Ana Carolina Mesquita. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014. p. 46).

¹² Cf. SANT’ANNA, Affonso Romano de. *Desconstruir Duchamp: arte na hora da revisão*. Rio de Janeiro: Vieira & Lent, 2003. p. 73.

consecutiva dessa afirmação fica patente se imaginarmos que, a pretexto de que “faz arte” de maneira idêntica como aquela realizada por Cicciolina, um casal, no interior de um *shopping center*, sem prévia indicação e indiferente às pessoas que não querem assistir à cena e às crianças que a assistem sem muita certeza do que ocorre, passa a manter relações sexuais ostensivas porque aquilo, segundo os protagonistas, é um *happening*.¹³

Se a obra de arte pode, inclusive, ser desagradável,¹⁴ e se ela, como se cogita, está autorizada a diluir as fronteiras que a separam da própria vida em sociedade,¹⁵ certamente, nesses instantes e sobretudo ao testar os limites da liberdade,¹⁶ ela anui em correr riscos ante aquele que, no universo das regulações jurídico-sociais, é o mais grave dos direitos, qual seja o direito penal. Afinal, segundo Schünemann,¹⁷ “chamamos direito penal aquele setor do sistema jurídico que regula a imposição de sanções negativas a uma ou mais pessoas na ocorrência de um acontecimento desagradável”.

¹³ Duchamp, em entrevista concedida à Pierre Cabanne (*Marcel Duchamp: engenheiro do tempo perdido*. Tradução de Paulo José Amaral. São Paulo: Perspectiva, 2012. p. 168), disse que “os *happenings* introduziram na arte um elemento que ninguém havia colocado: o aborrecimento”.

¹⁴ “La misma obra puede suscitar desde la mayor indiferencia, e incluso aversión, hasta la mayor admiración, y recorrer así todos los grados del desagrado y del agrado, no sólo entre personas distintas sino incluso en un mismo observador.” (FIEDLER, Konrad. *Escritos sobre arte*. Traducción de Vicente Romano. Madrid: Visor, 1991. p. 53). Como exemplo da possibilidade do desagradável na arte, calha mencionar a exposição *Sensation*, apresentada na Royal Academy de Londres, no final de 1977, e, em 1999, no Brooklyn Museum de Nova York, a qual, em vista das obras expostas, foi precedida da seguinte advertência, posta pelo Departamento de Saúde Pública: “The content of this exhibition may cause shock, vomiting, confusion, panic, euphoria, and anxiety. If you suffer from high blood pressure, nervous disorder, or palpitations, you should consult your doctor before viewing this exhibition.” (cf. CLAIR, Jean. *De immundo*: apofatismo y apocatástasis en el arte de hoy. Traducción de Santiago E. Espinosa. Madrid: Arena Libros, 2007. p. 21-22).

¹⁵ Expoente dessa concepção foi Joseph Beuys (Krefeld, 1921 - Düsseldorf, 1986), cuja polêmica biografia o identifica como integrante da Juventude Hitlerista. A respeito desse artista, Vanessa Beatriz Bortolucce (Arte como catarse: as performances de Joseph Beuys e a ressignificação do mundo. In: ENCONTRO DE HISTÓRIA DA ARTE DO INSTITUTO DE FILOSOFIA E CIÊNCIAS HUMANAS DA UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS, 9, 2013, Campinas, SP. Atas. Org. André Ribeiro de Barros *et al.* Campinas, SP: UNICAMP/ IFCH/CHAA, 2013. p. 415) anota: “Famoso pelo bordão ‘todo mundo é um artista’, Beuys acreditava no poder da criatividade humana para construir uma sociedade inteira como uma enorme obra de arte, o que implicava uma feroz rejeição às fronteiras e hierarquias impostas pela convenção às múltiplas facetas da atividade humana. Tudo deveria conduzir, no tempo e no espaço, para um único grande projeto de ‘escultura social’.” Como ressaltam Eliana Pougy e André Vilela (*Todas as artes*. São Paulo: Ática, 2016. p. 270), “a esta ideia está ligado o conceito de arte não como objeto ou produto produzido para ser exposto ou comercializado, mas o entendimento da arte como um modo de ser e de agir, uma postura perante a vida, cujo resultado é uma ação ou uma intervenção, que pode ser uma escultura, uma *performance* ou mesmo uma intervenção social. Assim, fazer arte seria uma ação cotidiana, sempre em integração com a coletividade”.

¹⁶ O crítico de arte, Ferreira Gullar (*Argumentação contra a morte da arte*. 8. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005. p. 72) pondera que “se se destrói o sistema de linguagem — que não foi criado por decisão de nenhuma autoridade mas por uma necessidade real de expressão e comunicação — e se pretende substituí-lo pela valorização de meras atitudes e especulações arbitrárias, não se ganha nada, não se cria nada, não se ajuda a ninguém. Trata-se de uma posição ‘libertária’, de fundo niilista, que confunde os valores e prejudica os verdadeiros artistas”.

¹⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal. Tradução de Luís Greco. In: _____. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coordenação de Luís Greco, vários tradutores. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 69.

Certo que a autonomia da arte lhe concede liberdade que *pode ser*, inclusive, ordinariamente mais ampla do que a de outros campos culturais;¹⁸ no entanto, é ingênuo crer na quimera da liberdade absoluta, uma vez que a permissividade irrestrita inexistente em qualquer setor das interações humanas.

Atenta a esse ponto e empreendida sob metodologia transdisciplinar, esta pesquisa, avessa às valorações ideológicas,¹⁹ dedica-se ao exame do art. 234 do Código Penal Brasileiro (CP), visando ao equacionamento das seguintes questões: “Considerando que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, o art. 234 do CP, editado anteriormente à promulgação da Constituição vigente, compatibiliza-se com ela? Caso positiva a resposta, e considerando a conformação axiológica do constitucionalismo pátrio, qual o efetivo âmbito de validade do referido tipo penal?” O escopo é, pois, responder “se” e “sob quais critérios”, sobretudo objetivos e preferencialmente extraídos da própria ordem jurídica, as representações e publicações obscenas podem ser passíveis de incriminação.

Todo um percurso investigativo daí emerge, consubstanciado nos capítulos que integram a dissertação que ora se apresenta.

Intitulado “Premissas”, o capítulo que primeiro assenta as bases epistemológicas da pesquisa parte da noção de que nenhum dispositivo que integra o direito penal pátrio prescinde da fundamentalidade da Constituição da República Federativa do Brasil (CR), pois é ela quem orienta a interpretação e chancela a validade de toda a normatividade jurídica que dela descende. A noção elementar é que a eficácia dos direitos e liberdades fundamentais estabelecidos pela CR demarcam os limites de validade do art. 234 do CP. Nessa ótica, o capítulo anuncia que o propósito da pesquisa é balizar parâmetros tanto competentes em efetivar os termos da CR, quanto aptos a potencializar a previsibilidade, a racionalidade e a objetividade devidas na aplicação do art. 234 do CP.

¹⁸ Na opinião de Susan Sontag (*A vontade radical: estilos*. Tradução de João Roberto Martins Filho. São Paulo: Companhia das Letras, 1987. p. 50): “Sendo um livre explorador dos perigos espirituais, o artista ganha certa permissão para se comportar diferentemente de outras pessoas; ao igualar a singularidade da sua vocação, ele pode ou não ser adornado de um estilo de vida de conveniente excentricidade.”

¹⁹ Cabe lembrar que Adolf Hitler e Joseph Goebbels, a partir de 1937, decidiram confiscar coleções privadas e limpar os museus públicos de obras vanguardistas, para organizar uma exposição oficial de “arte degenerada” (*Entartete Kunst*), aberta em 19 de julho, em Munique. Muito embora seja verdade que nem todas as obras da exposição estivessem vinculadas à temática sexual, o certo é que, em 20 de março de 1939, no pátio do parque do Corpo de Bombeiros de Berlim, foram queimados 1.004 óleos e 3.024 aquarelas e desenhos, obras de artistas, entre outros, como Emil Nolde, Max Beckmann, Otto Dix, Georges Braque, Marc Chagall, Chirico, James Ensor, Paul Gauguin, Vincent van Gogh, Léger, Kandinsky, Matisse, Mondrian, Edvard Munch e Picasso. Outras tantas obras, desses mesmos autores, foram febrilmente vendidas por *marchands* ligados ao *Reich*, a pretexto de concluir a limpeza iniciada pelo *Führer*. Nesse sentido, cf. ADAM, Peter. *El arte del tercer Reich*. Traducción de Antonio-Prometeo Moya. Barcelona: Tusquets, 1992. p. 120-127.

O capítulo designado “Escorço histórico” dedica-se ao anúncio do percurso evolutivo trilhado pela liberdade de expressão artística nas Constituições do Brasil, bem como àquele traçado pela legislação penal pátria, naquilo que tange à incriminação das representações sexuais obscenas. O cruzamento das duas análises históricas pretende demarcar uma primeira conclusão que norteará toda a pesquisa: a moralidade sexual *per se*, a opinião pública, assim como os bons costumes já não limitam a eficácia da liberdade de expressão artística e, por isso, não se prestam à legitimidade da tutela penal exercida pelo art. 234 do CP.

“Exame do artigo 234 do Código Penal Brasileiro, segundo a tradicional exegese da doutrina pátria” é o título do capítulo que busca a cognição do citado tipo legal pela ótica das concepções interpretativas que remontam à época de edição do CP, vindo à lume no Estado Novo. Nessa etapa da pesquisa, tipo objetivo e tipo subjetivo serão, sob aquele enfoque, dogmaticamente dissecados, mediante detida análise de todos os seus elementos. Em suma, o conteúdo do capítulo se destina à assimilação da tipificação, em seu modelo estandardizado.

O seguinte capítulo — “Ressignificação hermenêutica do artigo 234 do Código Penal Brasileiro” — é o que reúne as hipóteses que constituem o cerne da pesquisa. Partindo do pressuposto de que a moral *per se* e de que os juízos estritamente estéticos não legitimam a objetividade jurídica do tipo legal, propõe-se a dualidade do bem jurídico nele tutelado: a autodeterminação sexual de indivíduos aptos a exercitar consentimento jurídico-penal eficaz e a integridade sexual de crianças, adolescentes e vulneráveis. Decorre daí que o sujeito passivo do delito deixa de ser “a coletividade” e passa a ser, invariavelmente, a pessoa e, desde que ela, estando autorizada pelo direito penal, consinta em fruir da expressão obscena,²⁰ excluído estará o injusto. Quanto ao obsceno típico, propõe-se que seu reconhecimento seja resultado da conjugação de critérios que imponham ao operador jurídico ônus argumentativo passível de refutação, de modo que preconceitos morais ou preferências estéticas não sirvam à valoração empírico-cultural: texto e contexto devem ser examinados à verificação da obscenidade penalmente relevante. No que tange ao tipo subjetivo, a pesquisa apenas assinala a complexidade do tema referente ao conteúdo intelectual do dolo abarcante do elemento normativo do tipo, com o registro de perspectivas que devem ser levadas em conta para a solução de casos concretos. A realidade processual de cada um desses casos não é olvidada,

²⁰ Os termos “obsceno”, “obscena” e “obscenidade”, nos limites desta dissertação, somente serão manejados sob conotação sexual, porquanto, nessa acepção, o vocábulo “obsceno” está inscrito, por três vezes, no art. 234 do CP. A ressalva é importante porque, segundo Donald Van De Veer (Pornografia (verbete). Tradução de Magda Lopes. In: CANTO-SPERBER, Monique (Org.). *Dicionário de ética e filosofia moral*. Tradução de Ana Maria Ribeiro-Althoff *et al.* São Leopoldo: UNISINOS, 2013. p. 821), “o significado essencial do termo ‘obsceno’ não implica necessariamente uma relação com as questões da sexualidade; alguns consideram, e isso se pode compreender, que a tortura e a guerra são obscenas”.

razão pela qual se assume a posição de que a perícia deve ter lugar sempre que houver dúvida sobre o caráter artístico ou obsceno da expressão problemática.

Ademais, a pesquisa não se furta ao exame da constitucionalidade do art. 234 do CP à luz de princípios constitucionais influentes à matéria penal (dignidade humana, liberdade de expressão e acesso à cultura), bem como sob o prisma dos princípios constitucionais penais, entre os quais (já que diretamente conectados ao tema), o da taxatividade, o da exclusiva proteção de bens jurídicos, o da lesividade, o da proporcionalidade, o da adequação social e o da intervenção penal mínima. Em face do seu conteúdo, o capítulo — que leva o título “O artigo 234 do Código Penal Brasileiro na perspectiva constitucional vigente” — tem por escopo demonstrar a validade da ressignificação hermenêutica ora proposta.

“O dever do artigo 234 do Código Penal Brasileiro, sob o enfoque político-criminal”: sob esse mote, desdobra-se o capítulo encarregado da crítica alusiva à possibilidade de *abolitio criminis* do dispositivo, anunciada pelo Projeto de Lei do Senado (PSL) nº 236, de 2012 (anteprojeto do novo Código Penal); além disso, é apresentada asserção propositiva alusiva ao remodelamento do mencionado tipo legal, em sentido reducionista e consentâneo tanto à realidade social brasileira quanto à vigente ordem jurídica pátria.

A pesquisa encontra seu fecho no “Epílogo (ou Conclusões)”, que consiste em coletânea das inferências extraídas do exame dos diversos pontos enfrentados em cada um dos capítulos: no remate da pesquisa estará firmada a hipótese que consubstancia o seu eixo central. Em suma, o que se pretende é que o modelo hermenêutico tradicional referente ao art. 234 do CP seja amplamente ressignificado com vistas à máxima eficácia da liberdade de expressão artística: para tanto, considerada a unidade teleológica da dogmática penal e da política criminal, o citado dispositivo deve estar comprometido com a efetividade axiológica da CR, razão pela qual os seus termos devem ser entendidos e aplicados à luz de um direito penal mínimo, protetor de bens jurídicos relevantes à convivência social harmônica num Estado Democrático de Direito.

Não cabe incriminar o casto nu da divinal escultura abrigada na galeria do museu de artes: o puritanismo²¹ é uma preferência que não se coaduna com as normas jurídico-penais. Um direito penal que não extravase do âmbito em que está inscrito o seu fundamento de validade e que, nessa justa medida, encontre o seu correspondente espectro de eficácia é o que se almeja, razão qual se justificam todos os esforços concernentes à sua busca.

²¹ “Um pudor excessivo cai no rigorismo dos costumes, na pudicícia, na hipocrisia, no puritanismo”, observam Jean Guilton e Jean-Jacques Antier (*O livro da sabedoria e das virtudes redescobertas*. Tradução de José Luiz Miranda. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003. p. 176).

2 PREMISSAS

O direito e a arte interagem sob tensão. O direito é o orbe no qual os limites constituem o cerne, ao contrário da arte, cuja essência pertence ao universo do ilimitado.¹

“No dealbar da civilização de todos os povos, quando ainda não existe uma vigorosa separação entre os diversos ramos da cultura, sabido é que o direito, os usos sociais, a moral, a religião e também a arte se acham estreitamente unidos entre si”,² observa Radbruch. O desenvolvimento das civilizações provoca, contudo, diferenciação dos vários seguimentos culturais e, dessa forma, “o direito e a arte se vão separando cada vez mais, até se encontrarem em face um do outro na mais irredutível das hostilidades”.³

A arte ambiciona — pela via da liberdade — o deslocamento, a transgressão, o questionamento: a surpresa perturbadora tende a ser o seu *leitmotiv*. Já o direito aspira — pela mesma senda — à estabilidade das relações humanas, à previsibilidade da aplicação das suas regras feitas de certeza, à segurança jurídica. Dentre todos os ramos do direito, o penal é o que, de modo mais incisivo, lida com o valor liberdade; em seus domínios, a liberdade dimana do *dever ser* instituído na pauta da legalidade, enquanto a liberdade confere à arte a *possibilidade* de aflorar do íntimo de seu próprio *dever*. A liberdade é, portanto, o valor superiormente concorrido nos embates havidos entre a arte e o direito penal. Notório que a arte e o direito penal cumprem funções⁴ que não detêm maiores correspondências (v.g., realização estética *versus* tutela de bens jurídicos⁵). Nada obstante anelarem com a liberdade, disputando-a, a arte⁶

¹ Segundo Mário Ferreira dos Santos (*A arte e a vida*. São Paulo: Logos, 1959. p. 164), “definir seria delimitar e a arte é ilimitada”.

² RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Tradução e prefácios de Luís Cabral de Moncada. 6. ed. rev. e acresc. Coimbra: Arménio Amado; Editor Sucessor, 1979. p. 222.

³ *Ibidem*, p. 222.

⁴ Preconiza Sauer (*Filosofía jurídica y social*. Traducción directamente del alemán y anotado por Luis Legaz Lacambra. Barcelona; Madrid; Buenos Aires: Editorial Labor, 1933. p. 268): “Las mónadas de valor del Derecho penal vivo se afanan por realizar la ley jurídica fundamental, con el fin de conservar la seguridad jurídica, proteger los intereses humanos y asegurar el imperio de la Justicia.”

⁵ Nesse sentido, assinala Armin Kaufmann (La misión del derecho penal. In: ESTUDIOS de derecho penal. Traducción de Santiago Mir Puig. Buenos Aires: B de F, 2018. p. 29) que a “[...] misión del derecho penal es proteger los bienes jurídicos del ciudadano y de la comunidad. [...] Desde que Karl Binding desarrolló la doctrina del bien jurídico, desde que Franz von Liszt acogió y difundió este concepto, éste se halla generalmente admitido. Desde entonces — es decir, desde hace unos cien años — ya no se discute seriamente en la ciencia penal el principio según el cual la misión del derecho penal es la protección de los bienes jurídicos”.

⁶ Mayer (*Filosofía del derecho*. Traducción de la segunda edición original por Luis Legaz Lacambra. Buenos Aires: B de F, 2015. p. 81) aponta que “la cultura es una realidad transformada em realidad valiosa, un valor convertido en real. Resulta así que la palabra cultura se presenta en las más distintas conexiones, porque responde a la necesidad siempre renovada de referir un sector de realidad. Esta asociación la exigen de la manera más rotunda las obras y tareas del arte y de la ciencia, que constituyen la cultura por esencia”.

e o direito penal⁷ são, ambos, produtos da cultura⁸ e, nessa medida, não podem digladiar perenemente; antes, devem colaborar em regime de reciprocidade e em conformidade com as suas vocações à edificação do próprio humanismo.⁹ Nesse ponto, por aquilo que de comum existe entre direito penal e arte, ambos podem e devem, até certos limites, se conciliar.

Contudo, a embaraçar o tênue acordo, uma terceira matéria ainda incide nos vínculos travados entre a ordem jurídico-penal e a arte: a sexualidade humana.¹⁰ O sexo, enquanto dado natural, é *per se* axiologicamente neutro;¹¹ na espécie humana, porém, ele não é apenas um aspecto inerente à expressão da personalidade de cada indivíduo, mas é também, desde a ótica social, tanto um motriz reprodutor inalienável à perpetuação da humanidade

⁷ Nesse sentido, é antológica a peroração de Tobias Barreto (Ideia do Direito: discurso de paraninfo, proferido em 10 de abril de 1883. In: _____. *Estudos de direito I*. 2. ed. Organização e notas de Paulo Mercadante e Antonio Paim com a colaboração de Luiz Antonio Barreto: introdução de Miguel Reale. Rio de Janeiro: Record; Aracaju, SE: Secretaria de Cultura e Meio Ambiente, 1991. p. 48): “É mister bater cem vezes, e cem vezes repetir: o direito não é um filho do céu, é simplesmente um fenômeno histórico, um produto cultural da humanidade”. Na mesma toada, aponta Miguel Reale (*Lições preliminares de direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 31): “É evidente que o Direito, sendo uma ciência social, é também uma ciência cultural.”

⁸ A interpenetração entre o direito e a arte é historicamente comprovável e ancestralmente pressentida, tanto que, segundo a célebre definição de Celso, *ius est ars boni et aequi*.

⁹ Para a concepção que reconhece a unidade ontológica da ordem normativa cultural, é plausível cogitar que a instrumentalidade formal do direito se atente a referenciais estéticos, assim como a arte contemple à ética. Sob o primeiro aspecto, Soares Martínez (*Filosofia do direito*. 2. ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1995. p. 288) anota ser “bem possível que a axiologia se conjugue com o pragmatismo para não separar o direito de um sentido estético, que o torna também dependente de um padrão de beleza”; por outro lado, em conformidade com o segundo ponto de vista, ao escrever sobre a “responsabilidade dos artistas”, o crítico francês Jean Clair (*La responsabilité de l'artiste: les avant-gardes entre terreur et raison*. Paris: Gallimard, 1997. p. 133) pondera que “la vie des êtres humains suppose des règles, des valeurs, des normes qui ne ressortissent pas à une simple ‘science des comportements’, si sophistiquée soit-elle. Le problème logique de l’erreur et de la vérité ne recoupe pas le partage moral du juste et de l’injuste. C’est ici que l’art, sans doute, dans son irréductibilité, mais aussi dans son enjeu humain, ‘émotif’, rejoint la morale, et trouve peut-être son salut”.

¹⁰ Como ensinam Elisabeth Roudinesco e Michel Plon (Sexualidade (verbete). In: _____. *Dicionário de psicanálise*. Tradução de Vera Ribeiro, Lucy Magalhães. Supervisão da edição brasileira Marco Antonio Coutinho Jorge. Rio de Janeiro: Zahar, 1998. p. 704-705): “Todos os cientistas do fim do século XIX preocupavam-se com a questão da sexualidade, na qual viam uma determinação fundamental da atividade humana. [...] [Freud] efetuou uma verdadeira ruptura teórica (ou epistemológica) com a sexologia, estendendo a noção de sexualidade a uma disposição psíquica universal e extirpando-a de seu fundamento biológico, anatômico e genital, para fazer dela a própria essência da atividade humana. [...] Freud não inventou uma terminologia particular para distinguir os dois grandes campos da sexualidade: a determinação anatômica, por um lado, e a representação social ou subjetiva, por outro. Não obstante, por sua nova concepção, ele mostrou que a sexualidade tanto era uma representação ou uma construção mental quanto o lugar de uma diferença anatômica.”

¹¹ No julgamento *Roth vs. United States* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of The United States. *Roth vs. United States*, 354 U.S. 476, 1957. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/354/476/>. Acesso em: 26 jan. 2019), ocorrido na Suprema Corte dos Estados Unidos, afirmou Mr. Justice Brennan, ao exarar a *opinion of the Court*: “However, sex and obscenity are not synonymous. Obscene material is material which deals with sex in a manner appealing to prurient interest. The portrayal of sex, e.g., in art, literature and scientific works, is not itself sufficient reason to deny material the constitutional protection of freedom of speech and press. Sex, a great and mysterious motive force in human life, has indisputably been a subject of absorbing interest to mankind through the ages; it is one of the vital problems of human interest and public concern. As to all such problems.” O sexo, em suma, não é essencialmente obsceno, embora possa se manifestar sob esse predicado, que traduz, ele sim, valorações inclusive de ordem jurídica.

quanto uma variável significativa da conformação cultural.¹² O sexo, portanto, não se reduz à sua base estritamente orgânica e, uma vez assimilado sob a sofisticação da sexualidade, passa, sempre que em desarmonia com determinados padrões normativos¹³ de definida época e em certa coordenada geográfica, a também disputar pela liberdade.¹⁴ É justo, nessa medida, que, abstraídos, *v.g.*, os domínios da religião,¹⁵ da filosofia moral,¹⁶ do gênero,¹⁷ da economia¹⁸ e da

¹² De acordo com Guha (*Sexualidad y pornografía*. Traducción de Nélica I. de Machain. Buenos Aires: Granica Editor, 1972. p. 15), “una real liberación de la sexualidad de las cadenas que la han aprisionado por espacio de milenios no solo habría tenido consecuencias decisivas para el individuo, para sus sentimientos y su conducta; también habría sido de enorme importancia para la sociedad y, a juicio de muchos científicos, habría constituido el primer paso tendiente a cambiar el curso del proceso cultural y civilizatorio”.

¹³ Elisabeth Roudinesco e Michel Plon (*Sexualidade* (verbete)..., p. 705) ressaltam que “a própria ideia de sexualidade fora construída no século XIX pelo discurso médico, a fim de instaurar uma nova divisão entre norma e desvio”.

¹⁴ Segundo Foucault (*História da sexualidade 1: a vontade de saber*. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 4. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2017. p. 125): “A história da sexualidade, se quisermos centrá-la nos mecanismos de repressão, supõe duas rupturas. Uma no decorrer do século XVII: nascimento das grandes proibições, valorização exclusiva da sexualidade adulta e matrimonial, imperativos de decência, esquivas obrigatórias do corpo, contenção e pudores imperativos de linguagem; a outra, no século XX; menos ruptura, aliás, do que inflexão da curva: é o momento em que os mecanismos de repressão teriam começado a afrouxar; passar-se-ia das interdições sexuais imperiosas a uma relativa tolerância a propósito das relações pré-nupciais ou extramatrimoniais; a desqualificação dos perversos teria sido atenuada e sua condenação pela lei, eliminada em parte; ter-se-iam eliminado em grande parte os tabus que pesavam sobre a sexualidade das crianças.”

¹⁵ “Não importa quando surgiu a relação entre a religião e a sexualidade: fica evidente que a incrível diversidade e a intrincada estrutura sexual que encontramos em todas as sociedades foram sendo estabelecidas por meio de um complexo cultural e religioso. Não existe um padrão acerca de como a religião se relaciona com a sexualidade humana; uma determinada forma de sexo considerada ideal, ou mesmo sagrada, por uma religião, pode ser vista como abominável para outra. Mas todos esses padrões têm uma coisa em comum: nenhum dos modelos de sexualidade defendidos pelas diversas religiões representa uma limitação natural ao sexo. Estamos sempre lidando com conceitos culturais”, observa Endsjo (*Sexo e religião: do baile de vertigens ao sexo sagrado homossexual*. Tradução de Leonardo Pinto Silva. São Paulo: Geração Editorial, 2014. p. 14).

¹⁶ Alan Soble (*Sexualidade: a moral e a sexualidade* (verbete). In: CANTO-SPERBER, Monique (Org.). *Dicionário de ética e filosofia moral*. Tradução de Ana Maria Ribeiro-Althoff et al. São Leopoldo, RS: UNISINOS, 2013. p. 951) aduz que, “no final dos dois últimos séculos, em filosofia como em teologia, só nos deparamos com um debate cansativo, no qual se repetem ao infinito os mesmos argumentos sobre a moralidade ligada a essas práticas sexuais e à própria sexualidade. Especialistas e profanos terminaram por achar esses debates inúteis e alegam-se que renunciemos à procura da mínima verdade na ética em geral e na ética sexual em particular”.

¹⁷ Segundo Dagmar Elisabeth Estermann Meyer (*Gênero e educação: teoria e política*. In: LOURO, Guacira Lopes; FELIPE, Jane; GOELLNER, Silvana Vilodre (Org.). *Corpo, gênero e sexualidade: um debate contemporâneo na educação*. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 18), “o conceito de gênero passa a englobar todas as formas de construção social, cultural e linguísticas implicadas com os processos que diferenciam mulheres de homens, incluindo aqueles processos que produzem seus corpos, distinguindo-os e separando-os como corpos dotados de sexo, gênero e sexualidade. O conceito de gênero privilegia, exatamente, o exame dos processos de construção dessas distinções — biológicas, comportamentais ou psíquicas — percebidas entre homens e mulheres; por isso, ele nos afasta de abordagens que tendem a focalizar apenas papéis e funções de mulheres e homens para aproximar-nos de abordagens muito mais amplas, que nos levam a considerar que as próprias instituições, os símbolos, as normas, os conhecimentos, as leis e políticas de uma sociedade são constituídos e atravessados por representações e pressupostos de feminino e de masculino e, ao mesmo tempo, produzem e/ou ressignificam essas representações”.

¹⁸ É inegável que o controle de natalidade, os dispêndios na saúde pública em razão da oferta de tratamentos de doenças sexualmente transmissíveis e de terapêuticas relacionadas às práticas abortivas (direta ou indiretamente, e independentemente de sua clandestinidade), o turismo sexual, o tráfico de pessoas, o combate à criminalidade sexual, o comércio de bens e serviços — legais ou não — ligados ao sexo, assim como o *marketing* publicitário indutor do consumo de produtos da indústria do sexo, consistem em exemplos de

política,¹⁹ as formas de expressão da sexualidade, muitas vezes e a um só tempo, tanto despertem o interesse do direito²⁰ — inclusive o penal — quanto sirvam de temática ao universo artístico.²¹

Entretanto, da mesma maneira que existe um campo conciliatório entre o direito penal e a arte, pode-se afirmar que entre ela e a sexualidade também há espaço de idêntica natureza; aliás, para Adolf Loos,²² “toda arte é erótica”.

Apesar das críticas, é preciso pôr às claras que as relações entre direito penal e sexualidade não são somente forjadas em função da repressão: com efeito, em razão de o direito penal estar todo ele fundamentado no *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, a licenciosidade em matéria sexual é a regra.

Axiomático, pois, que a ordem jurídico-penal, a sexualidade e a arte interajam, no espaço de intercâmbio cultural que existe entre todas elas. Presente em todos aqueles domínios, a liberdade é *mais do que possível, mas essencial em todos eles*, dado que explica o seu *retesamento* naquele setor partilhado pelos três produtos culturais. Uma vez que a liberdade é o campo comum dos círculos secantes do direito penal, da arte e da sexualidade, resta evidente que nenhum desses orbes pode eclipsar o(s) outro(s) por completo, sob pena de império absoluto — e indevido — daquele que o fizer.

aspectos da vida socioeconômica conectados à sexualidade. Além disso, mesmo o “sexo em si pode — consoante Scruton (*Desejo sexual*: uma investigação filosófica. Tradução de Marcelo Gonzaga de Oliveira. Campinas: VIDE Editorial, 2016. p. 466) — ser visto como uma mercadoria: algo que buscamos e obtemos de forma quantificável e que vem em uma variedade de modelos: na forma de uma mulher ou de um homem; na forma de um filme ou um sonho; na forma de um fetiche ou um animal”.

¹⁹ Gayle Rubin (*Políticas do sexo*. Tradução de Jamille Pinheiro Dias. São Paulo: Ubu, 2017. p. 64) é categórico em asseverar que o “domínio da sexualidade também tem uma política interna, desigualdades e modos de opressão próprios. Assim como acontece com outros aspectos do comportamento humano, as formas institucionais concretas da sexualidade em determinado tempo e lugar são produtos da atividade humana. Elas são permeadas por conflitos de interesses e manobras políticas, tanto deliberadas quanto incidentais. Nesse sentido, o sexo é sempre político. Mas há também períodos históricos em que as discussões sobre a sexualidade são mais claramente controvertidas e mais abertamente politizadas. Nesses períodos, o domínio da vida erótica é com efeito renegociado”.

²⁰ A sexualidade e a cultura conjugam-se mediante recíproca influência e, nesse passo, a primeira não deixa de ser, também, embora não exclusivamente (*i.e.*, sem alhear-se completamente de seus componentes biopsicológicos), um produto da civilização. Nesse viés, Ana Lara Camargo de Castro e Spencer Toth Sydow (*Perversão, pornografia e sexualidade: reflexos no direito criminal informático*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018. p. 29) observam que as “regras impostas pela cultura canalizam o desejo sexual e o transformam em instrumento de estruturação sociológica”. Assim, os mesmos autores ainda enfatizam “que a sexualidade para fim de interpretação e aplicação na seara jurídica precisa ser compreendida para além da biologia, que, longe de ser descartada, deve ser incorporada a um saber mais amplo no qual a cultura precisa ser incluída. O profissional do Direito que siga atuando com uma visão hermética estará desconectado do seu tempo e se tornará incapaz de examinar as suas complexidades”. (*Ibidem*, p. 23).

²¹ Ressalta Peter Nathaniel Stearns (*História da sexualidade*. Tradução de Renato Marques. São Paulo: Contexto, 2010. p. 9) que “todas as sociedades possuem valores que se aplicam à sexualidade — o tema é importante demais para não gerar leis e comentários culturais. [...] Para citar dois exemplos: o primeiro código legal conhecido, o da Babilônia, dedica grande atenção à regulamentação sexual; e a arte primitiva tinha forte conteúdo sexual”.

²² LOOS *apud* NERET, Gilles. *Arte Erótica*. Tradução de Paula Lisboa. Köln: Taschen, 1994. p. 9.

No recorte epistemológico que justifica a presente dissertação, a ordem jurídico-penal é a “musa eleita” e, bem por isso, o “pomo da discórdia” — aqui o valor liberdade, posto sob disputa — a ela está entregue: não somente porque o direito penal corresponde à área de concentração da pesquisa, mas inclusive porque é ele que, com sua força normativa, acaba, afinal, por determinar, na ordem social, as dimensões daquele partilhado campo de liberdade, bem como as condições de sua fruição.

Entre os delitos instituídos na ordem jurídico-penal brasileira, um existe que particularmente interessa à arte e à sexualidade: ele está tipificado no art. 234 do CP²³ e, porquanto vigente, demanda uma série de reflexões.

2.1 A Constituição como irrenunciável ponto de partida (e de chegada)

Observa Luís Roberto Barroso que

a Constituição figura hoje no centro do sistema jurídico, de onde irradia a sua força normativa, dotada de supremacia formal e material. Funciona, assim, não apenas como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema.²⁴

É inobjetable, portanto, que toda a validade do sistema jurídico-penal decorre da Constituição, assim como também é incontroverso que a interpretação das leis penais deve ser, a um só tempo, crítica a partir dos parâmetros insertos na Lei Fundamental e imbuída à máxima efetividade dos preceitos nela contidos.²⁵

Sem embargo da unidade do texto constitucional, duas disposições inscritas na CR interessam, desde aqui, ao tema da pesquisa. A primeira, constante no art. 5º, inc. IX, prevê que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”; a segunda, que a reforça, está no art. 220, § 2º, e estabelece que “é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”.

²³ Transcrito no item 2.2 deste capítulo.

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a constituição do novo modelo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 408.

²⁵ Jescheck e Weigend (*Tratado de derecho penal: parte general*. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. renovada, corregida e ampl. Granada: Editorial Comares, S.L., 2002. p. 167) asseveram que “en la interpretación del sentido de la Ley el Juez debe siempre tener presente las decisiones valorativas contenidas en la Constitución”.

No complexo das “liberdades comunicativas”²⁶ garantidas pela CR, mesmo a liberdade de expressão artística, porquanto espécie do gênero liberdade de expressão,²⁷ está sujeita a balizamentos jurídicos.²⁸ É que, consoante pontua José Afonso da Silva,

se a liberdade, em qualquer de suas formas, é um valor essencial à dignidade e ao desenvolvimento da pessoa humana, não é, porém, um valor absoluto e ilimitado. Isso é pacífico. A Constituição mesma indica regras de restrição à liberdade e, muitas vezes, autoriza o legislador ordinário a produzir normas restritivas.²⁹

Inegável que o legislador infraconstitucional, por uma série de enunciados legais integrantes do art. 234 do CP, engendrou dispositivo que importa restrições à liberdade de expressão. A interpretação e a aplicação do mencionado tipo legal, porém, jamais podem desconsiderar o marco constitucional, pois este é que lhe fundamenta a validade, modula a amplitude das suas possibilidades hermenêuticas e determina-lhe o âmbito funcional.

Em suma, a CR é irrenunciável ponto de partida (e de chegada) à cognição e aplicação do art. 234 do CP, pois, também aqui, “a meta é a fonte”.³⁰

2.2 A arte e o obsceno, na Constituição Federal e no Código Penal Brasileiro

No Brasil contemporâneo, acirradas polêmicas envolvendo exposições artísticas foram suscitadas,³¹ reavivando — a partir do primado da segurança jurídica³² — o imperativo

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais em espécie. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 500.

²⁷ *Ibidem*, p. 500.

²⁸ “Advogar a livre expressão humana não equivale a afastar toda e qualquer possibilidade de reprovação. Como toda ação humana, a liberdade de expressão pode causar prejuízo a bem jurídico de outrem, material ou imaterial, e por ele deve responder. A ninguém é dado ofender outrem impunemente, ao argumento de que é livre a manifestação do pensamento”, observa Castanho de Carvalho (*Direito de informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 29).

²⁹ SILVA, José Afonso da. Liberdade de expressão cultural. In: ESTUDOS em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover. Coordenação de Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes. São Paulo: DPJ Editora, 2005. p. 248.

³⁰ BRITTO, Carlos Ayres. *O humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 112-113.

³¹ Entre outros marcos importantes, em 10 de setembro de 2017, a Exposição *Queermuseu*, realizada em Porto Alegre, foi cancelada pelo seu patrocinador após diversos protestos organizados por vários grupos da sociedade civil; em 26 de setembro de 2017, o Museu de Arte Moderna de São Paulo foi “acusado” de promover pedofilia, pois uma criança interagiu com um artista nu, durante uma performance; em novembro de 2017, o Palácio das Artes, em Belo Horizonte, trouxe a público a exposição *Faça você mesmo sua Capela Sistina*, de Pedro Moraleida; no dia 5, daquele mesmo mês e ano, a mostra foi alvo de protestos e, logo depois, precisamente no dia 21, foi objeto de defesa empreendida por artistas, produtores e agentes culturais, que lançaram, no mesmo Palácio das Artes, manifestação de repúdio contra as diversas formas de censura na arte, com a criação da “Frente Nacional contra a Censura” (Cf. NÃO à censura. *Revista Cult*, n. 230, p. 14-21, dez. 2017).

³² Consoante Atienza (*apud* VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretação jurídica: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas*. Tradução de Susana Elena Dalle Mura. Revisão e notas de Alfredo de J. Flores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 271), por segurança jurídica “deve-se entender

de compreensão referente aos limites funcionais do crime de “escrito ou objeto obsceno”. Tipificado no art. 234 do CP, está assim redigido:

Escrito ou objeto obsceno

Art. 234. Fazer, importar, exportar, adquirir ou ter sob sua guarda, para fim de comércio, de distribuição ou de exposição pública, escrito, desenho, pintura, estampa ou qualquer objeto obsceno:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa.

§ 1º Incorre na mesma pena quem:

I - vende, distribui ou expõe à venda ou ao público qualquer dos objetos referidos neste artigo;

II - realiza, em lugar público ou acessível ao público, representação teatral, ou exibição cinematográfica de caráter obsceno, ou qualquer outro espetáculo, que tenha o mesmo caráter;

III - realiza, em lugar público ou acessível ao público, ou pelo rádio, audição ou recitação de caráter obsceno.

Chama atenção o fato de o tipo legal mencionar o “obsceno”, bem como estipular o inventário de várias mídias — o “escrito”, o “desenho”, a “pintura”, a “estampa”, a “representação teatral” e a “exibição cinematográfica” (ou “qualquer outro espetáculo”), além da “audição” e a “recitação” — das quais pode, ordinariamente, aflorar o atributo artístico.³³

A noção basilar não deixa de ser esta: à vista dos art. 5º, inc. IX, e 220, § 2º, ambos da CR, o art. 234 do CP não pode comparecer à ordem jurídica como instrumento de censura à arte, não obstante as relações de reciprocidade³⁴ havidas entre as referidas disposições.

Desse contexto, três leituras podem ser extraídas, conforme exame feito a seguir.

capacidade de um determinado ordenamento jurídico para tornar previsíveis, isto é, seguros, os valores liberdade e igualdade”.

³³ A “escultura”, embora não conste categoricamente no referido tipo legal, também está nele contemplada, na medida em que ela se materializa num “objeto”, qualificado pelo predicativo “escultórico”. Nessa mesma linha, o *graffiti* não deixa de ser uma forma de pintura. Problemática também poderia ser a questão da “instalação”, modalidade artística que reúne elementos de várias daquelas mídias, malgrado não se identifique exatamente com nenhuma delas; seja como for, considerando-se que a instalação igualmente se realiza mediante uma forma definida e tangível, ela acaba por ser constituída por objetos, imagens, vídeos e sons: esses seus componentes podem, ainda que individualmente, gerar relação de subsunção formal entre a invenção artística que lhe dá corpo e o art. 234 do CP. A fotografia, a colagem, a *assemblage*, o *ready-made*, o *objet trouvé*, a composição musical (que integra melodia e letra cantadas) podem, igualmente, ser passíveis de enquadramento no tipo legal: os primeiros — a partir do seu suporte — como “objeto”, e a última como “audição”. Ademais, a fórmula “qualquer outro espetáculo”, que demanda interpretação analógica, é capaz de abarcar, entre outros, a dança, a vídeo-arte, a performance e os *happenings*.

³⁴ Essa interação não é desconhecida do constitucionalismo alemão. Nesse sentido, afirma João Costa Neto (*Liberdade de expressão: o conflito entre o legislador e o juiz constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 271) que a “jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal consagrou a denominada *Wechselwirkung* (eficácia recíproca). De acordo com essa teoria, impõe-se enxergar uma medida restritiva à liberdade de expressão à luz do significado que esse direito fundamental possui em um Estado livre e democrático. Por conseguinte, a relevância do direito fundamental deverá limitar a própria eficácia limitadora da lei restritiva. Ou seja: da mesma forma que a lei produz efeitos que limitam o direito fundamental, o direito fundamental — por seu caráter essencial — limita o efeito limitador da lei”.

2.2.1 Império absoluto da arte?

Não basta que algo seja pintado, escrito, gravado, recitado, exibido cinematograficamente ou representado em palco, para que, somente por isso, seja uma “obra de arte”. Fosse assim, o sistema de arte restaria socialmente anulado, mediante a irrelevância cultural dos misteres desempenhados pelos artistas, críticos de arte, curadores, galeristas, etc.

Ademais, nem tudo o que se realiza a pretexto artístico está — *a priori* e em face dessa única razão — imune de quaisquer interferências jurídicas, inclusive penais. Maus-tratos a animais executados “artisticamente” não são impuníveis,³⁵ bem como não estão isentas de consequências jurídico-penais cenas de sexo — independentemente da sofisticação da composição³⁶ — nas quais os personagens são crianças reais. Esses exemplos, com efeito, demonstram a insustentabilidade da concepção que franqueia à liberdade de expressão artística (ou àquela que simplesmente se aproveita de mídias empregadas no universo artístico) o *status* de direito absoluto, cujo exercício restaria indevidamente desprovido de quaisquer limites.

2.2.2 Hegemonia autossuficiente do artigo 234 do Código Penal Brasileiro?

As ciências penais se arranjam em regime enciclopédico.³⁷ Esse referencial metodológico reconhece que a “interdisciplinaridade construtiva do direito penal” se efetiva mediante a articulação de “saberes secantes não jurídicos” (entre os quais fulgura a política criminal), “saberes jurídicos secantes” (nos quais o direito processual, o direito contravencional e o direito penal da criança e do adolescente estão compreendidos) e “saberes jurídicos tangentes” (âmbito ocupado, entre outros, pelo direito constitucional e direito administrativo).³⁸

³⁵ A pretexto de que se tratava de uma instalação “artística” (intitulada *Exposición nº 1*), o costa-riquenho Guillermo “Habacuc” supostamente teria deixado, numa galeria e à vista do público que visitou a bienal de 2007, na Nicarágua, um cão morrer de fome, cuja notícia foi dada como certa. Desde que o fato houvesse ocorrido no Brasil, e a depender das condições que, na instalação, fosse submetido o animal, o art. 32 da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 (“Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos. Pena: detenção, de três meses a um ano, e multa”), seria em tese aplicável. Sobre a notícia referente à citada instalação, cf. SUZUKI, Shin Oliva. Artista não revela se deixou cão morrer de fome em instalação. *G1*, 23 abr. 2008. Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/PopArte/0,,MUL421044-7084,00-ARTISTA+NAO+REVELA+SE+DEIXOU+CAO+MORRER+DE+FOME+EM+INSTALACAO.htm>. Acesso em: 25 nov. 2018.

³⁶ “By now everyone is familiar with porn publisher Gloria Leonard’s quote that the difference between pornography and erotica is lighting”, escreve Dian Hanson (Shedding some light. In: HANSON, Dian; KROLL, Eric. *The new erotic photography*. Köln: Taschen, 2013. p. 7).

³⁷ Cf. ASÚA, Luis Jiménez de. *Tratado de derecho penal*: tomo I. 5. ed. actual. Buenos Aires: Editorial Losada, 1990. p. 87.

³⁸ Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*: primeiro volume: teoria geral do direito penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p. 177-192 e p. 251-357.

Logo, a cognição e a aplicação do art. 234 do CP jamais podem abstrair o caráter sistêmico da ordem jurídica, em especial os fundamentos constitucionais que a ele conferem validade e lhe estabelecem os limites.

Uma vez que o mencionado tipo legal não é composto por preceitos estáticos e isolados,³⁹ peças soltas e calcificadas que não interagem com outras disposições jurídicas, a concepção fundamentada na autossuficiência do art. 234 do CP é também inapropriada, em face de quatro pontos acentuadamente problemáticos.

2.2.2.1 Primeiro ponto problemático: valorização da moral sexual como objeto de tutela jurídico-penal

Segundo Roxin, “os simples atentados contra a moral não são suficientes para a justificação de uma norma penal”.⁴⁰ A aplicação acrítica do art. 234 do CP pode implicar a criminalização da imoralidade sexual *per se*, inobstante reforma na codificação penal pátria.

A Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, alterou a epígrafe do Título VI da Parte Especial do CP, que passou a ser: “Dos crimes contra a dignidade sexual”. O câmbio da nomenclatura do citado Título VI, que eliminou a rubrica “Dos crimes contra os costumes”,⁴¹ não foi mera alteração formal na estrutura do CP, destituída de qualquer valia hermenêutica.⁴²

2.2.2.2 Segundo ponto problemático: ênfase em elementos indutores de instabilidade exegética

A tese da irrestrita aplicação do art. 234 do CP dá ensejo ao irresolvido dissídio estético referente à possibilidade de convivência, numa mesma obra, do artístico e do obsceno.

³⁹ Pela sua atualidade e porque perfeitamente aplicável ao ponto, calha a clássica lição de Sousa Neto (*O motivo e o dolo*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1949. p. 178): “Olvida-se, de propósito, a verdade elementar que de que uma norma jurídica isolada, separada do sistema jurídico, soa como uma frase arrancada de um livro, incompleta, desvitalizada, sem conteúdo, traindo o sentido real e a finalidade do conjunto, do todo. Um preceito sozinho, desarticulado e privado da circulação do sistema, é um preceito morto. Não tem existência própria. A vida lhe vem de todo o organismo jurídico e dos *pressupostos* do Direito. Ou, no mínimo, como quer Soler, em passagem já citada: ‘todo precepto jurídico aislado está subordinado a la condición del implícito funcionamiento armónico de todos los preceptos restantes. Ningún precepto se aplica sólo; lo exacto seria decir que por su intermedio se aplica el derecho todo’.”

⁴⁰ ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como missão do direito penal? Tradução de André Luís Callegari. In: _____. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 21.

⁴¹ O vocábulo “moral” deriva da palavra latina “*mores*”, que significa “relativo aos costumes”. Portanto, dizer “crimes contra os costumes” não deixa também de afirmar, em última análise, “crimes contra a moral”.

⁴² Releva destacar que as “rubricas e as epígrafes dos títulos e Capítulos do Código não são consideradas formas de interpretação autêntica contextual. Servem, porém, como elemento de interpretação”, consoante observa Damásio Evangelista de Jesus (*Comentários ao código penal*: parte geral: volume 1: de acordo com a Lei nº 7.209, de 11-7-1984. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 26).

Nessa controvérsia está a tormentosa indagação sobre “a eventual existência de formas e conteúdos intrinsecamente artísticos”. Muito embora o exame científico do direito penal não possa prescindir do manejo de conceitos metajurídicos,⁴³ a concepção que assume a autossuficiência do art. 234 do CP converte a transdisciplinaridade em pedra angular, com evidentes riscos à prevalência dos juízos estéticos em detrimento da racionalidade jurídica.

2.2.2.2.1 Sobre a definição de arte

A definição de arte, no modelo que abstrai as relações do art. 234 do CP com toda a ordem jurídica, acaba por ser imprescindível. É que o tipo legal não menciona “obra de arte”, mas refere-se ao “escrito ou objeto obsceno”; logo, poder-se-ia supor que uma pintura, uma escultura, uma cena, uma representação, enfim, que possam ser reconhecidas como obras de arte, não se inserem no âmbito de proibição da norma penal. A adversidade é que a definição de arte — um dos mais intrincados problemas da filosofia estética — não é unívoca:⁴⁴ a compreensão do próprio fenômeno artístico está sujeita a monumentais variações, relacionadas à percepção daquele mesmo fenômeno (em especial, condições de tempo e lugar, e também interferências deduzíveis de concepções morais, ideológicas e econômicas, entre outras).

Heidegger assevera que “o que seja a arte é das perguntas a que nenhuma resposta se pode dar. E o que parece ser uma resposta é apenas um sinal que guia a pergunta.”⁴⁵ Em meio

⁴³ Bricola (Limite esegetico, elementi normativi e dolo nel delitto di pubblicazioni e spettacoli osceni. *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 3, n. 3, p. 739, jul./set. 1960) anota: “Il terreno su cui si deve muovere l’indagine si presta facilmente a disquisizioni di carattere generale e metagiuridico, le quali, se possono essere utili a qualificare la ratio della formulazione normativa o a gettar le basi per una revisione de iure condendo della disciplina della materia, debbono essere considerate marginali o del tutto irrelevanti allorchè si tratti, come nel nostro caso, di compiere una analisi strutturale della fattispecie.”

⁴⁴ Mesmo que se proceda a um recorte, prestadio à tentativa de definição de arte, que a reduza sob a perspectiva do cânone ocidental, ainda assim, as dificuldades não arrefecem. Em coletânea que não esgota as possibilidades de definição da arte, não obstante de forma bastante sumária, José Manuel Ferro Veiga (*El tráfico internacional/nacional de obras de arte (robo y falsificación): un acercamiento al crimen organizado*. [S.l.]: Createspace, 2014, p. 74-75) evidencia o busílis: “la definición de arte es abierta, subjetiva, discutible. No existe un acuerdo unánime entre historiadores, filosofas o artistas. A lo largo del tiempo se han dado numerosas definiciones de arte, entre ellas: ‘el arte es el recto ordenamiento de la razón’ (Tomás de Aquino); ‘el arte es aquello que establece su propia regla’ (Schiller); ‘el arte es el estilo’ (Max Dvofak); ‘el arte es expresión de la sociedad’ (John Ruskin); ‘el arte es la libertad del genio’ (Adolf Loos); ‘el arte es la idea’ (Marcel Duchamp); ‘el arte es la novedad’ (Jean Debuffet); ‘el arte es la acción, la vida’ (Joseph Beuys); ‘arte es todo aquello que los hombres llaman arte’ (Dino Formaggio). El concepto ha ido variando con el paso del tiempo: hasta el Renacimiento, arte solo se consideraban las artes liberales; la arquitectura, la escultura y la pintura eran ‘manualidades’. El arte ha sido desde siempre uno de los principales medios de expresión del ser humano, a través del cual manifiesta sus ideas y sentimientos, la forma como se relaciona con el mundo. Su función puede variar desde la más práctica hasta la ornamental, puede tener un contenido religioso o simplemente estético, puede ser duradero o efímero. En el siglo XX se pierde incluso el sustrato material: decía Beuys que la vida es un medio de expresión artística, destacando el aspecto vital, la acción. Así, todo el mundo es capaz de ser artista.”

⁴⁵ HEIDEGGER, Martin. *A origem da obra de arte*. Tradução de Maria da Conceição Costa. Lisboa: Edições 70, 2017, p. 74.

aos entraves que se perfilam à definição da arte estaria a “circularidade”, pois, de acordo com Luhmann, “poderíamos supor, então, que a arte consiste em obras de arte e que a própria arte determinaria o que seja uma obra de arte”.⁴⁶ Ademais, o fato artístico não está adstrito à perspectiva do emitente ou do produtor da manifestação expressiva: também o público receptor, em sua diversidade humana, deve ser considerado.⁴⁷ Com isso, sobretudo na ausência do aclarador distanciamento histórico,⁴⁸ o reconhecimento de uma invenção artística é franca *vexata quaestio*. Por esse motivo, ao avaliar o problema do reconhecimento da obra de arte na ambiência do direito penal, Muñoz Conde assinala:

Las nociones de “histórico, cultural y artístico” distan mucho de ser claras y precisas. Tomemos por ej., el concepto de “obra de arte”. Nadie sabría muy bien decir cuál es el elemento definidor de este concepto. Pocos discutirán que los es “Las Meninas” de Velázquez o “La Pietá” de Miguel Ángel, pero ¿lo es también la última ‘genialidad’ del pintor vanguardista que ha estrellado contra un lienzo un bote de pintura roja, o el concierto de cencerros de un músico minimalista aficionado a la vida bucólica contemplativa?⁴⁹

⁴⁶ LUHMANN, Niklas. A obra de arte e a auto-reprodução da arte. Tradução de Heidrun Krieger Olinto. In: OLINTO, Heidrun Krieger. *Histórias da literatura: as novas teorias alemãs*. São Paulo: Editora Ática, 1996. p. 244.

⁴⁷ A obra de arte estabelece-se na relação de seu inventor e de seu fruidor: ela está, com todas as suas possibilidades exegéticas, situada entre o seu formador e seu interpretante. A experiência comunicativa da obra publicada traduz, pois — consoante Eco —, um exercício de “congenialidade”, que se baseia em aberturas, alergias, preferências e fechamentos. Como a invenção artística suscita infinitos ângulos de compreensão, “as situações pessoais dos intérpretes deixam de ser *impedimentos* para se tornarem ocasiões de acesso à obra. E cada acesso é um modo de possuir a obra, de vê-la inteira e, contudo, sempre percorrível de novos pontos de vista, pois se ‘não há interpretação definitiva e exclusiva, não há também interpretação provisória e aproximativa’. A pessoa torna-se órgão de acesso à obra e, ao revelar a obra em sua natureza, exprime igualmente a si mesma: torna-se ao mesmo tempo, diríamos, a obra e o seu modo de ver a obra”. (ECO, Umberto. *A definição da arte*. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Record, 2016. p. 31). Portanto, não é de todo descabida a tese que propugna que cada pessoa “enxerga”, na obra de arte, aquilo que “quer” e/ou que “pode” ver; as possibilidades de interpretação, em face do próprio caráter polissêmico inerente a uma invenção artística, comporta inúmeras alternativas, que dependem — entre outros fatores gnosiológicos — da inteligência, dos dados personalíssimos (v.g., idade, sexo, personalidade, caráter, temperamento, vicissitudes fisiológicas, etc.), da amplitude cultural, do contexto geo-histórico, do grau de instrução, do conhecimento artístico, das condições socioeconômicas, da ambiência interpessoal, do *status* profissional, da capacidade de elaboração, da sensibilidade, das ideologias, dos preconceitos etc., de cada indivíduo: os julgamentos, portanto, variam com as idiossincrasias e designa o lugar de cada um no mundo circundante. Nas letras jurídicas, Ernesto J. Ure (*El pudor y la ley penal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1959. p. 24) já houvera assim se posicionado ao acentuar que “a menudo la inmoralidad no está en la obra, sino en los ojos de quien la mira o la lee”.

⁴⁸ Frank Wynne (*Eu fui Vermeer: a lenda do falsário que enganou os nazistas*. Tradução de Hidegard Feist. São Paulo: Companhia das Letras, 2008. p. 83-84) lembra que “quando Michelangelo concluiu o *Juízo Final*, o monumental afresco que se encontra no altar-mor da Capela Sistina, as figuras estavam nuas. Biagio da Cesena, conselheiro do Papa Paulo III, horrorizou-se com essa ‘desavergonhada exibição da carne’ e declarou que tal pintura não condizia com ‘a capela de um pontífice, e sim com o banheiro de uma taberna’. Depois que Michelangelo morreu, o Papa Paulo IV publicou um édito, proibindo o nu na pintura, e confiou a Daniele da Volterra, aprendiz de Michelangelo, a incumbência de cobrir a genitália”. Hoje é consenso: os afrescos de Michelangelo constituem uma das mais altas expressões artísticas jamais elaboradas na história da humanidade.

⁴⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. El tráfico ilegal de obras de arte. *Estudios penales y criminológicos*, Santiago de Compostela, n. 16, p. 403, 1993.

Diante desse cenário, é tentador calcular: se “a arte é livre e o obsceno, em contrapartida, proibido” — assertiva em si mesma acentuadamente problemática —, a saída, então, ante as dificuldades de definição da arte, poderia restar descortinada ao se cravar, já *in abstracto*, o conceito de “obsceno”, até porque esse é o termo que consta no art. 234 do CP.

2.2.2.2.2 Sobre a definição do obsceno

O conceito de “obsceno” é infenso a um juízo apriorístico. Conquanto integre o tipo objetivo do art. 234 do CP, na qualidade de elemento normativo de valoração empírico-cultural (correspondendo, então, a seu *predicado de valor*⁵⁰), o termo não é definido por lei.

Em célebre *opinion* exarada na Suprema Corte dos Estados Unidos, o Mr. Justice Harlan asseverou que “often true that one man’s vulgarity is another’s lyric”.⁵¹

Contudo, aquela que talvez seja a afirmação judicial mais famosa sobre a obscenidade foi pronunciada, em outro julgamento ocorrido naquele mesmo Excelso Tribunal, pelo Mr. Justice Stewart:

I shall not today attempt further to define the kinds of material I understand to be embraced within that shorthand description, and perhaps I could never succeed in intelligibly doing so. But I know it when I see it, and the motion picture involved in this case is not that.⁵²

Assim, e sempre sujeita a câmbios históricos, a definição jurídica do obsceno suscitou diversas posições antagônicas no âmbito da Supreme Court, as quais chegaram a ser contabilizadas em catorze.⁵³

Em síntese, a arte e o obsceno demandam profundas investigações conceituais e acirradas avaliações valorativas que se desdobram para além dos domínios do próprio direito

⁵⁰ Para Puppe (Error de hecho, error de derecho, error de subsunción. Traducción del artículo “Tatirrtum, Rechtsirrtum, Subsumtionsirrtum”, publicado en Goltdammer’s Archiv für Strafrecht, realizada por Manuel Cancio Meliá. In: FRISCH, Wolfgang *et al.* *El error en el derecho penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2010. p. 133), “no hay nada que objetar a la producción, almacenamiento o la difusión de escritos en sí mismos. [...], sin embargo, estos escritos cumplen predicados de valor como ‘incitador al odio racial’, ‘exaltador de la violencia’ o ‘pornográfico’, [...]”.

⁵¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. *Cohen vs. California* (403 U.S. 15, 1971). p. 25. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/403/15/>. Acesso em: 26 jan. 2019.

⁵² ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. *Jacobellis vs. Ohio* (378 U.S. 184, 1964). p. 197. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/378/184/>. Acesso em: 26 jan. 2019.

⁵³ Em *Ginzburg vs. United States* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. *Ginzburg vs. United States*, 383 U.S. 463, 1966; p. 480. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/383/463/>. Acesso em: 26 jan. 2019), o Mr. Justice Black fez constar: “My conclusion is that certainly, after the fourteen separate opinions handed down in these three cases today, no person, not even the most learned judge, much less a layman, is capable of knowing in advance of an ultimate.”

penal. Somada a isso, cabe a reflexão: a verdade jurídico-normativa que poderia ser extraída do isolamento do art. 234 CP (*i.e.*, o obsceno e a arte jamais coexistem) nem sempre se estabelece, livre de zonas cinzentas, em um nível mais concreto da própria realidade.⁵⁴

2.2.2.3 Terceiro ponto problemático: o perigo de sobreposição do Código Penal Brasileiro em detrimento da Constituição Federal

Do ponto de vista da filosofia estética, existem vozes que se levantam em prol da possibilidade da “arte obscena”⁵⁵ e da eventualidade de uma “arte pornográfica”,⁵⁶ embora também haja, ainda no mesmo plano, posicionamentos em sentido contrário.⁵⁷

Arredio a consensos, o dissídio se repete em sede jurídica,⁵⁸ haurindo tanto opiniões no sentido de que a arte e o obsceno são repelentes,⁵⁹ quanto também aquelas que expressamente

⁵⁴ Do ponto de vista da inteligência e do *logos*, Xavier Zubiri (*Inteligência e logos*. Tradução de Carlos Nougué. São Paulo: É Realizações, 2011. p. 198-199) adverte que “realidade e verdade não são idênticas porque há ou pode haver realidades que não estejam atualizadas nem tenham por que estar. Nesse sentido, nem toda realidade é verdade. Verdade é uma qualidade da atualização, e a atualização é um momento físico do real: sem acrescentar-lhe nenhuma nota mais, a atualização, no entanto, acrescenta às notas realmente a verdade. Por isso, verdade e realidade não só não são idênticas, mas tampouco são meramente correlativas: realidade não é mero *correlato* da verdade, mas *fundamento* desta, porque toda atualização é atualização de realidade. A realidade é, portanto, o que dá verdade à inteligência, é o que ‘verdadeira’ nela”.

⁵⁵ O crítico de arte James Gardner (*Cultura ou lixo?: uma revisão provocativa da arte contemporânea*. Tradução de Fausto Wolff. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996 .p. 219) afirma que “não está escrito em lugar algum que o que é obsceno não pode ser grande arte ou o que foi obsceno uma vez deva permanecer assim para sempre”.

⁵⁶ Susan Sontag (*A vontade radical: estilos*. Tradução de João Roberto Martins Filho. São Paulo: Companhia das Letras, 1987. p. 52) pontua a existência de três pornografias: como item na história social, como fenômeno psicológico e, ainda, como gênero literário, no interior das artes. Apesar de reconhecer que a maioria das definições de pornografia e literatura são excludentes, a autora opina no sentido de que “o que faz de uma obra de pornografia parte da história da arte, ao invés de pura escória, não é a distância, a superposição de uma consciência mais conformável à da realidade comum sobre a ‘consciência desordenada’ do eroticamente obcecado. Em vez disso, é a originalidade, a integridade, a autenticidade e o poder dessa própria consciência insana, enquanto corporificada em uma obra. Do ponto de vista da arte, a exclusividade da consciência incorporada nos livros pornográficos não é, em si mesma, nem anômala, nem antiliterária”.

⁵⁷ Entre o erotismo e a pornografia, e a compatibilidade desta e daquele com a arte, “pode fazer-se uma distinção ao nível da qualidade artística e afetiva: o erotismo nunca é, em princípio, ordinário, enquanto que a pornografia o é, pois rebaixa a representação ao nível do obsceno; quanto ao critério estético, parece-me evidente: não pode haver pornografia ‘artística’”, consoante acentua Marianne Roland Michel (*A arte e a sexualidade*. Tradução de João Belchior Viegas. Lisboa: Editorial Estúdios Cor, S.A.R.L., 1973. p. 96).

⁵⁸ Magalhães Noronha (*Direito penal: volume 3: (de crimes contra a propriedade imaterial a crimes contra a segurança dos meios de comunicação e transporte e outros serviços públicos)*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 295) chancela a existência da polêmica, assim: “Há os que afirmam não poder a arte justificar a obscenidade. Outros sustentam que se uma obra é artística não pode ser obscena. No meio destes, situam-se os de opinião moderada: não há fazer afirmações apriorísticas e dogmáticas. O assunto é tanto mais inçado de dificuldades, quando sabemos que longe está de ser pacífico o conceito de arte.”

⁵⁹ Everardo da Cunha Luna (*A arte e o obsceno. Fascículos de Ciências Penais*, Porto Alegre, v. 3, n. 4, p. 61, out./dez. 1990) defende, na doutrina pátria, que “os escritos, objetos, representações teatrais e exibições cinematográficas podem ser *obscenidades* que ofendem o pudor. Sem dúvida que *podem*. Mas, quando são essencialmente *obscenos*, realizam valor negativo, aparentando, à primeira vista, serem obras de arte. Bem examinados, arte não o são, porque a arte é um valor positivo. Podem até ser considerados como *abuso da arte*, mas arte não o são, pois que onde começa o abuso termina o *uso*, o *bom uso* da arte”. Ernesto J. Ure (*El pudor...*, p. 21) não discrepa: “la tutela del pudor público, bien jurídico del alto valor social, no puede permitir que, con

a admitem,⁶⁰ além das que não a descartam por completo, diante de uma suposta “pornografia artística”.⁶¹ Sob qualquer ângulo, portanto, a controvérsia está posta no sistema de cultura, no qual direito penal e arte convivem.⁶²

Claro que as criações artísticas que constituem o patrimônio cultural brasileiro (art. 216, inc. III, CR⁶³) jamais podem corresponder à objetividade material de um delito. Forçoso convir, todavia, que nem toda expressão alcança esse grau de imunidade; por mais que a busca pretensamente artística possa visar à sua justificação no exercício regular de um direito (art. 23, inc. III, *in fine*, do CP⁶⁴), nem por isso ela estará aprioristicamente eximida dos efeitos penais dimanados do art. 234 do CP.

Com efeito, o art. 234 do CP não foi concebido sob os mesmos parâmetros presentes no art. 529 do *Código Penale italiano*, cuja redação é a seguinte:

529. Atti e oggetti osceni: nozione

Agli effetti della legge penale, si considerano osceni gli atti e gli oggetti che, secondo il comune sentimento, offendono il pudore.

Non si considera oscena, l'opera d'arte o l'opera di scienza, salvo che, per motivo diverso da quello di studio, sia offerta in vendita, venduta o comunque procurata a persona minore degli anni diciotto.

el ropaje del arte o plasmada por la mano de un auténtico artista, se difunda la obscenidad. La libertad no debe emplearse para atacar el derecho del ciudadano de no ser turbado en su sentido del pudor”. Lener (Il concetto di “osceno” nella legge penale. *Archivio Penale*, Roma, v. 1/12, p. 422, jan./dez. 1950) assume o mesmo posicionamento: “Le opere d’arte se veramente tali non sono oscene perchè le necessità umane si sublimano e raffinano in un’ansia superiore di liberazione e di conoscenza; le opere invece, caratteristicamente oscene o che proprio dall’oscenità traggono la loro risonanza, sono estranee all’arte e debbono trattarsi come contraffazioni e turpitudini, anche quando, in bem rari casi, in mezzo ad una copia di fiori putrefatti mostrino un anemico e timido fiore di arte.”

⁶⁰ Leonardo Martins (Direito constitucional à expressão artística. In: MAMEDE, Gladston; FRANCA FILHO, Márcilio Toscano; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Org.). *Direito da arte*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 690) declara que “mesmo *happenings*, instalações etc. obscenas podem ser considerados arte, pressupondo-se a presença dos elementos estruturais específicos, a serem avaliados e, por isso, protegidos pelo art. 5º, IX, da CF”.

⁶¹ Narvaiz (El concepto de la obscenidad y el art. 128 del código penal. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Buenos Aires, n. 1, p. 58, jan./mar. 1971), exemplificativamente, escreve que “transcurriendo los tempos el sexo no abandono su papel protagonista en las artes. Literatos conocidos como Boccacio o Shakespeare trataron con libertad temas eróticos como otros hoy menos nombrados como Ben Jonson o Margarita de Angulema, reina de Navarra, cuyo Heptaméron, inspirado en la obra de Boccacio, es un clásico de la pornografía artística”.

⁶² A propósito, pontifica Mayer (*Derecho penal: parte general*. Traducción directa del alemán por el profesor Sergio Politoff Lipschitz. Buenos Aires: B de F, 2007. p. 71): “Delito es un acontecimiento imputable que corresponde a un tipo legal y que es contradictorio con una norma de cultura reconocida pelo Estado.”

⁶³ “Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

[...];

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas; [...].”

⁶⁴ “Art. 23. Não há crime quando o agente pratica o fato:

[...].

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.”

É interessante notar: fundamentado em uma *fictio juris*,⁶⁵ o tipo permissivo não afirma que a invenção artística jamais possa abarcar elementos obscenos, mas admite que, no fato artístico com traços de obscenidade, a valoração penalmente negativa alusiva a eles pode — mediante determinados critérios — ser neutralizada. Rocco Davi, a respeito, pontifica:

Ecco lo spirito della legge: l'arte, come la scienza, non può che elevare e purificare. Non può coesistere perciò l'osceno col bello per la contraddizione che non lo consente. Ma si dice: poichè il legislatore sa l'espressione: non si considera oscena l'opera d'arte e di scienza, invece di: non è oscena, è evidente, da questa enunciazione, che la legge non si è preoccupata di risolvere l'insanabile dissidio tra etica ed estetica, tra morale ed arte, ma, ai soli fine penali, ha voluto sottrarre alla sanzione l'opera artistica o scientifica.⁶⁶

Na medida em que o codificador penal brasileiro não instituiu qualquer ressalva como a que fez o codificador penal italiano, sujeitou-se a todas as perplexidades inerentes ao apontado dissídio estético, cujo mérito não compete ao direito penal.

Em meio às controvérsias, no entanto, há um consenso: uma obra de arte *pode conter* obscenidades e nisso não divergem nem os filósofos, nem os juristas. É a unidade integral da obra que deve ser considerada para apontar se ela, conquanto portadora de partes obscenas, permanece sendo arte ou, ao contrário, rebaixa-se ao nível do artefato dissoluto.⁶⁷ O dado intransponível é que, para efeitos penais, cuja normatividade opera na chave do *dever ser*, quem dita o que é obsceno é o juiz e não o esteta. Basta lembrar que, perante o mesmo Tribunal,

⁶⁵ Bricola (Limite esegetico..., p. 749-750) pontua que “il cpv. dell’art. 529 c.p. costituisce una finzione giuridica, rientrante nel novero delle finzioni giurico-pratiche, che operano nel campo penale e che servono a rendere applicabile una norma e casi diversi, distinte dalle finzione euristiche che sono rivolte unicamente alla conoscenza. In definitiva tali finzione giurico-pratiche corrispondono a quel casi in cuil il concetto giuridico diverge nettamente da quello naturalistico: così nella fattispecie, mentre naturalisticamente lo osceno sussiste anche nell’opera d’arte, il concetto giuridico di oscenità non assorbe anche l’opera d’arte o scientifica”.

⁶⁶ DAVI, Rocco. L’arte, la scienza ed il diritto penale. *Annali di Diritto e Procedura Penale*, Torino, v. 8, n. 1, p. 13, jan. 1939.

⁶⁷ Uma obra não pode ser fruída, do ângulo artístico, em desconsideração à sua “unidade orgânica”. Por esse princípio são inseparáveis, porquanto mutuamente interativos, os componentes “tema-forma-conteúdo” de uma mesma obra: nada nela possui autonomia, as partes e o todo se conjugam, nada é desnecessário e as relações entre todos os componentes são inevitáveis (nesse sentido, cf. OCVIRK, Otto G. *et al. Fundamentos da arte: teoria e prática*. Tradução de Alexandre Salvaterra. 12. ed. Porto Alegre: AMGH, 2014. p. 11). Faz tempo, aliás, que a transposição do princípio da unidade da obra de arte aos domínios da valoração jurídica é admitida, consoante se extrai desta passagem da sentença que absolveu Flaubert (Rouen, 1821 – Croisset, 1880) das acusações de “ofensas à moral pública e à religião”, se lhe imputadas em razão da publicação de *Madame Bovary*, quando de seu julgamento, em 1857: “[...]. Pero considerando que la obra de la que Flaubert es autor es una obra que parece haber sido intensa y seriamente trabajada desde el punto de vista literario y del estudio de los caracteres; que los pasajes subrayados por el mandato de la remisión, aunque reprecensibles, son poco numerosos si se los compara con la extensión de la obra; que estos pasajes, lo mismo por las ideas que exponen como por las situaciones que representan, integran el conjunto de los caracteres que el autor ha querido pintar, exagerándolos e impregnándolos de un realismo vulgar y a menudo chocante; [...]; en estas circunstancias [...], el tribunal los absuelve de la acusación lanzada [...]” (FLAUBERT, Gustave. *El origen del narrador*: actas completas de los juicios a Flaubert y Baudelaire. Traducción de Luciana Bata. Buenos Aires: Mardulce, 2013. p. 129-130).

na mesma época, diante do mesmo acusador e sob imputações que perpassavam pela obscenidade, Flaubert (Rouen, 1821 - Croisset, 1880) foi absolvido por seu *Madame Bovary*, enquanto Baudelaire (Paris, 1821 - Paris, 1867) foi condenado por seu *As flores do mal*.⁶⁸

Inexiste — mesmo no campo jurídico-normativo — uma regra que, *a priori* e de forma absoluta, seja capaz de informar quais são e quantas podem ser as partes de uma obra, que interferem na sua reputação artística ou obscena. Considerado esse panorama, cabe avaliar a possibilidade de julgamentos penais conflitantes, envolvendo uma mesma obra apresentada como artística, embora portadora de obscenidades. Em situações desse tipo, uma certeza despontaria: ao tentar resolver o problema estético que não lhe compete (pois o direito penal deve permanecer adstrito aos impasses exclusivamente jurídicos), a aplicação do art. 234 do CP representou, ao menos em um dos casos, uma franca inversão da hierarquia jurídico-normativa.

Na solução equivocada, a CR ficou à sombra do preceito infraconstitucional.

2.2.2.4 Quarto ponto problemático: risco de afronta a direitos e liberdades fundamentais

Nem a arte, nem o obsceno são achados incontroversos da natureza, mas dados culturais — cambiantes e contingentes — que sintetizam, sempre de forma provisória, posições predominantes que emergem de disputas ideológicas ou de posturas consuetudinárias sujeitas a significativas variações contextuais.

Ao suprimir a obra de arte porque, ao invés de reconhecê-la, o operador jurídico entendeu que ela não era exatamente uma invenção artística, mas uma expressão obscena, o que ele fez, em última análise, foi: *i*) em desfavor do artista, calar a sua liberdade de expressão (direito fundamental inscrito no art. 5º, inc. IX, da CR); *ii*) em detrimento do público, obstar o acesso à cultura (direito fundamental assegurado a todos, no art. 215, *caput*, da CR⁶⁹); e *iii*) em desvalimento à própria manifestação artística, impor indevida censura (constitucionalmente vedada, nos termos dos art. 5º, inc. IX, *in fine*, e 220, § 2º, ambos da CR).

⁶⁸ Em 1857, na França, Flaubert — por *Madame Bovary* — e, logo depois, Baudelaire — por *As flores do mal* — foram processados criminalmente por “ofensas à moral pública e à religião”: não somente eles, mas também seus editores e impressores. Flaubert e os demais réus foram absolvidos de todas as imputações, enquanto Baudelaire e os outros acusados, oito meses depois e perante a mesma Sexta Câmara do Tribunal Correccional do Sena, foram absolvidos dos crimes de ofensa à moral religiosa, mas condenados pelo delito de ultraje à moral pública e aos bons costumes; quanto à condenação de Baudelaire, cabe assinalar, todavia, que, em 1º de junho de 1949, a sentença de 1857, que reconheceu sua responsabilidade criminal, foi, finalmente, cassada e anulada (nesse sentido, cf. FLAUBERT. *El origen ...*, p. 7-12).

⁶⁹ “Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.”

2.3 Modelo telelogicamente orientado à realização axiológica dos valores, direitos e liberdades fundamentais

Na essência do Estado Democrático de Direito, está a afirmação de normas mínimas de conduta que devem ser respeitadas por todos os cidadãos e mesmo pelo Estado para tornar possível a convivência. Assim é que a Constituição — apesar da laicidade e da neutralidade estética estatais — consagra valores, direitos e liberdades fundamentais, cuja eficácia é determinante à própria viabilidade da coexistência harmônica de todos os entes que se unem na composição de uma sociedade plural, justa e pacífica.

Se a validade dos preceitos jurídico-penais encontra na Constituição o seu fundamento, resta claro que a resolução de problemas estritamente estéticos é tema que não se ajusta à missão do direito penal, assim como a ele não dizem respeito as convicções sexuais, enquanto circunscritas aos domínios estritamente morais. Nesse ponto, Natscheradetz observa:

Sendo o objetivo do direito penal sexual garantir a maior liberdade sexual possível nos comportamentos sexuais e se “a liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem” (art. 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão), deverá exigir-se precisamente que os crimes sexuais tutelem o bem jurídico da liberdade individual, limitando-se assim o direito penal sexual à criminalização das condutas sexuais que mais gravemente atentem contra a liberdade pessoal do ofendido, ou seja, que ofendam a liberdade sexual, ou a livre autodeterminação sexual do ofendido, privando-o da disposição de um dos aspectos mais intimamente ligados à sua autorrealização pessoal como é a atividade sexual. A liberdade individual possui dignidade constitucional — é um direito fundamental da pessoa humana — e a sua proteção constitui um pressuposto imprescindível para a convivência social, abarcando diversos domínios em que a liberdade individual se manifesta, entre os quais a esfera sexual, [...], possui particular relevância.⁷⁰

O direito penal pátrio tem na CR baliza inderrogável, que determina crivo de validade aos preceitos que o compõem, ao mesmo tempo em que limita a eficácia e efetiva a funcionalidade de todos eles. Por isso, desde que fundamentado no constitucionalismo, o debate sobre o eventual contubérnio entre a arte e o obsceno não alcança maior protagonismo no âmbito do art. 234 do CP, uma vez que ao direito penal — alheio àquela controvérsia — compete a tutela de bens jurídicos de altíssima magnitude.

Ademais, é incontroverso que as restrições condizentes ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais somente podem ser estabelecidas por outros direitos e liberdades de igual envergadura. É por isso que nem os juízos estritamente estéticos,⁷¹ nem o critério

⁷⁰ NATSCHERADETZ, Karl Prelhaz. *O direito penal sexual: conteúdos e limites*. Coimbra: Livraria Almedina, 1985. p. 141.

⁷¹ Nesse sentido, assinala Díez Ripollés (*Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras: la frontera del derecho penal sexual*. Barcelona: Bosch, 1982. p. 167) que “parece claro que la razón de la punición de conductas que producen excitación sexual placentera sólo puede estar en el atentado a la libertad

puramente moral,⁷² inerentes ao caráter obsceno da manifestação do pensamento, validam, sem mais, a aplicação do direito penal, pois as limitações ao exercício da liberdade de expressão artística⁷³ somente se firmam na medida em que solucionam conflitos concretos entre bens jurídicos merecedores de proteção por parte do ordenamento jurídico.⁷⁴

O obsceno, em si mesmo, sequer é necessariamente proibido, do ponto de vista jurídico;⁷⁵ logo, não assumiria essa dimensão por integrar-se a uma expressão cultural ordinariamente assegurada desde o prisma constitucional: a artística. Se o artístico e o obsceno não se excluem obrigatoriamente no plano jurídico, por conseguinte, não são também *sempre* antitéticos, mesmo no orbe do direito penal. Assim, tomado isoladamente, o obsceno não deixa de ser, em linguagem metafórica, uma “cortina de fumaça” que pode induzir/iludir o exegeta

que poden implicar, sin estructura conceptual intermedia (la de sentimiento) que desfigure tal constatación. Del mismo modo, así se evitan los reproches de que sólo se penan las conductas y representaciones groseras, bastas, que causan repugnancia y no las incitantes, seductoras convirtiéndose en un problema de estética”.

⁷² Para Díez Ripollés (*Exhibicionismo, pornografía...*, p. 144), “el Derecho penal ha de limitarse a la protección de los presupuestos esenciales para convivencia y que, consecuentemente, la conducta sexual es un ámbito en que la citada instancia social coactiva sólo interviene sobre aspectos relacionados mayoritariamente con atentados a la libertad, pero no para asegurar determinadas valoraciones globales de ella. Toda actuación que sobrepase esos límites constituye una intromisión inaceptable en una sociedad que, en un marco pluralista, ha de considerar la sexualidad como unos de los campos en que se puede desarrollar con mayor libertad la autorrealización personal”.

⁷³ Observa Magalhães Noronha (*Direito penal...*, p. 295) que à arte, “evidentemente, devem ser concedidos limites amplos: o gênio humano tem exigências que não podem ser reprimidas em nome de uma *pruderie* exagerada que acabaria por asfixiá-la. [...] É de rejeitar qualquer princípio que conceda à arte liberdade ilimitada, que não conheça lindes ou fronteiras. Ela é *meio de expressão* do homem. Concretiza uma lucubração, uma abstração individual, que, consecuentemente, não pode ir além de certos limites”.

⁷⁴ Consoante destaca Igor Minteguía Arregui (Religión, moral y expresión artística. In: GARCÍA CONLLEDO, Miguel Diaz y (Coord.). *Libertad de expresión y sentimientos religiosos*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 79), em análise perfeitamente aplicável à realidade pátria, “el Tribunal Constitucional español ha declarado en reiteradas ocasiones que los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución no son absolutos e ilimitados, sino que su ejercicio pueda ser restringido por otros bienes también merecedores de protección por parte del ordenamiento jurídico. El instrumento principal para establecer los límites de un derecho fundamental será el propio precepto constitucional en el que es reconocido. en el caso de la libertad de producción y creación artística y literaria, tendremos que remitirnos a lo afirmado en el párrafo cuarto del artículo 20 da Constitución Española, en el que se señala que las libertades reconocidas a lo largo de este artículo ‘tienen su límite en el respecto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia’. Por lo tanto, el límite general del ejercicio del derecho fundamental de estudio en este trabajo será el respecto a los derechos constitucionales de los demás, reconocidos en el Título Primero de esta norma, así como al contenido de las leyes que desarrollen este título”. Com efeito, não custa pontuar que, no Título Primeiro da vigente Constituição Espanhola, que se articula em face “De los derechos y deberes fundamentales”, constam, entre outros, os direitos da pessoa (nos quais se inscreve a dignidade da pessoa humana - art. 10.1), o direito à igualdade ante a lei (art. 14), o direito à liberdade ideológica e religiosa (art. 16), o direito à liberdade pessoal (art. 17), o direito à honra, à intimidade e à própria imagem (art. 18.1), o direito à liberdade de expressão (art. 20), o direito à proteção à família e à infância (art. 39), o direito ao acesso à cultura (art. 44) e o direito à tutela das liberdades e dos direitos (art. 53.1).

⁷⁵ O art. 78, parágrafo único, da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 – que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e dá outras providências – determina: “As editoras cuidarão para que as capas que contenham mensagens pornográficas ou obscenas sejam protegidas com embalagem opaca.” Ora, se o obsceno *per se* redundasse sempre em proibição jurídica, citado dispositivo sequer poderia estar inscrito na ordem jurídica brasileira, sobretudo em legislação acentuadamente sensível ao cumprimento de exigências estabelecidas no art. 227, *caput*, da CR (cuja transcrição consta no item 3.1.7 do Capítulo 3 desta pesquisa).

do art. 234 do CP à adoção de rumos interpretativos capazes de despistá-lo das autênticas justificativas que embasam a validade e os limites do tipo legal na ordem jurídica brasileira.

É precisamente em seguida aos limites que a própria CR impõe à liberdade de expressão artística que começam as possibilidades de aplicação do art. 234 do CP: a partir daí, pois, emerge o campo de validade do tipo legal. Ele “viceja” e surte seus efeitos nas fronteiras instituídas entre o direito à liberdade de expressão artística e os demais valores, liberdades e direitos fundamentais que a própria CR assegura. Assim, se o art. 234 do CP interfere na amplitude da expressão artística, isso somente se dá porque, antes dele, a própria normativa constitucional já houvera limitado as possibilidades daquela mesma expressão. Em razão disso, tanto o objeto obsceno quanto a atividade com esse mesmo caráter não ensejam, por conseguinte e unicamente pela obscenidade que lhes marcam, a aplicação do art. 234 do CP: agregada a ela deve impreterivelmente aflorar também a certeza de que direitos e liberdades assinalados na CR entraram em rota de colisão.⁷⁶ Afinal, é a Lei Fundamental quem condiciona a aplicação dos preceitos jurídico-penais, não sendo estes que permitem a maior ou menor eficácia dos direitos e liberdades contemplados no Texto Maior.

Manejado dessa maneira, o art. 234 do CP não conflita com quaisquer valores, direitos e liberdades insertos na CR: antes assegura a eficácia de todos eles. Sob esse ângulo, inexistente qualquer contradição entre o CP e a CR, pois o tipo legal nada mais faz do que sancionar, no plano da normatividade jurídico-penal, aquilo que a própria Lei Fundamental deixa entrever: a inexistência de liberdades absolutas. Na moderação ínsita a esse modelo exegético, erige-se uma via hermenêutica teleologicamente orientada à efetividade axiológica dos valores insertos na CR e que com ela se compatibilizam: na medida em que a autodeterminação sexual de indivíduos adultos capazes de expressar consentimento jurídico-penal eficaz, a especial proteção devida às crianças e adolescentes e a defesa devida aos vulneráveis⁷⁷ constituem interesses dignos de tutela pelo direito, inclusive o penal, o direito à

⁷⁶ Neste ponto, cabe a reflexão de Igor Minteguía Arregui (Religión..., p. 81): “Los límites que puede establecer nuestra normativa interna a los derechos constitucionales en ningún caso pueden constituirse en restricciones de carácter absoluto. En caso de colisión entre el ejercicio de un determinado derecho fundamental y un bien constitucional que puede constituirse en su límite, no deberá, siempre, de forma automática, ceder el primero, sino que previamente deberá haber una labor de ponderación de los bienes en conflicto por parte de órganos jurisdiccionales en cada supuesto concreto.”

⁷⁷ O termo “vulnerável” há de ser compreendido, doravante, em acepção jurídico-penal. No direito penal sexual brasileiro, a Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, introduziu, na codificação penal pátria, o conceito de vulnerável, fazendo-o expressamente na epígrafe do Capítulo II do Título VI da Parte Especial do CP, assim como nas rubricas dos art. 217-A e 218-B, ambos do CP (transcritos nas nrs. 184 e 187 do Capítulo 5 desta pesquisa). Além disso, a Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018, ao inserir o art. 218-C no CP (transcrito na nr. 188 do Capítulo 5 deste estudo), também fez expressa referência ao termo “vulnerável”, consoante denotam a rubrica e o *caput* do dispositivo. Destarte, são vulneráveis, no direito penal sexual brasileiro, o indivíduo portador de “enfermidade ou deficiência mental que não tem o necessário discernimento para a prática de atos

liberdade de expressão artística e o direito à autorrealização sexual encontram naqueles mencionados bens jurídicos os seus limites. É desse modo que o art. 234 do CP se conjuga sistematicamente à unidade do Texto Constitucional, fornecendo-lhe meios para conferir harmônica efetividade, no plano jurídico-penal, às liberdades e direitos fundamentais. Bem por isso, o aludido dispositivo não pode se inscrever no ordenamento jurídico com aspirações ao império da liberdade absoluta concedida em favor da arte nem com anseios de decretar, para si e a partir de seu alheamento ao restante da ordem jurídica, uma hegemonia autossuficiente que o conduza a uma rotina de incidência tão irrestrita quanto indevida. Em suma, os limites jurídico-penais à liberdade de expressão artística e à autorrealização sexual, no tocante ao art. 234 do CP, não são a rigor definidos por juízos puramente estéticos ou convicções estritamente morais, mas por outros valores, direitos e liberdades constitucionais que validam e determinam, restritivamente, os âmbitos de cognição e de aplicabilidade pertinentes ao citado dispositivo.

2.4 A importância da revisão crítica ora proposta

“Mais do que o moralista ou o político, o jurista se preocupa, e com toda razão, com a segurança jurídica”, aduz Perelman.⁷⁸

com natureza sexual” (art. 217-A, § 1º, primeira parte, e art. 218-B, *in fine*), além da pessoa que, “por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência” à prática desses mesmos atos (art. 217-A, § 1º, *in fine*), assim como o “menor de catorze anos” (no crime previsto no art. 217-A, *caput*). Portanto, o conceito de vulnerável, em matéria penal sexual, difere daquele inscrito na Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), que estabelece que, para os fins de proteção contra “toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, tortura, crueldade, opressão e tratamento desumano ou degradante”, são consideradas “especialmente vulneráveis a criança, o adolescente, a mulher e o idoso, com deficiência” (cf. art. 5º, *caput*, e seu parágrafo único). O registro é importante porque a pessoa com deficiência, nos termos da apontada legislação especial, nem sempre tem afetada a sua capacidade civil, razão pela qual, nos casos em que essa mesma capacidade está incólume, à pessoa com deficiência é assegurado o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos (cf. art. 6º, *caput*, e seu inc. II). De outro giro, no que tange às pessoas com idade inferior a 18 anos, o art. 2º do ECA dispõe: “Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.” Quer isso dizer que crianças e adolescentes, no âmbito do CP, em razão da faixa etária na qual estão *ex vi legis* inseridas, são reputadas sexualmente vulneráveis. Nesta dissertação, muitas vezes, será dito: “crianças, adolescentes e vulneráveis”, ou “pessoas com idade inferior a dezoito anos, além daquelas designadas vulneráveis pelo direito penal sexual pátrio”. Evidentemente, além das crianças e adolescentes (ambos com idade inferior a 18 anos), a menção aos demais vulneráveis em matéria penal sexual (*i.e.*, o portador de enfermidade ou deficiência mental que não tem o necessário discernimento para a prática de atos com natureza sexual, bem como aquele que, por qualquer outra causa, não pode se opor a referidos atos) justifica a presente nota de advertência. Por fim, cabe registrar que a consciente (mas inevitável) sobreposição terminológica, eventualmente manejada nesta dissertação, envolvendo “crianças” e “adolescentes” (aqueles com idade situada entre 12 anos de idade completos e 14 anos incompletos) e “menores de catorze anos”, ou “menores de dezoito anos”, apontados como sexualmente vulneráveis na codificação penal brasileira, não causa qualquer prejuízo à pesquisa, pois o seu emprego apenas serve ao reforço distintivo entre os sujeitos passivos referidos em razão da idade e aqueles indicados por força de outras particularidades psicofísicas de que são portadores.

⁷⁸ PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 659.

Por isso, neutro com relação aos dissensos estéticos insolúveis, às intermináveis controvérsias religiosas, às inconciliáveis posições morais, às polêmicas ideológicas extremadas, aos conflitos alusivos às questões de gênero, às investigações clínicas, antropológicas e etnográficas, todos concernentes à obscenidade, a pesquisa situa seu foco analítico em aberta defesa da máxima efetividade dos valores, direitos e liberdades constitucionais, a partir da perspectiva de um direito penal mínimo, no particular. Um direito penal compromissado com a exclusiva tutela de bens jurídicos, manejada à luz do princípio da *ultima ratio*, bem como disposto a legitimar a sua própria funcionalidade, em uma sociedade pluralista e democrática.

Com efeito, é significativamente complexo cravar *in abstracto* o caráter obsceno de determinada forma expressiva. Em contrapartida, é inegável a relevância da cognição *ex ante* das condições e circunstâncias que assegurem à invenção artística seu distanciamento do campo de eficácia do art. 234 do CP. Diante dessa aparente aporia, a revisão exegética ora apresentada prognostica que o transbordo das fronteiras penalmente conformes à liberdade de expressão artística pode ser *previsível* (i.e., passível de *prevenção*) e *objetivamente* reconhecível (i.e., sujeito à crítica da *pertinência repressiva* imposta por ocasião do julgamento do *fato*, maximamente depurado de interferências contingentes e de natureza extrajurídicas). Essa dupla possibilidade perpassa antes pela identificação das *formas* pelas quais a liberdade de expressão artística admite ser publicamente exercitada, do que propriamente pela determinação do *conteúdo* albergado naquele mesmo valor constitucional.⁷⁹

A ressignificação hermenêutica do art. 234 do CP, cerne desta pesquisa, é importante porque restringe e delimita o âmbito de validade do mencionado tipo penal: i) a partir da consideração de *valores, direitos e liberdades fundamentais*; ii) com o escopo de tornar os casuísmos significativamente excepcionais; iii) por meio de *soluções dogmáticas* que *simplificam*, aos operadores jurídico-penais, diante do caso concreto, a aferição da relação de

⁷⁹ Ou seja, a pesquisa leva em conta o magistério de João Costa Neto (*Liberdade de expressão...*, p. 84-85) quando leciona no sentido de que, do ponto de vista da constitucionalidade fundamentada na liberdade de expressão, “é possível concluir que as restrições à forma do discurso — que são aquelas que dizem respeito ao local, horário, meio de divulgação — são, em princípio, admissíveis. Elas não o serão quando impedirem excessivamente a expressão e representarem tolhimento muito grande ao fluxo de informações e ideias. Estarão, com certeza, submetidas ao crivo da máxima proporcionalidade, mas não padecem de uma presunção de inconstitucionalidade, como ocorre no caso de restrições ao conceito do discurso. [De outra parte], restrições ao conteúdo do discurso são, em princípio, inadmissíveis, salvo com base em uma exceção bem fundamentada em interesses cogentes da coletividade. Nesta hipótese, a máxima da proporcionalidade será aplicada de maneira mais substancial, na forma de um controle intensificado de conteúdo (*intensive inhaltliche Kontrolle*)”. Ao que deve ser acrescentado: é de inegável interesse coletivo que a autodeterminação sexual de cada pessoa e que a preservação da integridade sexual de menores de 18 anos e de pessoas consideradas vulneráveis sejam, sempre e de forma absoluta, efetivamente respeitadas e, bem por isso, insertas sob tutela penal.

tipicidade e *tornam mais acessível*, a quaisquer interessados, o *reconhecimento do modus* pelo qual a *publicização* da invenção artística possa exercer-se *imune às intromissões do direito penal*; iv) de modo a contribuir para a *compreensão do status quo* apreensível da *experiência cotidiana* referente tanto à permissão quanto à incriminação de condutas marcadas pelo contato com a obscenidade.

Urge, nessa perspectiva, rever a concepção que considera o resultado do embate travado entre o artístico e o obsceno como o ponto culminante do art. 234 do CP. Como alternativa, sugere-se postura epistemológica consentânea a um direito penal fundamentado no constitucionalismo e que, por isso mesmo, visa a promover o deslocamento do epicentro do referido dispositivo, que passa das controvérsias dimanadas por seu predicado metajurídico para setores dogmáticos dotados de máxima concretude. Com isso, pretende-se a supressão do peso das opiniões estritamente estéticas e dos juízos puramente morais na seara penal. A busca não deixa de ser, portanto e sobretudo, por segurança jurídica.

Ninguém polemiza: a dogmática penal e a política criminal devem interagir de molde a efetivar as irrenunciáveis funcionalidades teleológicas,⁸⁰ próprias de um sistema jurídico-penal que se afirme voltado à realização axiológica do Estado Democrático de Direito. Como negar, em face dos contornos inerentes à ressignificação hermenêutica ora proposta, que a dogmática penal, ao oferecer suas próprias categorias como *anteparos destinados à promoção da máxima efetividade da liberdade de expressão artística*, não é tanto “informada pela” quanto “prestativa à” política criminal subjacente ao direito penal brasileiro?

A importância da pesquisa é, pois, apodítica.

⁸⁰ Jorge de Figueiredo Dias (*Direito penal*: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2007. p. 38) assevera que “a extensão, o sentido e a aplicação do direito penal ficam em última análise dependentes da *teleologia*, das *valorações* e das *proposições político-criminais inerentes ao sistema*. Nessa acepção se pode concluir que o problema, tal como deve ser hoje solucionado, das relações entre política criminal e dogmática jurídico-penal não é, como muito corretamente assinalou Zipf, o da introdução de um âmbito no outro, mas uma questão de *otimização da colaboração entre ambos*; e que, por isso, melhor do que uma unidade sistemática será falar de uma *unidade cooperativa* ou de uma *unidade funcional* entre as duas disciplinas”.

3 ESCORÇO HISTÓRICO

No dizer de Carlos Maximiliano, “pelo espírito das alterações e reformas sofridas por um preceito em sua trajetória histórica, chega-se ao conhecimento do papel que ele é chamado a exercer na atualidade”.¹ Daí que uma retrospectiva *in nuce* e o exame da evolução dos direitos constitucional e penal pátrios contribuirão ao desvelar dos limites da eficácia do art. 234 do CP, na contemporaneidade.

3.1 Liberdade de expressão nas Constituições do Brasil

Com efeito, todas as Constituições brasileiras asseguraram a liberdade de manifestação do pensamento, na qual se inscreve — segundo Sampaio Dória — “o direito de exprimir por qualquer forma o que se pense em ciência, religião, arte ou o que for”².

O calibre daquela mesma liberdade, no entanto, nem sempre se manteve idêntico. A história da liberdade de expressão, nas Constituições do Brasil, demonstra que esse direito fundamental esteve, em ocasiões diversas, sujeito a fatores extrajurídicos (em especial, valores estritamente morais e convicções político-ideológicas) e aos condicionamentos da censura, já não detectados na contemporaneidade. Os tópicos seguintes certificam que a liberdade de expressão, ao longo da história do constitucionalismo brasileiro, jamais foi absoluta e que, na atualidade, ela é mais ampla do que já fora outrora.

3.1.1 Constituição Política do Império do Brasil,* de 1824

A Carta Imperial, outorgada em 25 de março de 1824, estabelecia:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Cíveis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte:

[...].

IV. Todos podem comunicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos, e publical-os pela Imprensa, sem dependencia de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que commetterem no exercicio deste Direito, nos casos, e pela fórma, que a Lei determinar.*

[...].³

¹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 140.

² SAMPAIO DÓRIA *apud* BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 176.

³ IMPÉRIO DO BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil** (1824). In: NOGUEIRA, Octaciano. *Constituições brasileiras: 1824*. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Coleção Constituições brasileiras, v. 1, p. 85.

Referida norma integrava o Título Oitavo da “Constituição Política do Imperio do Brazil”,* que, sendo-lhe o derradeiro, tratava “Das Disposições Geraes, e Garantias dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros”.* Portanto, malgrado a posição topológica do dispositivo na Constituição Imperial — eloquentemente reveladora de que os direitos fundamentais não eram o assunto primeiro da ordem jurídica pátria —, o certo é que o direito à liberdade de expressão era significativamente amplo, podendo somente ser questionado *a posteriori* às respectivas publicações e na medida em que lesasse interesses de terceiros.

Mesmo assim, a literalidade do apontado texto demonstra que a liberdade de expressão do pensamento, malgrado não estivesse condicionada à censura, não fora concebida como um direito absoluto, uma vez que nele havia explícita advertência no sentido de que a própria *lei* (e somente ela) poderia limitar o seu exercício e punir os abusos dele decorrentes.⁴

3.1.2 Constituição da Republica dos Estados Unidos do Brasil,* de 1891

Com o advento da República, a “Constituição da Republica dos Estados Unidos do Brasil” * (publicada no *Diário Oficial* de 25 de fevereiro de 1891), em seu Título IV (Dos cidadãos brasileiros), Secção II (Declaração de Direitos), enunciava:

Art. 72. A Constituição assegura a brasileiros a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual, e á propriedade nos termos seguintes:

[...].

§ 12. Em qualquer assumpto é livre a manifestação de pensamento pela imprensa, ou pela tribuna, sem dependencia de censura, respondendo cada um pelos abusos que commetter, nos casos e pela fórma que a lei determinar. Não é permittido o anonymato.*

[...].⁵

Com a expressa proibição do anonimato, o primeiro constituinte republicano *relativizou* ainda mais, em comparação à Lei Fundamental precedente, a liberdade de expressão, cujos limites permaneciam cingidos à *legalidade*.⁶

⁴ A referência à moralidade estava estampada no mesmo art. 179, inciso V, *in verbis*: “Ninguém póde ser perseguido por motivo de Religião, uma vez que respeite a do Estado, e não offenda a Moral Publica.” * (NOGUEIRA. *Constituições brasileiras*: 1824..., p. 85). Já a menção aos costumes vinha insculpida ainda no art. 179, inciso XXIV, vazado com a seguinte redação: “Nenhum genero de trabalho, de cultura, industria, ou commercio póde ser prohibido, uma vez que não se opponha aos costumes publicos, á segurança, e saude dos Cidadãos.” * (*Ibidem*, p. 86). Importante sublinhar, à vista de tais preceitos, que a *moral pública* funcionava como marco limítrofe aos assuntos próprios da liberdade de *convicção religiosa*, enquanto as *demais manifestações culturais* não deveriam ser objeto de interdição desde que não contrariassem os *costumes públicos*.

⁵ ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. Constituição da Republica dos Estados Unidos do Brasil* (1891). In: BALEEIRO, Aliomar. *Constituições brasileiras*: 1891. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Coleção Constituições brasileiras, v. 2, p. 81.

⁶ No § 5º do citado art. 72, estava a alusão à moral: “Os cemiterios terão caracter secular e serão administrados pela autoridade municipal, ficando livre a todos os cultos religiosos a pratica dos respectivos ritos em relação

Ademais, fora mantida a *vedação à censura prévia*, assim como reafirmada a possibilidade de responsabilização pelos danos causados a terceiros, quando e se decorrentes do abuso da liberdade de manifestação do pensamento.

3.1.3 Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1934

Após a Revolução Constitucionalista de 1930, foi promulgada, em 16 de julho de 1934, a “Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil”, na qual constavam, entre as normas que integravam o Capítulo II (Dos Direitos e das Garantias Individuais) de seu Título III (Da Declaração de Direitos), as seguintes disposições:

Art. 113. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á subsistência, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes:

[...].

9) Em qualquer assumpto é livre a manifestação do pensamento, sem dependencia de censura, salvo quanto a espetaculos e diversões publicas, respondendo cada um pelos abusos que commetter, nos casos e pela fórma que a lei determinar. Não é permitido anonymato. E’ segurado o direito de resposta. A publicação de livros e periodicos independe de licença do poder publico. Não será, porém, tolerada propaganda, de guerra ou de processos violentos, para subverter a ordem politica ou social.*

[...].⁷

Interessante perceber que, mantida a vedação ao anonimato, os espetáculos e as diversões públicas passaram a ser submetidos à possibilidade de censura prévia: com isso, a relatividade do direito à livre manifestação do pensamento passou a ser ainda mais evidente. A interação direta da expressão artística com o público sofreu, portanto, duríssimo golpe em sua autonomia, apesar de assinalado, de forma expressa, que somente a *lei* poderia figurar como instrumento apto ao confinamento daquela mesma liberdade.

3.1.4 Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1937

Com o advento do Estado Novo, foi outorgada, em 10 de novembro de 1937, a “Constituição dos Estados Unidos do Brasil”, que não descurou da pauta relativa à liberdade de expressão, tratando do assunto minuciosamente. Assim, em seu art. 122 — que normatizava a disciplina “Dos Direitos e Garantias Individuais” * — a Lei Fundamental ditava:

aos seus crenes, desde que não offendam a moral publica e as leis.” * (BALEEIRO. *Constituições brasileiras: 1891...*, p. 81). Note-se: a *lei* e a *moral pública* erigiam fronteiras às manifestações religiosas, diferentemente do que ocorria com todas as outras formas de manifestação do pensamento, limitadas, *contrario sensu*, somente pela própria *lei*.

⁷ ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1934). In: POLETTI, Ronaldo. *Constituições brasileiras: 1934*. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Coleção Constituições brasileiras, v. 3, p. 130.

Art. 122. A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no paiz o direito á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes: [...].

15) todo cidadão tem o direito de manifestar o seu pensamento, oralmente, ou por escripto, impresso ou por imagens, mediante as condições e nos limites prescriptos em lei.

A lei póde prescrever:

a) com o fim de garantir a paz, a ordem e a segurança pública, a censura prévia da imprensa, do theatro, do cinematographo, da radio-difusão, facultando à autoridade competente prohibir a circulação, a diffusão ou a representação;

b) medidas para impedir as manifestações contrárias à moralidade pública e aos bons costumes, assim como as especialmente destinadas á protecção da infância e da juventude;

c) providencias destinadas á protecção do interesse publico, bem estar do povo e segurança do Estado.*

[...].⁸

De se notar que a manifestação de pensamento se estabelecia como direito apenas relativo, cujo exercício estava expressamente condicionado à legalidade. Todavia, a lei poderia prever como limites à liberdade de manifestação do pensamento a *moralidade* e os *bons costumes*, assim como sujeitá-la ao *interesse público* e ao *bem-estar do povo*; todos esses fatores metajurídicos poderiam funcionar, por expressa autorização constitucional, como mecanismos de restrição ao exercício da livre manifestação do pensamento. No que tange especificamente à expressão artística, a “Polaca” (como ficou conhecida a Constituição brasileira de 1937) previa também a possibilidade de censura prévia, adotada como refreador à liberdade das publicações.

Ao tratar “Da Educação e da Cultura”, a Lei Maior ainda dispunha:

Art. 128. A arte, a sciencia e o seu ensino são livres á iniciativa individual e á de associações ou pessoas collectivas, publicas e particulares. E’ dever do Estado contribuir direta e indiretamente, para o estímulo e desenvolvimento de umas e de outro, favorecendo ou fundando instituições artísticas, scientificas e de ensino*.⁹

As disposições constitucionais alusivas à liberdade artística referiam-se, sobretudo, às fontes de iniciativa e ao ensino da arte: a presença estatal era, de qualquer forma, sentida, na medida em que o Governo estimulava e contribuía para o desenvolvimento da arte nacional, em um cenário composto por relações bastante complexas.¹⁰

⁸ ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1937). In: PORTO, Walter Costa. *Constituições brasileiras: 1937*. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Coleção Constituições brasileiras, v. 4, p. 82-83.

⁹ *Ibidem*, p. 83-84.

¹⁰ “Considerada negócio de Estado, a cultura doravante passava a contar com orçamento, procedimentos burocráticos, encomendas, etc., o que exigia a criação de uma *intelligentsia*, um corpo tecnicamente qualificado para dar vazão a suas realizações. Com isso, a Era Vargas inaugurou um campo frutífero de possibilidades para intelectuais, artistas e arquitetos, mas convém lembrar que isso se fez à custa de sua participação em regime claramente autoritário.” (SIMIONI, Ana Paula Cavalcanti. *Modernismo no Brasil: campo de disputas*. In: BARCINSKY, Fabiana Werneck (Org.). *Sobre a arte brasileira: da pré-história aos anos 1960*. São Paulo:

Foi sob o pátio da “Polaca” que houve a edição do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal Brasileiro), em cuja Parte Especial consta e ainda vige, com redação jamais alterada, o crime de “escrito ou objeto obsceno”, tipificado no seu art. 234.

3.1.5 Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1946

Em 1946, houve o início de vigência de um período de redemocratização.

“Os constituintes daquele ano partiam do princípio kantiano de que o Estado não é um fim em si, razão pela qual o Estado deveria fazer convergir seus esforços precipuamente para elevar, material, física, moral e intelectualmente, *o homem*”¹¹ — frisa Aliomar Baleeiro.

Sob essa feição, o art.141, § 5º — inserto no Título IV (Da Declaração dos Direitos), Capítulo II (Dos Direitos e das Garantias Individuais) da Constituição de 1946¹² — disciplinava a liberdade da manifestação do pensamento, de molde a explicitar que o seu exercício era incompatível com o anonimato e desvinculado das restrições decorrentes da moralidade pública e dos bons costumes.¹³

Em categórica oposição à Constituição anterior, a de 1946 elencava somente a *lei* como instrumento apto à relativização da liberdade de expressão, em preceito cuja redação era:

WMF Martins Fontes; Edições SESC, 2014. Cap. VII, p. 259). No mesmo sentido, Icleia Borsa Cattani (*Arte moderna no Brasil: constituição e desenvolvimento nas artes visuais: 1900-1950*. Belo Horizonte: C/ Arte, 2011. p. 65-66): “A Revolução de 1930, o governo provisório de Getúlio Vargas (até 1936) e, a seguir, a ditadura no Estado Novo (1937 a 1945) foram elementos mais amplos que afetaram, até certo ponto, o direcionamento da ideia oficial de ‘modernidade’ nas artes visuais, vindo ao encontro dos movimentos que praticavam um retorno à arte clássica e aos valores de ordem, tradição, nacionalidade, que se reacirraram nos anos 1930 na Europa, e simultaneamente vinculados a emprego formal de certos estilemas modernos. Com o Estado Novo, estabeleceu-se um programa político de exaltação da nacionalidade. O ministro da educação, Gustavo Capanema, promoveu artistas modernos que deveriam ‘retratar fielmente’ o Brasil da época: ou seja, artistas vinculados ao realismo, à representação do nacionalismo e a uma mescla de elementos conservadores e modernos. Esta década marcou um novo momento nas artes plásticas que se estenderia até finais dos anos 1940. Novamente, seria uma modernidade programática; mas, em vez de responder aos anseios de um pequeno grupo de intelectuais e artistas, ela responderia, nesse novo período, contraditoriamente, a dois objetivos antagônicos: por um lado, o ideário de uma sociedade mais justa, desejo de alguns artistas e intelectuais, e, por outro, a um projeto oficial, que interessava diretamente ao governo, cuja política conciliatória buscava coadunar arcaísmo e modernidade. Na arte, exacerbou-se o objetivo de definir ‘valores nacionais’ através da exaltação, sobretudo, das temáticas do trabalho e do trabalhador. [...]. A arte moderna passou a ser considerada, em muitas circunstâncias, como ‘subversiva’ e ‘comunista’, marcando um novo momento para as artes visuais no Brasil.”

¹¹ Cf. BALEEIRO, Aliomar. A Constituição de 1946. In: BALEEIRO, Aliomar; LIMA SOBRINHO, Barbosa. *Constituições brasileiras: 1946*. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Coleção Constituições brasileiras, v. 5, p. 13.

¹² Publicada no *Diário Oficial* de 19 de setembro de 1946. Republicada no *Diário Oficial* de 25 de setembro de 1946 – cf. BALEEIRO, Aliomar; LIMA SOBRINHO, Barbosa. *Constituições brasileiras: 1946*. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Coleção Constituições brasileiras, v. 5, p. 51.

¹³ O § 7º do mesmo art. 141 dispunha: “É inviolável a liberdade de consciência e de crença e assegurado o livre exercício dos cultos religiosos, salvo o dos que contrariem a ordem pública ou os bons costumes. As associações religiosas adquirirão personalidade jurídica na forma da lei civil.” Note-se: a ordem pública e os bons costumes restringiam o exercício da liberdade religiosa, mas não eram mencionados em relação ao exercício da liberdade artística.

Art. 141. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 5º É livre a manifestação do pensamento, sem que dependa de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar, pelos abusos que cometer. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos não dependerá de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe.*

[...].¹⁴

Curiosamente, por um lado, as diversões e os espetáculos públicos — meios pelos quais a arte pode aflorar — eram suscetíveis de censura, mas, por outro, as publicações literárias — também aptas a veicular a arte — não se sujeitavam àquela mesma forma de restrição institucional antecipada. Nesse panorama, o art. 173, constante no Título VI (Da Família, da Educação e da Cultura), Capítulo II (Da Educação e da Cultura), da mesma Constituição, ainda dispunha: “Art. 173. As ciências, as letras e as artes são livres.”¹⁵

O dispositivo acima citado afina-se à glosa de Barbosa Lima Sobrinho,¹⁶ que, sobre a “Constituição dos Estados Unidos do Brasil”, de 1946, exprimiu ter sido ela um “surto de espírito democrático”, em reação às tendências ditatoriais que modelaram a Carta de 1937.

3.1.6 Constituição do Brasil, de 1967

Com a irrupção da Revolução de 1964, houve, sob os auspícios do Governo Militar, a promulgação da “Constituição do Brasil”, publicada no *Diário Oficial* de 24 de janeiro de 1967. A nova Carta Política consubstanciava a continuidade da obra revolucionária que deveria nela própria ser assegurada, razão pela qual restava admitida “a institucionalização dos ideais e princípios que a inspiraram”¹⁷ (cf. Mensagem nº 25, de 12 de dezembro de 1966, subscrita pelo Presidente Castello Branco, que encaminhou ao Congresso Nacional, para discussão, votação e promulgação, na forma do Ato Institucional nº 4, de 6 de dezembro de 1966, o projeto de

¹⁴ ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1946). In: BALEEIRO; LIMA SOBRINHO. *Constituições brasileiras: 1946...*, p. 81.

¹⁵ *Ibidem*, p. 89.

¹⁶ LIMA SOBRINHO, Barbosa. A Constituição de 1946. In: BALEEIRO, Aliomar; LIMA SOBRINHO, Barbosa. *Constituições brasileiras: 1946*. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Coleção Constituições brasileiras, v. 5, p. 25.

¹⁷ CASTELLO BRANCO, Humberto de Alencar. Mensagem nº 25, de 1966. In: BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Secretaria-Geral da Presidência. *Constituição do Brasil de 1967: anais*. Brasília, 1969. v.1, p. 9-10. Disponível em: https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf/Anais_Republica/1967/1967%20Livro%206.pdf. Acesso em: 2 jun. 2018.

Constituição).¹⁸ No Título II (Da Declaração de Direitos), Capítulo IV (Dos Direitos e Garantias Individuais), da referida Constituição, constava:

Art. 150. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...].

§ 8º É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica e a prestação de informação sem sujeição à censura, salvo quanto a espetáculos de diversões públicas, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos independe de licença da autoridade. Não será, porém, tolerada a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe.

[...].¹⁹

O constituinte, outra vez, optara por abstrair fatores extrajurídicos à relativização do direito à liberdade de manifestação do pensamento; além disso, o dispositivo manteve a possibilidade de prévia censura em relação às diversões e aos espetáculos públicos, ao mesmo tempo em que a afastava no tocante às publicações escritas. Como se vê, em comparação com o preceito correlato que constava na Constituição anterior, a similitude é indisfarçável.

Mais adiante, no Título IV (Da Família, da Educação e da Cultura), lia-se: “Art. 171. As ciências, as letras e as artes são livres. [...]”²⁰ A rigor, a liberdade referida no mencionado preceito dizia respeito à disponibilidade do espírito, à investigação e à pesquisa²¹ e, nessa medida, não se incompatibilizava com a previsão geral, esculpida no citado art. 150.

Em 17 de outubro de 1969, houve a edição da Emenda Constitucional nº 1, que determinou, em seu art. 1º, nova redação à Constituição de 1967.²² Com isso, foi decretada e

¹⁸ A Mensagem nº 25, de 1966, foi publicada no *Diário do Congresso Nacional*, nº 55, de 13 dez. de 1966, p. 1.045 *et seq.* Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?codDiario=17217#diario>. Acesso em: 2 jun. 2018.

¹⁹ BRASIL. Constituição do Brasil (1967). In: CAVALCANTI, Themístocles Brandão; BRITO, Luiz Navarro de; BALEEIRO, Aliomar. *Constituições brasileiras: 1967*. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Coleção *Constituições brasileiras*, v. 6, p. 123.

²⁰ *Ibidem*, p. 132. Na Constituição de 1967, a menção aos bons costumes vinha estampada no § 5º do art. 150, assim redigido: “É plena a liberdade de consciência e fica assegurado aos crentes o exercício dos cultos religiosos, que não contrariem a ordem pública e os bons costumes.” (*Ibidem*, p. 123). Como se vê, a moralidade pública deveria reger as relações da liberdade de pensamento no plano da fé religiosa e não propriamente da expressão artística.

²¹ Cf. MALUF, Sahid. *Direito Constitucional*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Sugestões Literárias, 1981. p. 507.

²² É curial assinalar que o Ato institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, ditava, no *caput* de seu art. 4º, que “no interesse de preservar a Revolução, o Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, e sem as limitações previstas na Constituição, poderá suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos, e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais”. Como corolário, o art. 5º, inciso III, do referido Diploma, impunha que a suspensão dos direitos políticos, decretada com base naquele mesmo Ato, implicava proibição de manifestação sobre assunto de natureza política. Com isso, a garantia de liberdade de manifestação de pensamento sofrera contundente ataque governamental e passara a claudicar quanto às suas efetivas possibilidades (Cf. BRASIL. Presidência da República. Ato institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968. São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições Estaduais; O

promulgada a “Constituição da República Federativa do Brasil”, que, em seu Título II (Declaração de Direitos), Capítulo IV (Dos Direitos e Garantias Individuais), estabeleceu, quanto à liberdade de manifestação do pensamento, cláusula cuja redação passou a ser:

Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...].

§ 8º É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica, bem como a prestação de informação independentemente de censura,²³ salvo quanto a diversões e espetáculos públicos, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos não depende de licença da autoridade. Não serão, porém, toleradas a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de religião, de raça ou de classe, e as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes.*

[...].²⁴

In claris, o dispositivo revelava que os conteúdos das publicações podiam ser restringidos, caso contrários à moral e aos bons costumes.²⁵ Além disso, o preceito referente à liberdade de expressão artística — inserto no Título IV (Da Família, da Educação e da Cultura)

Presidente da República poderá decretar a intervenção nos estados e municípios, sem as limitações previstas na Constituição, suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 13 dez. 1968. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm. Acesso em: 2 jun. 2018). Além disso, o Ato institucional nº 13, de 5 de setembro de 1969, instituiu que o Poder Executivo poderia, mediante proposta dos Ministros de Estado da Justiça, da Marinha de Guerra, do Exército ou da Aeronáutica Militar, banir do território nacional o brasileiro que, comprovadamente, se tornasse inconveniente, nocivo ou perigoso à segurança nacional (art. 1º), excluídos da apreciação do Poder Judiciário os atos praticados com base no referido regramento (art. 2º) — cf. BRASIL. Presidência da República. Ato institucional nº 13, de 5 de setembro de 1969. Institui a pena de banimento do Território Nacional para o brasileiro que se tornar inconveniente, nocivo ou perigoso à Segurança Nacional e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 9 set. 1969; retificado em 10 set. 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-13-69.htm. Acesso em: 2 jun. 2018.

²³ Não se pode perder de vista que, de acordo com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 11, de 13 de outubro de 1978, o art. 156, § 2º, inc. II, alínea “f”, da Constituição Federal — inserto no Título II (Da Declaração de Direitos), Capítulo V (Das Medidas de Emergência, do Estado de Sítio e do Estado de Emergência) — dispunha que, no caso de guerra ou a fim de preservar a integridade e a independência do País, o livre funcionamento dos Poderes e de suas instituições, quando gravemente ameaçados ou atingidos por fatores de subversão, o Presidente da República, ouvindo o Conselho de Segurança Nacional, poderia decretar o estado de sítio, sendo que, entre as medidas coercitivas por ele autorizadas, figurava a “censura de correspondência, da imprensa, das telecomunicações e diversões públicas”. (Cf. BRASIL. Emenda constitucional nº 11, de 1978. Altera dispositivos da Constituição Federal. *Diário do Congresso Nacional*, Seção 2, 14 out. 1978. (Publicação original). Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1970-1979/emendaconstitucional-11-13-outubro-1978-366947-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 2 jun. 2018).

²⁴ BRASIL. Constituição do Brasil (1967)..., p. 188-189.

²⁵ A alusão aos bons costumes também estava inserida no art. 153, § 5º, nos seguintes termos: “É plena a liberdade de consciência e fica assegurado aos crentes o exercício dos cultos religiosos, que não contrariem a ordem pública e os bons costumes.” (BRASIL, *loc. cit.*) Novamente, no plano religioso, os bons costumes serviam à regência dos limites das liberdades.

— sofreu drástico enrijecimento, pois passou a ter a seguinte redação: “Art. 179. As ciências, as letras e as artes são livres, ressalvados o disposto no parágrafo 8º do artigo 153. [...]”²⁶

É notório, portanto, que o constituinte do governo ditatorial investiu-se de arbítrio para impedir qualquer possibilidade exegética que conduzisse o intérprete à conclusão de que a liberdade de expressão artística estivesse imune a limitações; nesse sentido, vinculou tal disposição específica àquela cláusula geral, referente a liberdade de manifestação de pensamento, cuja configuração, por sua vez, continha, como fatores de relativização expressos, a lei, a moral e os bons costumes, os quais, inclusive, autorizavam a censura prévia.

3.1.7 Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988

Em 5 de outubro de 1988, foi promulgada a atual “Constituição da República Federativa do Brasil” (CR), designada a “Constituição cidadã”.²⁷

Na CR vigente, o direito fundamental à liberdade de expressão — inclusive artística — é assegurado no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), Capítulo I (Dos Direitos e Garantias Individuais e Coletivos), com *status* de cláusula pétrea.²⁸

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...];
IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;
[...];
IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;
[...].²⁹

Na mesma Lei Fundamental, o art. 220, *caput*, e seus §§ 2º e 3º estabelecem:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.
[...].
§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.
§ 3º Compete à lei federal:

²⁶ BRASIL. Constituição do Brasil (1967)...., p. 198.

²⁷ Assim designada pelo Deputado Ulysses Silveira Guimarães (Itirapina, 1916 - Angra dos Reis, 1992), presidente da Assembleia Nacional Constituinte, no discurso proferido na sessão de 5 de outubro de 1988, publicado no *Diário da Assembleia Nacional Constituinte*, de 5 de outubro de 1988, p. 14.380-14.382.

²⁸ Nos termos do art. 60, § 4º, inc. IV, CR, assim redigido: “Art. 60. [...]. § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV - os direitos e garantias individuais.” (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 22 mar. 2019).

²⁹ *Ibidem*.

- I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada;
- II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.³⁰

Por sua vez, o art. 221 da CR determina:

- Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:
- I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas;
 - II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação;
 - III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei;
 - IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.³¹

As remissões à família, constantes no art. 220, § 3º, inc. II, e no art. 221, inc. IV, implicam o exame do Título VIII, Capítulo VII, da CR, que, ao tratar, no âmbito “Da Ordem Social”, “Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso”, estatui, naquilo que exatamente interessa à presente pesquisa, a seguinte disposição (com redação dada pela Emenda Constitucional nº 65, de 13 de julho de 2010), insculpida no *caput* do art. 227:

- Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.³²

Diante do exposto e considerados os princípios da unidade,³³ do efeito integrador³⁴ e da máxima efetividade,³⁵ relevantes à interpretação sistemática da CR, tem-se que a liberdade de expressão artística *não é um direito absoluto*, uma vez que, embora não esteja sujeito à

³⁰ BRASIL. *Constituição...*, 1988.

³¹ *Ibidem*.

³² *Ibidem*.

³³ Pelo princípio da unidade, segundo Canotilho (*Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 226), “a constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas. Como ‘ponto de orientação’, ‘guia de discussão’ e ‘factor hermenêutico de decisão’, o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar”.

³⁴ Como tópico argumentativo, anota Canotilho (*Ibidem*, p. 227) que o princípio do efeito integrador “não assenta numa concepção integracionista do Estado e da sociedade (conducente a reducionismos, autoritarismos, fundamentalismos e transpersonalismos políticos), antes arranca da conflitualidade constitucionalmente racionalizada para conduzir a soluções pluralisticamente integradoras”.

³⁵ O princípio da máxima efetividade implica exegese que confira eficiência às normas constitucionais e, invocado no âmbito dos direitos fundamentais, redunde, no caso de dúvidas, na preferência da interpretação que reconheça maior eficácia a tais direitos; nesse sentido, cf. Canotilho (*loc. cit.*).

censura, pode ser objeto de regulamentação, nos termos da *lei*,³⁶ especialmente no campo da proteção integral que deve ser dispensada às crianças e aos adolescentes.

Manifesto, pois, que, *na CR vigente, os bons costumes, a ordem pública e a moral coletiva não constituem limites válidos à liberdade de expressão artística*. Mas, em que medida isso se dá, posto que o art. 221, inc. IV, da *Lex Legum* faz expressa referência “aos valores éticos e sociais da pessoa e da família”?

De início, cabe sublinhar que os valores éticos mencionados no art. 221, inc. IV, da CR informam somente a “produção e a programação das emissoras de rádio e televisão”.

Em seguida, insta assinalar que aqueles mesmos valores éticos devem ser compreendidos na dimensão jurídica:³⁷ desde que estivessem referidos em acepção puramente filosófica,³⁸ forçoso seria reconhecer que o art. 221, inc. IV, da CR deixaria a descoberto a própria autoridade Estatal, amputada que estaria da possibilidade de impor quaisquer sanções às emissoras de rádio e de televisão que produzissem e divulgassem programas que não atendessem aos mencionados valores éticos. Portanto, os valores éticos inscritos no art. 221, inc. IV, da CR, desde que positivados com pretensão de alguma efetividade, não prescindem estejam animados por conteúdo jurídico³⁹.

³⁶ Nem mesmo a liberdade de consciência, de crença e de exercício de cultos religiosos, atualmente, está limitada ou condicionada à observância da moral coletiva ou dos bons costumes (art. 5º, incs. VI e VIII, da CR): somente a lei serve de parâmetro capaz à relativização desse direito fundamental. “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; [...]. VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.”

³⁷ Os valores éticos expressos no art. 221, inc. IV, da CR não foram evidentemente designados em acepção filosófica: fosse assim, na medida em que o Estado brasileiro é laico (conforme se infere do art. 5º, incs. VI, VII e VII, art. 19, inc. I, art. 143, § 1º, e 210, § 1º, todos da Lei Fundamental), um programa de televisão em que espíritas dissessem a um espectador que, no enfrentamento das suas tribulações, devesse se dedicar ainda mais à caridade e levar em conta os dados da reencarnação poderia ofender católicos e evangélicos, porquanto, para esses últimos, o programa não seria perfeitamente ético. O significado do termo “ética”, no art. 221, inc. IV, da CR, está, portanto, atrelado ao plano da restrita juridicidade.

³⁸ A *moralidade* é expressamente mencionada na CR e nem por isso é compreendida em acepção estritamente filosófica. No “princípio da moralidade” (art. 37, *caput*), pertinente ao regime de funcionamento da Administração Pública, direta e indireta, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a CR não se refere à moral comum, mas àquela juridicamente operante. O princípio ético que deve ser atendido *ex vi* do art. 221, inc. IV, da CR, na produção e na programação das emissoras de rádio e televisão, é, por similitude, aquele vinculado à moral contida na ambiência da juridicidade, tanto mais porque citado dispositivo sintetiza conteúdo relevante ao exercício da atividade de polícia administrativa estatal.

³⁹ Conforme disserta Vladimir da Rocha França (Considerações sobre o controle de moralidade dos atos administrativos. *Revista dos Tribunais*: doutrina civil, segunda seção, São Paulo, v. 774, p. 109, abr. 2000): “Embora seja impossível uma moral universal, a norma jurídica necessariamente constitui o veículo de instrumentalização de um valor moral relativo. O sistema jurídico seleciona, entre os diversos sistemas morais, um em especial (ou parcelas de diversos), juridicizando os valores deste. Uma vez juridificados preceitos morais, estes passam a compor a dimensão de validade das normas jurídicas, vinculando a conduta do operador jurídico. Tais preceitos não perdem o liame com o sistema moral de origem (Kelsen, 1991: 73), mas somente

O art. 221, inc. IV, da CR ainda alude aos “valores sociais” como parâmetros limítrofes às produções e programações de rádio e de televisão, das quais a arte pode se valer. Quanto a referidos valores, ao fundar a República Federativa do Brasil, o povo brasileiro, por meio dos seus representantes, sobrelevou, no “Preâmbulo” da atual Constituição:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.⁴⁰

Em exame ao citado texto, José Afonso da Silva⁴¹ consigna que “aí mesmo está o apelo à ‘harmonia social’, que equivale a declarar que o princípio da harmonia entre os valores constitucionais há de orientar a sua aplicação”. Inegável, assim, que, no “Preâmbulo” da *Lex Legum*, fulguram os valores sociais que consubstanciam a pauta hermenêutica⁴² informadora do art. 221, inc. IV, da CR.

O art. 220, § 3º, inc. II, da CR é categórico em determinar — até com certa redundância — que somente a *lei federal* pode estabelecer os *meios legais* que garantam à pessoa e à família se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221 da mesma CR: também por este flanco, denota-se, portanto, que os valores éticos e sociais referidos no inc. IV do art. 221 não pertencem à ordem puramente espiritual e, porquanto relacionados com a própria liberdade de expressão, não

podem ser empregados como critério de legitimidade para o direito se absorvidos pelo mesmo, por seus canais de comunicação e seleção junto aos demais sistemas sociais (cf. Kelsen, 1991: 73 e França, 1997.1: 8-9). Caberá justamente ao preceito moral juridicizado conceder coerência e unidade ao direito como sistema ético, preservando-o das injunções e tentativas de colonização por parte do econômico e do político no jurídico (cf. Souto, 1992: 23-25). A importância do valor moral relativo exarado pela norma jurídica assumiu maior relevância com a evolução do Estado de polícia para o Estado de Direito.”

⁴⁰ BRASIL. *Constituição...*, 1988.

⁴¹ SILVA, José Afonso da. Liberdade de expressão cultural. In: ESTUDOS em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover. Coordenação de Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes. São Paulo: DPJ Editora, 2005. p. 250.

⁴² Para Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos (Preâmbulo da CR: função e normatividade. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al.* *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 107), “o preâmbulo ostenta a mesma origem das demais previsões constitucionais, não sendo consistente a posição de lhe negar, em caráter geral, qualquer valor jurídico, sobretudo em razão da unidade da Constituição. Essa conclusão, entretanto, não resulta em autonomia do preâmbulo, que deve ser entendido como vetor interpretativo — e em alguma medida de integração — das normas constitucionais, não detendo, portanto, a mesma eficácia das demais previsões contidas na Carta. Por estar fora do corpo da Constituição — no qual se concentram as decisões constitucionais explícitas — o preâmbulo valeria, sobretudo, como pauta hermenêutica. [...]. O preâmbulo pode ser invocado em conjunto com as demais normas constitucionais — sobretudo para aclarar ou reforçar o seu sentido — mas não de forma independente”.

podem traduzir o simples império do moralismo.⁴³ Com efeito, aqueles mesmos valores vinculam-se à experiência do próprio direito vigente, dado que pressupõe estejam enucleados em norma jurídica válida, de molde a lhes propiciar coercitividade.

Em síntese: a CR patenteia que, na contemporaneidade brasileira, os bons costumes, a ordem pública, a moral coletiva, os valores éticos e sociais (esses últimos, desde que não normatizados juridicamente) já não servem, enfim, à legítima contenção do direito fundamental subjacente à liberdade de expressão, inclusive no tocante à seara artística.⁴⁴

3.2 O crime de escrito ou objeto obsceno nas legislações penais do Brasil

O tipo legal correspondente ao crime de “escrito ou objeto obsceno” sempre se fez sentir, de forma mais ou menos semelhante à tipificação vigente, nas codificações penais pátrias.

Nem sempre, porém, as condutas passíveis de incriminação estiveram necessariamente conectadas à arte. Mesmo assim, ante a vagueza dos tipos penais que se apresentaram à regulação do tema ao longo da história, manifestações do pensamento que pudessem ser reputadas ofensivas ao pudor, à moral ou aos bons costumes sujeitavam-se aos rigores de sanção penal, inclusive quando a floradas nos domínios do saber artístico.

3.2.1 Código Criminal do Império do Brasil,* de 1830

A história da criminalização dos escritos ou objetos obscenos remonta, entre nós, à época do Império. A Parte Quarta do “Código Criminal do Império do Brasil”* (Lei de 16 de dezembro de 1830) disciplinava os “Crimes Policiais”,* cujo Capítulo I previa tipos incriminadores relativos à “Ofensa da religião, da moral e bons costumes”,* assim redigidos:

⁴³ Consoante pontifica José Afonso da Silva (Liberdade de expressão cultural..., p. 251): “Não se trata de defender o moralismo, o fanatismo moral, que a Constituição mesma repele na medida em que sustenta outros valores igualmente respeitáveis e essenciais à convivência humana numa sociedade justa, pluralista e sem preconceito, como ela preconiza para a sociedade brasileira. O moralismo como fanatismo moral e puritanismo, que consiste em privilegiar o valor moral contra outros valores, em tratar o valor moral como se ele devesse substituir todos os valores, constitui uma espécie de autoritarismo abstrato, e, longe de beneficiar a moral, a corrompe. [...]. O fanatismo por outros valores, em depreciação da moral, é outra forma de perversão, de onde resulta que, de resto, pode-se confundir o moralismo e o imoralismo no vício de uma mesma deformidade. Evitar o moralismo significa reconhecer que a moral tem limites que se encontram precisamente onde começa o campo de influência de algum outro valor, o que significa que os outros valores encontram seus limites no campo da influência do valor moral.”

⁴⁴ Referenda o posicionamento o escólio de José Afonso da Silva (*Ibidem*, p. 252), quando o autor afirma, expressamente, que a “Constituição não agasalha, como limite à liberdade de expressão, a exigência de respeito aos bons costumes nem à ordem pública. Portanto, esses conceitos não podem ser erguidos como limitações à liberdade de expressão”.

Artigo 279. Offender evidentemente a moral pública, em papeis impressos, lithographados ou gravados, ou em estampas, e pinturas, que se distribuem por mais de quinze pessoas, e bem assim a respeito destas, que estejam expostas publicamente à venda.

Penas – de prisão por dous a seis mezes, de multa correspondente á metade do tempo, e de perda das estampas, pinturas, ou, na falta dellas, do seu valor*.⁴⁵

Artigo 280. Praticar qualquer acção, que na opinião pública seja considerada como evidentemente ofensiva da moral, e bons costumes; sendo em lugar público.

Penas – de prisão de dez a quarenta dias; e de multa correspondente á metade do tempo*.⁴⁶

Embora inexistente expressa referência ao pudor coletivo nas tipificações citadas, a menção à “moral pública” e aos “bons costumes” conferia-lhes timbre supraindividual, referendado pela explícita alusão à “opinião pública” concernente à ofensa que, para alcançar relevância criminal, deveria ser “evidente”. Além disso, na medida em que papéis impressos (gênero que compreende as litografias e demais gravados), pinturas, bem como qualquer ação constituem meios possíveis à manifestação artística, justamente por isso, as formas de expressão dotadas desse atributo estavam sujeitas à eficácia dos apontados tipos penais.

Válido grifar, em arremate, que o “Codigo Criminal do Imperio do Brazil”,* de 1830, vigeu subordinado à “Constituição Politica do Imperio do Brazil, de 1824”.*

3.2.2 Codigo Penal dos Estados Unidos do Brasil,* de 1890

O Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890, trouxe à vigência o “Codigo Penal dos Estados Unidos do Brasil”.* Nele, a matéria que constitui o cerne desta pesquisa estava disciplinada no Livro II (Dos Crimes em Especie*), Título VIII (Dos Crimes contra a Segurança da Honra e Honestidade das Famílias e do Ultrage Publico ao Pudor*), Capítulo V (Do ultraje publico ao pudor*), tipificada nos seguintes termos:

Ultrage publico ao pudor

Art. 282. Offender os bons costumes, com exhibições impudicas, actos ou gestos obscenos, attentatorios do pudor, praticados em logar publico ou frequentado pelo publico, e que, sem ofensa á honestidade individual da pessoa, ultrajam e escandalisam a sociedade:

Pena – de prisão cellular por um a seis mezes*.⁴⁷

⁴⁵ IMPÉRIO DO BRASIL. *Lei de 16 de dezembro de 1830*. Manda executar o Codigo Criminal. In: COLEÇÃO de Leis do Império do Brasil - 1830, v. 1, pt. I. p. 142 *et seq.* (Publicação original). Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-38059-16-dezembro-1830-565840-publicacaooriginal-89575-pl.html. Acesso em: 11 jun. 2018.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Promulga o Código Penal. In: COLEÇÃO de Leis do Brasil - 1890, fasc. X (Publicação original). Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 11 jun. 2018.

É interessante perceber que, no dispositivo, os “bons costumes” eram o referencial às valorações culturais necessárias à configuração do crime, cuja consumação não prescindia da exposição pública das manifestações impudicas, obscenas e atentatórias ao pudor. Outro aspecto que aflora do exame da disposição refere-se à expressa ressalva quanto à desconsideração da ofensa à honestidade da vítima individual, na configuração do crime. Galdino Siqueira, ao comentar a aludida tipificação, observava:

A lei penal além de proteger a pudicícia individual contra a violencia ou corrupção (arts. 266, 267, 268, 277, 278); a moralidade da família contra idêntica aggressões (arts. 270 e 279), protege tambem a moralidade publica quando, embora sem offensa da honestidade individual, a ação impudica, pela publicidade, fira os *bons costumes* ou o que se chamou de *pudor publico*, idealidade formada pela media dos pudores individuaes, e assim attinente á normalidade e moralidade dos actos sexuaes. E' a materia do art. 282. Trata-se, pois, de uma incriminação suplementar, isto é, que só se verifica quando no caso não houver offensa á pudicícia individual ou á moralidade do grupo familiar, caracteristico que naquella disposição legal se destaca, na locução “*sem offensa á honestidade individual da pessoa*”⁴⁸.

Sob esse prisma, já no plano da tipicidade penal, o consentimento da pessoa confrontada com a manifestação obscena era, de modo explícito, reputado irrelevante.

De outro giro, como meio de sanar a lacuna quanto à incriminação das “publicações” obscenas, houve, em 31 de outubro de 1923, a edição do Decreto nº 4.743, que, ao regular a liberdade de imprensa, em legislação extravagante, previa:

Art. 5º A offensa á moral publica ou aos bons costumes, feita de qualquer modo pela imprensa, é punida com a pena de prisão cellular por seis mezes a dous anos e perda do objeto de onde constar a mesma offensa, além da multa de 200\$ a 2.000\$000.
§ único. É prohibido, sob a mesma pena do paragrapho anterior, vender, expôr á venda ou, por algum modo, concorrer para que circule qualquer livro, folheto, periodico, ou jornal, gravura, desenho, estampa, pintura ou impresso de qualquer natureza desde que contenha offensa á moral publica ou aos bons costumes*.⁴⁹

Os preceitos acima transcritos previam, se comparados ao tipo inserto na ora examinada codificação penal, sanções significativamente mais graves e incidiam sobre mídias que, classicamente, servem de veículo à expressão artística (v.g., gravura, desenho, estampa, pintura ou impresso). Curioso, entretanto, a omissão quanto ao elemento normativo “obsceno”, ausente tanto no *caput* quanto no parágrafo único, alusivos ao art. 5º do Decreto nº 4.743/1923.

⁴⁸ SIQUEIRA, Galdino. *Direito penal brasileiro*: segundo o Codigo Penal mandado executar pelo Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificáram ou completáram, elucidadas pela doutrina e jurisprudencia: parte especial. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1924. p. 523.

⁴⁹ BRASIL. Decreto nº 4.743, de 31 de outubro de 1923. Regula a liberdade de imprensa e dá outras providencias. *Diário Oficial da União*, Seção 1, 1º nov. 1923. (Publicação original). Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4743-31-outubro-1923-567758-publicacaooriginal-91090-pl.html>. Acesso em: 11 jun. 2018.

Por fim, cabe assinalar que o “Codigo Penal dos Estados Unidos do Brasil”^{*} vigeu brevemente sob o pálio da “Constituição Política do Imperio do Brazil”,^{*} de 1824, bem como da “Constituição da Republica dos Estados Unidos do Brasil”^{*} de 1891; já o art. 5º do Decreto nº 4.743/1923 surtiu seus efeitos somente sob a ascendência da primeira Constituição republicana, tendo sido seu texto incorporado à Consolidação das Leis Penaes,^{*} de 1932.

3.2.3 Consolidação das Leis Penaes,^{*} de 1932

No Livro II (Dos Crimes em Especie^{*}), Titulo VIII (Dos Crimes contra a Segurança da Honra e Honestidade das Familias e do Ultraje Publico ao Pudor^{*}), Capitulo V (Do ultraje publico ao pudor^{*}), da Consolidação das Leis Penaes^{*} de 1932 (aprovada pelo Decreto nº 22.213, de 14 de dezembro de 1932), constava a seguinte tipificação:

Art. 282. Offender os bons costumes com exhibições impudicas, actos ou gestos obscenos, atrentatorios do pudor, praticados em logar publico ou frequentado pelo publico, e que, sem offensa à honestidade individual da pessoa, ultrajam e escandalisam a sociedade.

Pena – de prisão cellular por um a seis mezes.

§ 1.º A offensa á moral publica ou aos bons costumes, feita de qualquer modo pela imprensa, é punida com a pena de prisão cellular por seis mezes a dous anos e perda do objeto de onde constar a mesma offensa, além da multa de 200\$ a 2.000\$000.

§ 2.º É prohibido, sob a mesma pena do paragrapho anterior, vender, expôr á venda ou, por algum modo, concorrer para que circule qualquer livro, folheto, periodico, ou jornal, gravura, desenho, estampa, pintura ou impresso de qualquer natureza desde que contenha offensa á moral publica ou aos bons costumes^{*}.⁵⁰

Como se vê, o *caput* do artigo manteve idênticos os preceitos primário e secundário positivados no Código Penal anterior. Os ineditismos da novel Consolidação figuravam nos tipos derivados (§§ 1º e 2º do dispositivo), que, a rigor, apenas reproduziam *in litteris* os termos contidos no *caput* e no parágrafo único do art. 5º do Decreto nº 4.743/1923, incorporando-os ao texto da apontada normativa penal de 1932.

Regulamentando a liberdade de imprensa, o Decreto nº 24.776, de 14 de julho de 1934, também se dedicou ao tema, fazendo-o em seu Capítulo III (Dos delitos e das penas):

Art. 10. Ofender, de qualquer modo, a moral pública ou os bons costumes; penas - de prisão celular por três meses a um ano, e multa de 200\$ a 1:000\$000.

Parágrafo único. É proibido, sob as mesmas penas, expor á venda, ou vender ou por algum modo concorrer para que circule qualquer livro, folheto, periódico, ou jornal,

⁵⁰ REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. *Consolidação das Leis Penaes** (1932). In: PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 375-376.

gravura, desenho, estampa, pintura ou impressão de qualquer natureza, desde que contenha ofensa á moral pública ou aos bons costumes*.⁵¹

A mera literalidade do dispositivo demonstra que as penas nele cominadas passaram a ser mais brandas do que aquelas previstas nas legislações penais que lhe precederam e sucederam (conforme já visto e consoante adiante se verá). No mais, o arcabouço geral da tipificação não destoou do modelo penal que lhe antecedeu, razão pela qual as observações lançadas nos tópicos anteriores são pertinentes e suficientes à sua compreensão.

A Consolidação das Leis Penas,* de 1932, composta pelo labor do Desembargador Vicente Piragibe, vigeu sob a ordem jurídica instituída pela Constituição da Republica dos Estados Unidos do Brasil,* de 1891, pela Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1934, e ainda pela Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1937; já o tipo legal contido no Decreto nº 24.776/1934, destinado a coibir os “abusos da liberdade de imprensa”, operou seus efeitos em concomitância à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934, seguindo assim até a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, vindo a ser finalmente revogado pelo anexo IV do Decreto nº 11, de 18 de janeiro de 1991.⁵²

3.2.4 Projeto do Código Criminal Brasileiro (Projeto Alcântara Machado),* de 1938

Em 15 de maio de 1938, foi subscrita, por Alcântara Machado, a “Exposição de Motivos” do “Projeto do Código Criminal Brasileiro”,* em cujo Livro II (Parte Especial), Título VIII (Dos crimes contra o pudor individual e a moralidade coletiva), Capítulo IV (Do Ultraje Público ao Pudor), constava:

Art. 296. Punir-se-á com detenção por 6 meses a 2 anos, ou multa de 2 a 5:000\$, ou ambas cumulativamente, aquele que:

I — publicar, na qualidade de autor ou de editor, vender, expuser á venda, reproduzir, distribuir ou de outro modo dêr á publicidade ou puzer em circulação escrito, desenho ou imagem, que ofenda a moralidade pública;

II — fabricar, importar, vender, expuser á venda, reproduzir, distribuir ou de outra maneira puser em circulação objeto ofensivo ao pudor;

§ 1.º — Aumentar-se-ão e acumular-se-ão as penas se o crime fôr cometido em espetáculo público ou pelo rádio.

§ 2.º — Serão destruídos os escritos, desenhos, imagens ou objetos obscenos.⁵³

⁵¹ BRASIL. Decreto nº 24.776, de 14 de julho de 1934. Regula a liberdade de imprensa e dá outras providências. *CLBr* de 31/12/1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVil_03/decreto/1930-1949/D24776.htm. Acesso em: 19 jun. 2018.

⁵² BRASIL. *Decreto nº 11*, de 18 de janeiro de 1991. Aprova a Estrutura Regimental do Ministério da Justiça e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVil_03/decreto/1990-1994/D0011.htm#download. Acesso em: 19 jun. 2018.

⁵³ MACHADO, Alcântara. Projeto do Código Criminal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. 34, n. 2, p. 423, 1º jan. 1938. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/65859/68470>. Acesso em: 19 jun. 2018.

Uma vez que o Projeto Alcântara Machado sequer vigorou, basta assinalar que a objetividade jurídica inserta no aludido tipo legal dizia sobre a moralidade pública (inc. I) e o pudor (inc. II), contra os quais se voltavam os escritos, desenhos, imagens ou objetos obscenos.

3.2.5 Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940

O Código Penal vigente⁵⁴ na República Federativa do Brasil foi instituído pelo Decreto-Lei nº 2.848/1940 (CP), sendo que até a edição da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, o Título VI da sua Parte Especial era epigrafado sob a rubrica “Dos Crimes Contra os Costumes”; depois, referido Título passou a ser: “Dos Crimes contra a Dignidade Sexual”. Nele está inserido o Capítulo VI (Do Ultraje Público ao Pudor), no qual consta a seguinte tipificação:

Escrito ou objeto obsceno

Art. 234 - Fazer, importar, exportar, adquirir ou ter sob sua guarda, para fim de comércio, de distribuição ou de exposição pública, escrito, desenho, pintura, estampa ou qualquer objeto obsceno:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa.

§ 1º. Incorre na mesma pena quem:

I - vende, distribui ou expõe à venda ou ao público qualquer dos objetos referidos neste artigo;

II - realiza, em lugar público ou acessível ao público, representação teatral, ou exibição cinematográfica de caráter obsceno, ou qualquer outro espetáculo, que tenha o mesmo caráter;

III - realiza, em lugar público ou acessível ao público, ou pelo rádio, audição ou recitação de caráter obsceno.⁵⁵

Se comparado com os seus antecedentes correlatos, o art. 234 do CP é o mais abundante em núcleos típicos, o que incide sobre o maior número de mídias expressivas, além de prever pena corporal equivalente àquelas dos registros históricos mais drásticos.

Subscrita por Francisco Campos (então Ministro da Justiça e de Negócios Interiores), a “Exposição de Motivos da Parte Especial” do CP (que prima pela “unidade política e cultural do Brasil”⁵⁶), em seu item 75, pontua expressamente que, “na configuração do ultraje público ao pudor, o projeto excede de muito em previdência a lei atual.”⁵⁷

⁵⁴ A Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, que “Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências”, instituiu a “Nova Parte Geral” do CP, em nada modificando os termos constantes da sua Parte Especial.

⁵⁵ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, 31 dez. 1940; retificado em 3 jan. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm. Acesso em: 19 jun. 2018.

⁵⁶ Cf., do referido documento, o item 86, “Conclusão”, antepenúltimo parágrafo, *in fine*.

⁵⁷ No mesmo Título VI, Capítulo VI, do CP, está tipificado o art. 233, que trata do crime de “Ato obsceno”, com a seguinte redação: “Art. 233. Praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.”

Impende reconhecer que, no art. 234 do CP, *não constam — e nem jamais constaram — referências à “moral pública”, aos “bons costumes” ou à “opinião pública”*, assim como expressamente o fizeram as disposições penais correlatas que, na marcha histórica, o antecederam.⁵⁸ Ademais, o art. 234 do CP não excepciona, de forma expressa, a irrelevância do consentimento do ofendido, em harmonia ao sentido pessoal de proteção penal, irradiado desde a atual rubrica do Título VI da Parte Especial do CP. Na coibição do obsceno, o art. 234 do CP foi o que mais resistiu (e ainda resiste) à história das diferentes Constituições brasileiras, uma vez que foi submisso à Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1937, à Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1946, à Constituição do Brasil, de 1967 (bem como à Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969) e, finalmente, à vigente CR, de 1988.

3.2.6 Decreto-Lei nº 1.004, de 21 de outubro de 1969

O Código Penal de 1969 (Decreto-Lei nº 1.004/1969) chegou a prever, em sua Parte Especial, Título VI (Dos Crimes Contra os Costumes), Capítulo VI (Do Ultraje Público ao Pudor), os seguintes preceitos:

Escrito ou objeto obsceno

Art. 257. Produzir, distribuir, vender, expor à venda, exhibir publicamente, importar, exportar, adquirir ou ter em depósito para o fim de venda, distribuição ou exibição pública, livros, jornais, revistas, escritos, pinturas, gravuras, estampas, imagens, desenhos ou qualquer outro objeto de caráter obsceno.

Pena – detenção, de seis meses a dois anos, ou pagamento de cinco a vinte dias-multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem:

I - faz ou promove representação de caráter obsceno em teatro, cinema, circo, televisão, ou qualquer lugar público ou acessível ao público;

II - realiza, em lugar público ou acessível ao público, ou pelo rádio, ou pela televisão, audição ou recitação de caráter obsceno.⁵⁹

⁵⁸ Note-se que nem mesmo a rubrica do art. 234 do CP não faz qualquer referência ao “ultraje ao pudor público”, locução significativamente diversa, sobretudo *ex vi* do princípio da taxatividade penal, daquela que designa o Capítulo VI, do Título VI, da Parte Especial do Código Penal: “ultraje público ao pudor”. Tal Capítulo, por sua vez, está inserido no Título VI da Parte Especial do CP, que já não se destina à tutela dos costumes [da coletividade], mas à dignidade sexual [da pessoa]. Dessa forma, e considerando a necessidade de alinhamento vertical entre o Capítulo e o Título, o primeiro deve estar sistematicamente comprometido com o elemento teleológico do último, razão pela qual, atualmente, o ultraje público ao pudor deve ser compreendido na dimensão da dignidade humana — fundamento do Estado Democrático de Direito, nos termos do art. 1º, inc. III, da CR —, e não no seu sentido consuetudinário. Com efeito, a moral pública e os bons costumes podem, no máximo, informar, do ponto de vista valorativo, o caráter obsceno da representação a ser concretamente julgada, mas, anteriormente a essa valoração empírico-cultural, a dignidade sexual daqueles que foram diretamente envolvidos com a expressão potencialmente ofensiva ao pudor é que deve ser considerada na aferição da tipicidade material.

⁵⁹ BRASIL. Decreto-Lei nº 1.004, de 21 de outubro de 1969. In: PIERANGELI. *Códigos penais do Brasil...*, p. 590-591. A redação do inciso II foi dada pela Lei nº 6.016, de 31 de dezembro de 1973; a redação anterior era vazada nos termos seguintes: “II - realiza, em lugar público ou acessível ao público, ou pelo rádio, audição ou recitação de caráter obsceno.”

Calha observar que o item 67 da “Exposição de Motivos” do citado Código Penal, subscrito pelo então Ministro da Justiça Luís Antônio da Gama e Silva,⁶⁰ destacava que, previstos entre os crimes contra os costumes, “os delitos de ultraje público ao pudor [eram] mantidos com redação semelhante à do Código vigente. Acrescentou-se, porém, a televisão como um dos veículos de divulgação criminosa da obscenidade”.⁶¹

De qualquer modo, o Código Penal de 1969 jamais logrou efetiva vigência, dado que, *per se*, justifica a brevidade do presente tópico.

3.2.7 Anteprojeto do Código Penal, de 1998

Em 25 de março de 1998, foi publicada, no *Diário Oficial da União* (DOU), a Portaria nº 232, de 24 de março de 1998,⁶² do Ministério da Justiça, Anteprojeto de Lei que visava a alterar dispositivos do CP (Decreto-Lei nº 2.848/1940).

Embora não tenha logrado vigência, o art. 2º do Anteprojeto dispunha que a Parte Especial do CP passaria a vigorar com nova redação,⁶³ sendo que, no seu Título II (Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual), Capítulo III (Do Ultraje Público ao Pudor), constavam estes tipos legais:

Escrito ou objeto obsceno

Art. 176. Produzir, distribuir, vender, expor à venda, exhibir publicamente, importar, exportar, adquirir ou ter em depósito para o fim de venda, distribuição ou exibição pública, livros, jornais, revistas, filmes, fotografias, desenhos ou qualquer outro objeto de caráter obsceno, em desacordo com as normas legais.

Pena – Detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

Representação de espetáculos obscenos

Art. 177. Fazer ou promover representações teatrais, circenses ou cinematográficas, efetuar transmissões radiofônicas ou televisivas ou realizar em lugar público ou acessível ao público, qualquer espetáculo de caráter obsceno, em desacordo com as normas legais.

Pena – Detenção, de seis meses a dois anos, e multa.⁶⁴

⁶⁰ Publicada no *Diário Oficial da União* de 21 de outubro de 1969. Curioso notar que, posteriormente, em 6 de março de 1974, houve, subscrita pelo Ministro da Justiça da ocasião, Alfredo Buzaid, a publicação, no *Diário Oficial*, de nova “Exposição de Motivos”; no segundo parágrafo do item 21 do referido documento, podia-se ler: “No parágrafo único do art. 258, o projeto inclui a televisão como meio de comunicação utilizado para a recitação ou audição de caráter obsceno, no delito de ultraje público ao pudor.” (BUZAID *apud* PIERANGELI, *op. cit.*, p. 527, 536).

⁶¹ O art. 234 do CP contém fórmula de interpretação analógica, prevista no seu § 1º, inc. III, em cuja dimensão é em tese possível enquadrar as produções e programações televisivas relacionadas ao tema.

⁶² BRASIL. Ministério da Justiça. Portaria nº 232, de 24 de março de 1998: Anteprojeto de lei (1998). *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, Seção 1, p. 1 *et seq.*, 25 mar. 1998. (Publicação original). Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/1123567/pg-1-secao-1-diario-oficial-da-uniao-dou-de-25-03-1998>. Acesso em: 7 ago. 2019.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ BRASIL. Ministério da Justiça. Portaria nº 232..., 1998.

Sobressai, nessas tipificações, a locução “em desacordo com as normas legais”, significando que a perfectibilidade do conteúdo incriminador inscrito nos citados preceitos exigia complemento normativo descrito em outras disposições legais, mesmo extrapenais.

Sublinhe-se que, ao tempo da edição do Anteprojeto, já vigorava o Estatuto da Criança e do Adolescente, em cujo Título III (Da Prevenção), Capítulo II (Da Prevenção Especial), Seção I (Da informação, Cultura, Lazer, Esportes, Diversões e Espectáculos), consta determinação ao órgão competente do Poder Público para regular as diversões e espetáculos públicos, informando sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada (art. 74),⁶⁵ bem como disposição que assinala o *modus* de circulação das publicações obscenas (art. 78, parágrafo único).⁶⁶

3.3 Considerações conclusivas

É preciso reconhecer: a liberdade de expressão, na história das Constituições brasileiras, jamais figurou como direito fundamental absoluto e, hodiernamente, preserva-se assim, conforme entendimento do próprio Supremo Tribunal Federal (STF).⁶⁷

Todavia, o atual espectro libertário pertinente à expressão artística nunca foi tão amplo. Afora a vedação do anonimato — tradição do constitucionalismo pátrio — a censura é inadmissível, bem como inexistem restrições ao referido direito fundamental decorrentes da moralidade pública e dos bons costumes. Na ordem jurídica pátria e contemporânea, somente a *legalidade* está autorizada a *relativizar* o direito fundamental à liberdade de expressão artística.

A evolução das codificações e legislações penais que disciplinaram o assunto aponta para um trajeto de mesma direção.

Ensina Sheila Jorge Selim de Sales que, “à medida que nos encontramos diante de Estados democráticos ou não democráticos (autoritários e/ou totalitários), modifica-se o *comportamento* da casuística compreendida na parte especial [dos códigos penais]”.⁶⁸ Diz-se a

⁶⁵ “Art. 74. O poder público, através do órgão competente, regulará as diversões e espetáculos públicos, informando sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada.

Parágrafo único. Os responsáveis pelas diversões e espetáculos públicos deverão afixar, em lugar visível e de fácil acesso, à entrada do local de exibição, informação destacada sobre a natureza do espetáculo e a faixa etária especificada no certificado de classificação.”

⁶⁶ Transcrito no item 2.3, nr. 75, desta dissertação.

⁶⁷ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Recurso extraordinário nº 898.450. Relator: Min. Luiz Fux. São Paulo, Acórdão de 17 de ago. de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE+898450%29&base=baseAcor daos&url=http://tinyurl.com/y84gazkv>. Acesso em: 15 ago. 2018.

⁶⁸ SALES, Sheila Jorge Selim de. Um estudo sobre o significado ideológico da parte especial do código penal nos (ex)países socialistas não democráticos. In: _____. *Escritos de direito penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 52.

respeito porque o CP de 1940, gestado e vindo a lume em período histórico de ditadura, instituída pelo Estado Novo, foi duríssimo com a liberdade de manifestação artística, traduzindo, também nesse aspecto, a ideologia autoritária da época. Decididamente, em seu art. 234, passou a incriminar condutas jamais então tipificadas nas legislações penais precedentes e, outrossim, previu possibilidades de a expressão obscena aflorar em mídias até então não mencionadas nas normativas anteriores. Sob esse ponto de vista, o CP revelava-se sincrônico à Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1937, na qual fora concebido.

Cabe admitir, ainda assim, que o art. 234 do CP, se comparado com os dispositivos correlatos das legislações penais brasileiras ancestrais, enfeixa significativos avanços em termos de racionalidade dogmático-penal. Na apontada tipificação, as referências à moral⁶⁹ ou aos bons costumes⁷⁰ foram cabalmente eliminadas, em rompimento à tradição da normativa pátria alusiva à proteção do pudor coletivo; mesmo a rubrica do Capítulo VI, do Título VI, da Parte Especial do CP, que introduz o art. 234, não faz, rigorosamente, alusão alguma ao “ultraje ao pudor público”, mas sim ao “ultraje público ao pudor”, que é coisa bem diversa.

Aliás, é cogente sublinhar que os costumes, expressamente mencionados na redação original do Título VI da Parte Especial do CP, depois da reforma operada pela Lei nº 12.015/2009, foram dali extirpados e já não são mais referidos, em dispositivo algum, do CP. Com efeito, o atual *nomem juris* do Título VI da Parte Especial do CP cambiou, deixando de ser “Dos crimes contra os costumes”, para passar a ser “Dos crimes contra a dignidade sexual”. Quer isso dizer que o *pudor coletivo*, tão intimamente conectado à *moralidade pública* e aos *bons costumes*, deixou de corresponder ao bem jurídico tutelado pelo art. 234 do CP. A biografia do citado dispositivo revela, portanto, que a moral sexual *per se*, o recato consuetudinário e o pudor coletivo, embora possam servir de parâmetros à valoração empírico-

⁶⁹ O vocábulo *moralidade* não foi grafado no CP de 1940, enquanto que o termo *moral*, na redação originária da mesma normativa, constava nas seguintes disposições: art. 48, inc. IV, “a” (“São circunstâncias que sempre atenuam a pena ter o agente cometido o crime por motivo de relevante valor social ou *moral*”), art. 121, § 2º (“Se o agente comete o [homicídio] impelido por motivo de relevante valor social ou *moral*, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço”), 129, § 4º (“Se o agente comete [lesões corporais] impelido por motivo de relevante valor social ou *moral* ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço”), 148, § 2º (“Se [do sequestro e cárcere privado] resulta à vítima, em razão de maus tratos ou da natureza da detenção, grave sofrimento físico ou *moral*”), art. 245 (“Entregar filho menor de dezoito anos a pessoa, com a qual saiba ou deva saber que fica *moral* ou materialmente em perigo”). (Cf. BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940).

⁷⁰ O art. 234 do CP, em quaisquer de seus preceitos, não faz qualquer alusão aos costumes; assim, até antes da Lei nº 12.015/2009, os costumes se conectavam ao art. 234 do CP apenas indiretamente, na medida em que a referência a eles constava na rubrica do Título VI da Parte Especial do CP, no interior do qual figura o Capítulo VI (Do ultraje público ao pudor) e que, por sua vez, alberga o crime de “escrito ou objeto obsceno”.

cultural do elemento normativo “obsceno”, inserto no referido tipo legal, já não constituem, contemporaneamente, a objetividade jurídica protegida pela norma.

Além disso, é crucial visualizar que, com exceção do CP de 1940, *todas* as legislações penais brasileiras que lhe antecederam *desconsideravam expressamente o sujeito passivo individual* das tipificações correspondentes ao atual art. 234 do CP: faziam-no ora com menção à moral *pública* (Codigo Criminal do Imperio do Brazil,* de 1830, e Consolidação das Lei Penaes,* de 1932) ou à opinião *pública* (Codigo Criminal do Imperio do Brazil,* de 1830), ora mediante a alusão ao escândalo da *sociedade* (Codigo Penal dos Estados Unidos do Brazil,* de 1890, e Consolidação das Lei Penaes,* de 1932, os quais, inclusive, eram categóricos em apontar a irrelevância à “*ofensa à honestidade individual da pessoa*”); mesmo o Título VIII do Projeto Alcântara Machado, de 1938 — que nunca entrou em vigor, mas que, de toda sorte, precedeu a vigência do CP de 1940 — fazia taxativa remissão à moralidade *pública*. Diante dessas constatações, afirmar que o saldo é positivo em favor da liberdade de expressão artística, no CP em vigor, não chega a ser exagero.

Conclui-se, portanto, que o cruzamento dos arcos evolutivos referentes às Constituições brasileiras e às codificações penais pátrias é sobremaneira revelador: nunca houve, assim como atualmente há, um ponto de intersecção entre aquelas curvas que se revelasse tão potencialmente favorável ao exercício da liberdade de expressão artística. Porém, para que o CP se torne rigorosamente sincrônico à CR, conferindo-lhe efetividade, a ressignificação hermenêutica do art. 234 do CP é incontornável: urgente sob a perspectiva das liberdades e direitos fundamentais, imprescindível sob a ótica da própria validade do tipo legal.

4 EXAME DO ARTIGO 234 DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO, SEGUNDO A TRADICIONAL EXEGESE DA DOCTRINA PÁTRIA

No Título VI (Dos crimes contra a dignidade sexual), Capítulo VI (Do ultraje público ao pudor), da Parte Especial do CP, está tipificado o crime de “escrito ou objeto obsceno”, cujos preceitos constam no art. 234. O *caput* do dispositivo veicula o tipo básico, enquanto os três incisos integrantes do seu § 1º preveem as “figuras típicas equiparadas”.¹

Conquanto o Título VI da Parte Especial do CP já tenha sido alvo de três reformas legislativas, as disposições que integram o seu art. 234 jamais o foram, razão pela qual permanecem, desde 7 de dezembro de 1940 e sem embargo das incontestáveis transformações culturais que marcaram a sociedade brasileira nos quase 80 anos de sua vigência, com sua redação original inalterada.

A Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005, embora tenha instituído modificações pontuais nas tipificações integrantes do Título VI da Parte Especial do CP, não chegou, contudo, a representar reforma de fôlego:² seus efeitos, aliás, em nada repercutiram no art. 234.

Mais tarde, a Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, promoveu outra reforma no Título VI da Parte Especial do CP. Por meio dela, o legislador alterou a denominação do mencionado Título, que, “Dos crimes contra os costumes”, passou a ser “Dos crimes contra a dignidade sexual”; porém, tanto sobre a rubrica do Capítulo VI, constante naquele mesmo Título, quanto sobre o próprio art. 234, não incidiram quaisquer mudanças.³

A terceira reforma legislativa referente aos crimes sexuais tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, ocorreu *ex vi* da Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018,⁴ mas seus termos também não alcançaram, em nada, o art. 234 do CP.

¹ Os preceitos supracitados já foram transcritos nesta dissertação: cf. item 2.2 do Capítulo 2.

² A Lei nº 11.106/2005 alterou os arts. 148, 215, 216, 226, 227, 231 (acrescentando-lhe o art. 231-A), bem como revogou os incs. VII e VIII do art. 107, os arts. 217, 219, 220, 221, 222, o inc. III do *caput* do art. 226, o § 3º do art. 231 e o art. 250, todos do CP. Alterou, ainda, a epígrafe do Capítulo V do Título VI da Parte Especial do CP, que, de “Do lenocínio e do tráfico de pessoas”, passou a ser “Do lenocínio e do tráfico de mulheres”.

³ A reforma do Título VI da Parte Especial do CP instituída pela Lei nº 12.015/2009, além daquela modificação já apontada, promoveu alterações nos arts. 213, 215, 216-A e seu § 2º, 218, 225, 228 e seu § 1º, 229 e nos §§ 1º e 2º do art. 230, bem como nos arts. 231 e seus §§ 1º, 2º e 3º, 231-A e seus §§ 1º, 2º e 3º; além disso, acresceu, no referido Título, os arts. 217-A, 218-A, 218-B, 234-A, 234-B e 234-C e, ainda no âmbito do CP, revogou os arts. 214, 216, 223, 224 e 232, bem como alterou as epígrafes do Capítulos I, II, V e VII, que passaram, respectivamente, a ser “Dos crimes contra a liberdade sexual”, “Dos crimes contra vulnerável”, “Do lenocínio e do tráfico de pessoa para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual” e “Das disposições gerais”. Na legislação penal especial, a reforma modificou o art. 1º da Lei nº 8.072/1990 e inseriu o art. 244-B no ECA.

⁴ A Lei nº 13.718/2018 recrudesceu o enfrentamento dos delitos sexuais. Por meio dela, o legislador criou figuras delitivas (art. 215-A - “Importunação sexual” e art. 218-C - “Divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia”), majorou penas (art. 226, incs. II e IV, e art. 234-A, incs. III e IV), determinou que os crimes sexuais sempre se processassem mediante ação pública incondicionada e revogou a infração penal de “Importunação ofensiva ao pudor”, prevista no art. 61 da LCP.

A menção às aludidas reformas é essencial à análise do art. 234, pois a exegese ora reputada “tradicional” diz respeito às posições doutrinárias de autores patrícios que interpretaram o dispositivo ou anteriormente àquelas alterações legislativas, ou que, mesmo depois delas, mantiveram a compreensão do citado dispositivo pautada por parâmetros semelhantes àqueles manejados pelos cultores do direito penal mais distantes na linha do tempo.

4.1 Tipo objetivo

“O tipo é um modelo de ação, imaginada e descrita pelo legislador como de provável ocorrência na realidade da vida, causando dano ou expondo a perigo um bem ou valor, objeto de proteção jurídico-penal”,⁵ ensina Jair Leonardo Lopes.

O tipo integra dois conjuntos de caracteres: os objetivos (tipo objetivo) e os anímicos (tipo subjetivo).

O percurso analítico alusivo ao art. 234 do CP, que ora se inaugura, terá seu início pela dissecação do tipo objetivo, sendo que este, segundo Luiz Regis Prado,

é composto de um núcleo (*verbo* – ação ou omissão) e de elementos secundários ou complementares (ex.: sujeitos – *ativo e passivo*; objeto da ação; bem jurídico; nexos causal; resultado; circunstâncias de tempo, lugar, meio, modo de execução). O tipo objetivo representa a exteriorização da vontade (aspecto externo-objetivo). É, pois, o “núcleo real-material de todo delito”.⁶

Daí que o exame do tipo objetivo pertinente ao art. 234 do CP incidirá sobre cada um daqueles componentes que o integram.

O exame do tipo objetivo do art. 234 do CP deve incidir sobre cada um dos componentes que o integram, conforme a perspectiva epistemológica da doutrina pátria tradicional, aquela que, *venia concessa*, se entende passível de câmbio hermenêutico. Todavia, a abertura da nova visão exige, como pressuposto, a cognição daquela que está posta.

4.1.1 Objetividade jurídica

“A tarefa imediata do direito penal é” — sublinha Francisco de Assis Toledo — “de natureza eminentemente jurídica e, como tal, resume-se à proteção de bens jurídicos.”⁷

⁵ LOPES, Jair Leonardo. *Curso de direito penal: parte geral*. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 114.

⁶ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 186.

⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 13-14.

Uma vez que, conforme Aníbal Bruno, “o bem jurídico é o elemento central do preceito contido na norma jurídico-penal e da descrição do fato punível que aí se encontra e na qual está implícito o preceito”,⁸ torna-se imprescindível conceituar o bem jurídico-penal, para, em seguida apontar — segundo a ótica da tradicional doutrina jurídico-penal pátria — qual é a objetividade jurídica pertinente ao art. 234 do CP.

Sem embargo da multiplicidade das definições propostas e que não podem ser abarcadas por esta pesquisa, o conceito de bem jurídico-penal não deixou de estar sob o influxo de concepções ideológicas, que variaram ao longo de sua evolução histórica.⁹ Sobre ele, hodiernamente e na doutrina nacional, Luiz Regis Prado aduz:

Em termos conceituais, o bem jurídico vem a ser um ente (dado valor social, entidade dotada de valor), material ou imaterial, haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual, essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem em sociedade, previsto explícita ou implicitamente no texto constitucional, ao menos, com ele não colidente ou incompatível, e, por isso, jurídico-penalmente protegido.¹⁰

Em seus termos originais, o Título VI da Parte Especial do CP dedicava-se à disciplina “Dos crimes contra os costumes”. Incluído nesse mesmo *locus*, sob a rubrica do “Ultraje público ao pudor”, comparecia — e ainda se mantém — o seu Capítulo VI, no qual vigem os arts. 233¹¹ e 234, respectivamente intitulados “Ato obsceno” e “Escrito ou objeto obsceno”. A remissão a essas epígrafes é relevante, pois elas inspiraram a doutrina pátria tradicional na identificação da objetividade jurídica tutelada pelos citados dispositivos penais.

Para Jorge Severiano Ribeiro, com os crimes constantes no Capítulo VI do Título VI da Parte Especial do CP, “a lei visa a proteger o pudor público [devendo] este entender-se como o pudor médio, constituído pelo conjunto das normas consuetudinárias da convivência civil em relação à sexualidade”.¹²

⁸ BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*: tomo 1º: introdução – norma penal, fato punível. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 30-31.

⁹ Em estudo sobre “O objeto da tutela penal”, Sheila Jorge Selim de Sales (Sobre o objeto da tutela penal. In: _____. *Escritos de direito penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 114-115) ensina que: “A ideia de proteção de bens jurídicos como tarefa primacial do direito penal deriva da filosofia política iluminista. Os diversos mutamentos conceituais pelos quais a expressão passou na ciência penal podem ser reconstruídos pela própria definição de crime traçada pelos penalistas no curso da história, bem como pela elaboração doutrinária especificamente referida ao tema, quase sempre vinculada a uma ideologia.”

¹⁰ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 8. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 43-44.

¹¹ O dispositivo supracitado já foi transcrito nesta dissertação: cf. nr. 57 do Capítulo 3.

¹² RIBEIRO, Jorge Severiano. *Código penal dos Estados Unidos do Brasil (comentado)*: quarto volume. 2. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto Editora, 1945. p. 165.

No escólio de Galdino Siqueira consta que por pudor público se deve compreender “não um pudor diverso do dos indivíduos componentes da coletividade, mas nas regras de pudicícia que, nessa coletividade, se impõem a todos, como preceitos consuetudinários de moralidade mínima (*bons costumes*), regras que o direito penal acolhe e sanciona.”¹³

Por seu turno, Hungria pontifica:

O juiz penal não pode perder de vista que, ao incriminar o “ultraje público ao pudor”, o legislador propôs-se a tutelar a *moral coletiva*, não segundo um tipo puro ou abstrato, mas como o *sentimento* (aspecto interno) e a conduta (aspecto externo) *comuns* ou *normais* em torno da sexualidade na vida social. A lei protege não só o pudor público, que é o sentimento médio de moralidade sob o ponto de vista sexual (pudicícia do *homo medius*), como assegura os bons costumes, que dizem com o decôro, conveniência e reserva usuais, no tocante aos fatos sexuais (conduta ético-social do *homo medius*).¹⁴

No mesmo sentido, posiciona-se Fragoso:

O objeto específico da tutela jurídica é o *pudor público*, motivo pelo qual Carrara preferia denominar este delito de ultraje ao pudor público e não ultraje público ao pudor (*Programa*, § 2942). Trata-se de um sentimento coletivo de vergonha e pudicícia, que deriva, por certo, do pudor individual médio, vigente na sociedade, ofendendo a ação, em última análise, a moral pública e os bons costumes.¹⁵

De acordo com Bento de Faria, no art. 234 do CP, “o interesse protegido [é] o pudor sexual de todos e de cada um”.¹⁶

Sem destoar essencialmente dessa concepção, segundo Magalhães Noronha, no crime de “escrito ou objeto obsceno”, “resguarda-se a moralidade pública, relativa à esfera sexual. [...]. Objeto jurídico, pois, é o *pudor público*, conquanto concomitantemente se tutele o pudor individual, o que bem se compreende.”¹⁷

Interessante notar que os dois últimos autores citados, sem deixar de lado a dimensão coletiva do pudor tutelado pelo art. 234 do CP, não descuravam da importância da proteção penal a ser dispensada ao pudor da pessoa.

¹³ SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de direito penal*: tomo III: parte especial. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1947. p. 313.

¹⁴ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal* (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. v. VIII (arts. 197 a 249). 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 309.

¹⁵ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*: 3º volume: parte especial. São Paulo: José Buschatsky Editor, 1959. p. 537.

¹⁶ FARIA, Bento de. *Código penal brasileiro (comentado)*: Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940): v. VI: parte especial (arts. 213 a 285). 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Record, 1961. p. 117.

¹⁷ NORONHA, Edgard Magalhães *Direito penal*: volume 3: (de crimes contra a propriedade imaterial a crimes contra a segurança dos meios de comunicação e transporte e outros serviços públicos). 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 286.

Mas em que consiste, na perspectiva jurídico-penal, o pudor em matéria sexual e pertinente aos fins do art. 234 do CP, segundo a tradicional *communis opinio doctorum*?

Fragoso observa que “o pudor é afirmação da cultura”.¹⁸

Bento de Faria não discrepa desse ponto de vista e, de acordo com ele,

quer se considere o pudor como um sentimento adquirido e secundário, quer seja conceituado como criação artificial da civilização, influenciada pela educação, pela idade e pelo domínio das doutrinas morais e religiosas, é incontestavelmente um sentimento de vergonha produzido pelo que pode ferir a decência.¹⁹

Realmente, “os gregos tinham duas expressões, muita vez confundidas, para expressar o pudor: *aidós*, termo que, como pondera Viazzi, melhor se adapta ao conceito atual do pudor, e a expressão *aisküne*, que significava vergonha, vexame”²⁰ — conforme ensina Chrysolito de Gusmão.

Nada obstante a sua variabilidade,²¹ o conceito de pudor, na doutrina pátria tradicional, ascende à dimensão coletiva,²² erigindo-se sem se confundir com a decência²³ e atento à média da pudicícia individual:²⁴ é essa grandeza da ordem do social que interessa — no modelo citado — à objetividade jurídica do art. 234 do CP.

Nessa esteira, disserta, por todos, Everardo da Cunha Luna:

¹⁸ FRAGOSO. *Lições...*, v. 3, p. 538.

¹⁹ FARIA. *Código penal...*, v. VI, p. 107.

²⁰ GUSMÃO, Chrysolito de. *Dos crimes sexuais*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1981. p. 75.

²¹ “Para a fixação do conceito de *pudor público*” — acentua Hungria (*Comentários...*, v. VIII, p. 308) — “é imprescindível que se consultem os hábitos sociais variáveis, no espaço e no tempo, no seio de um mesmo povo e até no âmbito de uma mesma cidade”.

²² “Certo que a coletividade não poderia ter um pudor *próprio e especial*, distinto do manifestado pela generalidade de seus membros, mas reconhece e estabelece regras cuja observância impõe como preceitos consuetudinários de moralidade mínima de acordo com os sentimentos comuns dos homens honestos, sem atender, entretanto, às exigências extraordinárias das sensibilidades mórbidas ou exageradas ou as austeridades do puritanismo ou aos falsos princípios sem equilíbrio na concepção da vida social. [...] Essas regras são expressivas dos *bons costumes*, que se integram na *moralidade pública* e traduzem o respeito exigido pelo decôro social para impedir a ofensa ao *pudor público*”, estabelece Bento de Faria (*loc. cit.*).

²³ Lê-se em Magalhães Noronha (*Direito penal...*, v. 3, p. 285): “O pudor coletivo não difere daquele de que a pessoa é dotada, porém, informa-se do sentimento comum aos homens, dos *costumes* observados pela coletividade, em determinada época, não tomando em consideração a sensibilidade moral extraordinária de determinadas pessoas ou grupos. São as regras e princípios consuetudinariamente observados pela generalidade dos homens que dão conteúdo ao pudor. Não há confundi-lo com a decência. A esfera desta é mais vasta, abrangendo-o também. Um ato pode ser indecente, mas não o ferir, pois ele, no sentido em que a lei, aqui, o considera, é sinônimo de moralidade *sexual*. Sob pena de desagregação e de dissolução, a sociedade necessita que os fatos da vida sexual, ainda que naturais e mesmo impostos para a sua sobrevivência, obedeçam a exigências ditadas por um sentimento comum às pessoas que a compõem. Trata-se do *pudor público*, que faz com que, *v.g.*, um ato sexual normal, inspirado na perpetuação da espécie, se torne, entretanto, ofensivo se realizado em presença de outras pessoas. Sua apreciação não prescinde da consideração dos usos e costumes de determinado povo, em determinada época, subordinando-se também particularmente aos *lugares*.”

²⁴ “A lei protege não só o pudor público, que é o sentimento médio de moralidade sob o ponto de vista sexual (pudicícia do *homo medius*), como assegura os bons costumes, que dizem com o decore, conveniência e reserva *usuais*, no tocante aos fatos sexuais (conduta ético-social do *homo medius*)”, observa Hungria (*Comentários...*, v. VIII, p. 309).

Que é o pudor, que é ofendido pelo obsceno?

O pudor é um sentimento do homem individualmente considerado. Variando, porém, de homem a homem, surge ao projetar-se na vida social, como o sentimento comum aos que socialmente convivem. Não é o sentimento vulgar do incivil, nem a *pruderie* do afetado, nem a visão da vanguarda. É o sentimento do *bonus paterfamiliae*. A vergonha, *verecundia*, diante das coisas do sexo, *pudenda*. Bem da civilização, varia no tempo e no espaço, o sentimento do pudor. Sempre existe, porém, onde quer que exista civilização, entre hindus e árabes, ou entre aqueles helenos como no mito de Acteon castigado por contemplar Diana a banhar-se.

Trata-se, sob o aspecto psicológico, de um *freio ou controle do instinto sexual*, que ao penetrar a esfera do Direito, torna-se um bem jurídico de natureza moral.²⁵

Mesmo depois da edição da Lei nº 12.015/2009, mantiveram o entendimento de que o pudor público é que conforma a objetividade jurídica do art. 234 do CP, v.g., André Estefam,²⁶ Guilherme de Souza Nucci²⁷ e Cezar Roberto Bitencourt.²⁸ Assim, o prisma exegético clássico, alusivo ao particular, ainda contabiliza autores contemporâneos de renome.

4.1.2 Núcleos típicos

É célebre o escólio de José Frederico Marques:

Não há crime sem determinado comportamento humano contrário à ordem jurídica. Ação e omissão constituem, por isso mesmo, o primeiro momento do delito: em seu estudo se focaliza, como diz Dall'Ora, o ponto em que o homem entra em contato com o ordenamento jurídico-penal.²⁹

Com efeito, “a fórmula do tipo compõe-se do verbo que exprime a ação, frequentemente verbo transitivo com o seu objeto [...]. Este é propriamente o núcleo, a porção mais significativa da estrutura do tipo”,³⁰ pontifica Aníbal Bruno.

²⁵ LUNA, Everardo da Cunha. A arte e o obsceno. *Fascículos de Ciências Penais*, Porto Alegre, v. 3, n. 4, p. 61-62, out./dez. 1990.

²⁶ André Estefam (*Crimes sexuais*: comentários à Lei nº 12.015/2009. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 156) considera que o art. 234 do CP, “não mais se justifica em nosso ordenamento jurídico, salvo no tocante à exposição pública capaz de atingir pessoas vulneráveis. Isso porque muitas de suas condutas encontram sua punição fincada exclusivamente na proteção da moral, o que é incompatível com o Direito Penal no Estado Democrático de Direito e, ademais, viola o princípio da dignidade humana”.

²⁷ Quanto ao art. 234 do CP, diz Guilherme de Souza Nucci (*Manual de direito penal*. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 918) que seu “objeto jurídico é a moralidade pública, com conotação sexual. Sustentamos a inaplicabilidade deste tipo penal por inconstitucionalidade”.

²⁸ Aponta Cezar Roberto Bitencourt (*Tratado de direito penal*: parte especial 4: crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 232-233) que, no art. 234 do CP, os “bens jurídicos protegidos continuam sendo a moralidade pública e o pudor público, particularmente no que se refere ao aspecto sexual”.

²⁹ MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*: v. II: Da infração penal. Campinas: Bookseller, 1997. p. 64.

³⁰ BRUNO. *Direito penal...*, t. I, p. 342.

Assentadas essas noções, cabe pontuar que o delito do art. 234 do CP é misto alternativo,³¹ pois o crime é de ação múltipla ou de conteúdo variado.³² Explica Luiz Regis Prado que, nas infrações penais assim classificadas, “refere-se o tipo a várias modalidades de conduta, mas, ainda que perpetrada mais de uma, tem-se um único delito”.³³ Assim, a doutrina pátria tradicional aduz que o agente, mesmo realizando vários núcleos tipificados no art. 234 do CP, incorre no crime somente uma vez.³⁴

Incorre primeiramente no crime todo aquele que vier a “fazer”³⁵ o escrito ou objeto obsceno, em ação situada para além do mero conceber puramente intelectual, mas concretizada, ao menos, mediante a materialização do respectivo esboço ou projeto.³⁶ Nessa esteira, observa Bento de Faria que a fatura enunciada no tipo toca não somente quem fabrica, mediante qualquer processo, criando ou reproduzindo o elemento material, mas também alcança “quem escreve ou copia, imprime ou faz imprimir, dactilografar ou mimeografar”³⁷, quer se trate de produção intelectual própria ou de outrem”.³⁸

“Importar” é introduzir, em qualquer ponto do território nacional, escrito ou objeto obsceno oriundos de outros países. “Exportar”, ao contrário, é promover a saída daqueles itens, para além dos limites do território nacional, “mesmo que o objeto só venha a ser visto no estrangeiro”,³⁹ conforme adverte Jorge Severiano Ribeiro. Para Bento de Faria, é irrelevante que, ao fazer com que o escrito ou objeto obsceno transponha as fronteiras brasileiras, o agente

³¹ Cf. JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal: parte especial: volume 3*. 12. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 181.

³² Hungria (*Comentários...*, v. VIII, p. 315) escreve: “Trata-se, [...], de um crime de conteúdo variado (*Mischtatbestand*): múltiplas são as formas de sua execução, múltipla é a *matéria* que lhe pode servir de instrumento, múltiplo é possível fim do agente.”

³³ PRADO. *Curso...*, p. 138.

³⁴ Dada a própria natureza do delito, pontifica Hungria (*Comentários...*, v. VIII, p. 316) que “as sucessivas *feitas, importações, exportações, aquisições* ou *distribuições* do mesmo escrito ou objeto obsceno não constituem *crime continuado*, mas *único*, pois, em face do texto legal, tanto faz a unidade como a multiplicidade de exemplares. Também haverá um crime único se o réu se entrega, *progressivamente*, a mais de uma das atividades previstas no preceito legal, como se, por exemplo, faz e vende, adquire e expõe ao público, etc.”. No mesmo sentido, Damásio Evangelista de Jesus (*Direito penal...*, v. 3, p. 183), em comentário ao art. 234 do CP, ensina que “ainda que sejam realizadas várias ações, o sujeito não responde por concurso material de crimes, mas sim por crime único”.

³⁵ Magalhães Noronha (*Direito penal...*, v. 3, p. 292, grifo nosso) é preciso: “Fazer é o primeiro modo por que o agente comete o delito. No sentido em que a lei o emprega, o verbo significa produzir, elaborar, fabricar, criar, construir, realizar, escrever etc., *dando forma ou existência a alguma coisa, com individualidade própria*.”

³⁶ Saltelli-Di Falco adverte que “il semplice schizzo o il progetto, per se, diun’opera pornografica, non viene colpito il fin che rimane nei limiti di un mero atto individuale preparatório” (FALCO *apud* FARIA. *Código penal...*, v. VI, p. 119). Porém, se o esboço é exposto, e nele a representação obscena é evidente, nada impede a caracterização da conduta. Do contrário, a pintura *alla prima*, primorosa quando bem executada, poderia servir de escusa, ao argumento de que se trata apenas de um esboço bem feito, quando, na verdade, é uma obra pronta e emancipada.

³⁷ Ou, em termos atuais, “xerocar”, “fotocopiar”.

³⁸ FARIA, *loc. cit.*

³⁹ RIBEIRO. *Código penal...*, v. 4, p. 169.

pague os impostos ou as taxas correspondentes, pois, consoante o autor, “o ato irregular ou criminoso da autoridade nem legitima a prática delituosa, nem a subtrai à sanção da lei”.⁴⁰

“Adquirir”, segundo Fragoso, é “obter, a título gratuito ou oneroso, não se exigindo a posse efetiva”,⁴¹ o verbo traduz o sentido do assenhorar-se da coisa, com o intuito de exercer sobre ela domínio ou posse.

“‘Ter sob guarda’ é ter debaixo de sua vigilância, proteção”,⁴² de acordo com Jorge Severiano Ribeiro. Para Hungria, a locução significa o mesmo que “deter ou possuir, ter a *res*, própria ou alheia, em depósito ou à sua imediata disposição”,⁴³ sendo irrelevante, na ótica de Magalhães Noronha, “que o depósito se dê no lugar onde reside o sujeito ativo, pois, mesmo sem isso, pode ele ter a coisa sob a sua guarda ou disponibilidade”,⁴⁴ bastando, então, que o local de depósito seja por ele mantido.⁴⁵ Sob essa modalidade, o crime é permanente, visto que a sua consumação se protraí enquanto durar a guarda do escrito ou objeto obsceno.

Quaisquer das ações elencadas no *caput* do art. 234 do CP, ressalta Mirabete, “deve ser praticada com o fim de *comércio*”⁴⁶ (venda, troca, locação, ainda que o agente não seja comerciante), [...]”,⁴⁷ sendo indiferente ao tipo penal que a atividade comercial seja ou não legítima,⁴⁸ ou exercitada, no dizer de Bento de Faria, de forma “pública ou clandestina, explícita ou implícita, direta ou indireta, pessoal ou coletiva”.⁴⁹

⁴⁰ FARIA. *Código penal...*, v. VI, p. 119.

⁴¹ FRAGOSO. *Lições...*, v. 3, p. 544.

⁴² RIBEIRO. *Código penal...*, v. 4, p. 169.

⁴³ HUNGRIA. *Comentários...*, v. VIII, p. 315.

⁴⁴ NORONHA. *Direito penal...*, v. 3, p. 292.

⁴⁵ Nesse sentido: FARIA, *loc. cit.*

⁴⁶ Jorge Severiano Ribeiro (*op. cit.*, p. 168) anota: “a lei fala em comércio. cremos, porém, haja empregado este vocábulo em sentido amplo. E assim, para que o crime exista, necessário não é tenha o agente qualidade para comerciar. Mesmo aqueles proibidos de exercerem o comércio, se comerciam com objetos obscenos incidem nos dispositivos da lei, auferem ou não lucro com suas operações.”

⁴⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal: parte especial: volume 2*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 1993. p. 490.

⁴⁸ Nesse sentido: FRAGOSO, *loc. cit.*

⁴⁹ FARIA, *op. cit.*, p. 120. O mesmo autor ainda assinala (FARIA, *loc. cit.*): “não é mister a demonstração da realidade do comprador, basta a prova de que o agente realizava aqueles atos com o fim de comerciar, ainda que, conjuntamente, com o comércio de outros objetos permitidos. Pouco importa, também, a qualidade *jurídica* do comerciante, esteja ou não licenciado, pague ou não impostos. Assim como é indiferente que as vendas sejam habituais ou que se trate de um só ato (MANZINI, *op. cit.*, IV, pág. 391). Mesmo aqueles proibidos de exercer o comércio, se comprem e vendem objetos obscenos, incidem neste dispositivo, auferem ou não lucro com suas operações (*Revista dos Tribunais*, vol. 154, pág. 581). A compra ou venda, e, conseqüentemente, a oferta, pode ser feita por meio de *anúncios, circulares, catálogos, cartas, avisos reclamos*. VICINI entende que, nesta hipótese, não é necessário que o objeto inculcado como obsceno o seja, ou que exista realmente, desde que o pudor resulta da mesma forma ofendido pelo escândalo. Tal, porém, a meu ver, não se enquadra no *comércio*, simplesmente porque não seria admissível supô-lo possível quando impossível a sua prática por motivo da inexistência do respectivo objeto. Mas, a lição é aceitável, visto como o caso configuraria outra modalidade, igualmente punível — *fazer ou distribuir escrito*.”

“‘Vender’ é transferir, dispor ou entregar, mediante um preço”,⁵⁰ conforme define Hungria; não basta, pois, ao referido núcleo, a transferência pura e simples, desvestida de qualquer sentido remuneratório, sendo necessário que o intercâmbio, nesta hipótese, se estabeleça, ao menos, mediante a intenção de recebimento da contrapartida econômico-financeira.⁵¹

“Distribuir”, conforme Fragoso, “significa dar a diversas pessoas.”⁵² Por sua vez, Hungria refina o sentido penal do verbo ao sublinhar que “distribuir é entregar a outrem, com ânimo definitivo ou não, a título gratuito ou oneroso (exemplo: locação lucrativa), franca ou clandestinamente, de modo direto, ou mediante despacho, ou por via postal.”⁵³ Por seu turno, Bento de Faria observa que “a distribuição envolve a ideia de pluralidade, e, assim, *distribuir* significa entregar a mais de um ou a muitos, por forma a espalhar ou difundir o que se pretende tornar conhecido.”⁵⁴ Ressai, pois, a divergência doutrinária: para Bento de Faria, “distribuir” corresponde, em acepção jurídico-penal, à ideia de alastrar a um número indeterminado de pessoas, enquanto que, para Hungria, basta que o escrito ou objeto obsceno sejam entregues “a outrem” (ou seja, a um único indivíduo). Ademais, o dissenso entre esses mesmos autores também se estabelece quanto ao caráter oneroso ou não atrelado à distribuição operada: para Hungria,⁵⁵ a atividade não exige gratuidade; já para Bento de Faria, sim, porquanto, se assim não o fosse, entre “distribuir” e “vender”, não existiriam diferenças.⁵⁶

“Expor”, no sentido empregado pelo CP, remete à ideia de “exibir”, “explicitar”, “demonstrar”, “apresentar”, “revelar”.⁵⁷

Desta feita, pelo que se infere da literalidade do art. 234 do CP, “a exposição pode ser feita, para o fim de *oferecer à venda* ou simplesmente para *mostrar ao público*”.⁵⁸

⁵⁰ HUNGRIA. *Comentários...*, v. VIII, p. 315.

⁵¹ A ressalva é importante porque vender, para Mirabete (*Manual...*, v. 2, p. 490.), “é a transferência da propriedade para terceiro”; na mesma obra e na mesma página, o autor sublinha que à caracterização do crime “basta, porém, a finalidade, não se exigindo o efetivo comércio”.

⁵² FRAGOSO. *Lições...*, v. 3, p. 544.

⁵³ HUNGRIA, *op. cit.*, p. 315-316.

⁵⁴ FARIA. *Código penal...*, v. VI, p. 120.

⁵⁵ HUNGRIA, *op. cit.*, p. 316.

⁵⁶ Bento de Faria (*op. cit.*, p. 121) comenta: “a distribuição pode ser feita por qualquer meio idôneo: entrega pessoal ou pelo correio, aparelhos automáticos, lançamento nas ruas ou sobre o público, etc. Embora possa ter por objetivo um proveito futuro, decorrente do reclamo, é, entretanto, essencialmente gratuita, visto como tal entrega transformar-se-ia em *venda* se fosse feita mediante pagamento. Mas, não exclui a possibilidade de receber o distribuidor alguma gratificação *voluntariamente* dada por quem recebe a coisa distribuída.”

⁵⁷ Cf. HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss de sinônimos e antônimos da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2003. p. 311.

⁵⁸ FARIA, *loc. cit.*

“Expor à venda é colocar o objeto frente ao público facilitando a aquisição”,⁵⁹ consoante Jorge Severiano Ribeiro, ou, segundo Magalhães Noronha, “*expõe à venda* quem coloca a coisa à vista de prováveis compradores, sem que se exija oferta por parte deles”.⁶⁰

Para Fragoso a “*exposição pública* é a mostra feita a um número indeterminado de pessoas. Percebe-se, assim, que o propósito da lei penal é reprimir a *divulgação* dos escritos e coisas pornográficas, não se incriminando o uso próprio (em coleções etc.).”⁶¹ Hungria leciona no sentido de que “*expor ao público* é exhibir ou mostrar em lugar público ou em que, embora somente para fim de conhecimento da exposição, se permita o acesso a *tout venant*”.⁶² A “*exposição pública*”, conforme Bento de Faria, “pode se verificar quando a coisa é colocada em lugar que, embora seja particular, está sujeito, naturalmente, à vista de todos os transeuntes, v.g., em um jardim aberto, etc.”⁶³; destarte, de acordo com esse mesmo autor, basta à exposição pública “que o objeto seja exposto ao público, isto é, colocado em lugar que possa ser visto pelo público, ainda que, por acaso ou por causa accidental, poucos ou ninguém o tenham, efetivamente, visto”.⁶⁴ Já Magalhães Noronha assinala:

Expor ao público é mostrar, isto é, criar uma situação, pela qual a coisa seja vista ou percebida. A percepção pode, consoante MANZINI, ser *imediata*, quando há visão direta do objeto ou escrito, e *mediata*, quando entre a coisa obscena e a vista se interpõe um meio necessário a esta, ou quando, permanecendo oculta a coisa contendo a representação obscena, esta é projetada sobre um meio idôneo; ou quando, ainda, a representação obscena, normalmente oculta na coisa que a contém, exterioriza-se ou manifesta-se mediante determinada ação. Assim, há exposição quando a representação obscena é mostrada publicamente, por meio de caleidoscópio, ou mediante projeção comum ou cinematográfica (desde que não constitua, em nosso Código, a figura do inciso II). A exposição caracteriza-se pelo lugar público ou acessível ao público.⁶⁵

A análise das ações nucleares indica, portanto, que a *mens legis* foi coibir a *divulgação* das manifestações obscenas, desde a sua possibilidade até a sua efetividade.⁶⁶

⁵⁹ RIBEIRO. *Código penal...*, v. 4, p. 173.

⁶⁰ NORONHA. *Direito penal...*, v. 3, p. 292.

⁶¹ FRAGOSO. *Lições...*, v. 3, p. 544.

⁶² HUNGRIA. *Comentários...*, v. VIII, p. 316.

⁶³ FARIA. *Código penal...*, v. VI, p. 121.

⁶⁴ FARIA, *loc. cit.*

⁶⁵ NORONHA, *op. cit.*, v. 3, p. 293.

⁶⁶ Segundo Magalhães Noronha (*loc. cit.*), “observa-se que no artigo o *fim* do comércio, distribuição ou exposição dá a nota predominante ao crime, ao passo que no nº I já se trata da efetivação desse fim. Disso resulta que o característico do delito se encontra na *divulgação*, primeiramente em perspectiva, a seguir realizada, embora se contente a lei com o *perigo* da publicidade”.

4.1.3 Sujeito ativo

“Em todos os tipos penais vive um sujeito ativo”⁶⁷, ensina Sheila Jorge Selim de Sales.

Com efeito, o art. 234 do CP não constitui desvio à preleção da citada autora, que define o sujeito ativo⁶⁸ de uma infração penal como aquele “que pratica o fato descrito na norma incriminadora”.⁶⁹ O sujeito ativo é elemento essencial do tipo objetivo, não sendo simples pressuposto da ação, mero dado natural antecedente ao tipo penal de Parte Especial.⁷⁰

É consenso:⁷¹ em quaisquer de suas modalidades, *i.e.*, seja no tipo básico ou nas figuras típicas equiparadas, pode ser sujeito ativo do crime de escrito ou objeto obsceno qualquer pessoa. Na medida em que o codificador penal não exige do agente nenhuma qualidade especial, o delito é *comum*.⁷²

Da mesma forma, nenhum dos preceitos que compõem o art. 234 do CP representa exemplo de *tipo penal especial impuro*;⁷³ assim, improcede supor que pessoas que exercem atividades artísticas ou vinculadas ao mercado do entretenimento sujeitam-se, só por isso, à

⁶⁷ SALES, Sheila Jorge Selim de. *Do sujeito ativo na parte especial do código penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 17.

⁶⁸ Sheila Jorge Selim de Sales (*Ibidem*, p. 21-24) adverte que, “na doutrina, tem-se utilizado como sinônimos a expressão ‘sujeito ativo’ e o vocábulo ‘autor’. A utilização da expressão e do vocábulo aludidos como sinônimos parece-nos, sem dúvida, temerária, uma vez que, do ponto de vista estritamente técnico, não se correspondem. Evidentemente não pretendemos afirmar que as duas noções aludidas sejam antagônicas ou substancialmente diversas. Todavia, é necessário reconhecer que a noção de ‘sujeito ativo’, do ponto de vista estritamente jurídico, precede à noção de ‘autor’. [...]. Uma elaboração doutrinária assim orientada, a nosso ver, não possui relevância meramente acadêmica; sem dúvida, dela podem advir importantes consequências de ordem prática. Note-se que, tendo em vista uma peculiar condição do sujeito ativo ou uma qualidade que lhe é agregada no tipo penal de Parte Especial, torna-se possível extrair regras gerais para o concurso de pessoas, visualizando-se as possíveis hipóteses em que o mesmo poderá se dar no ‘caso penal’. Por seu turno, a utilização do vocábulo ‘autor’ deveria ficar adstrita, em nossa ciência, ao Capítulo atinente ao ‘concurso de pessoas’. Pelas razões expostas, parece-nos imprópria e inoportuna a utilização do vocábulo ‘autor’ como sinônimo da expressão ‘sujeito ativo’.”

⁶⁹ *Ibidem*, p. 21.

⁷⁰ Nesse sentido, cf. *Ibidem*, p. 54-55.

⁷¹ Nesse sentido, SIQUEIRA. *Tratado...*, t. III, p. 318, 326; FRAGOSO. *Lições...*, v. 3, p. 543; FARIA. *Código penal...*, v. VI, p. 125; MIRABETE. *Manual...*, v. 2, p. 489; JESUS. *Direito penal...*, v. 3, p. 184. Aliás, mesmo os autores de escritos jurídico-penais mais recentes não divergem quanto ao particular, *v.g.*, BITENCOURT. *Tratado...*, v. 4, p. 233; DELMANTO, Celso *et al.* *Código penal comentado*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 745; NUCCI. *Manual de direito...*, p. 917; PIERANGELI, José Henrique; SOUZA, Carmo Antônio de. *Crimes sexuais*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015. p. 163; PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro*: v. III: parte especial: 2. ed. rev. atual. e reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 256.

⁷² É equívoco afirmar que o art. 234 do CP destina-se exclusivamente a coibir comportamentos das pessoas inseridas no sistema de arte. Além disso, adverte Magalhaes Noronha (*Direito penal...*, v. 3, p. 298) que, para fins do *caput* do dispositivo, “inexigível, entretanto, é a qualidade jurídica de comerciante”.

⁷³ São designados tipos penais impuros ou *sui generis* aqueles nos quais a particular qualidade do sujeito ativo opera como elemento especializante nas variações autônomas do tipo, distinguindo-o do tipo fundamental (também chamado simples ou básico) e adquirindo, assim, uma forma privilegiadora ou qualificadora. Característica marcante dos tipos fundamentais e dos impuros que dele derivam é a impossibilidade de aplicação simultânea de ambos (nesse sentido, cf. SALES, *op. cit.*, p. 109-115).

possibilidade de incidirem em tipos qualificados ou privilegiados (sequer inexistentes na tipificação, aliás: basta ver, nesse diapasão, que o preceito secundário constante no mencionado artigo é único, veiculador de penas que se aplicam tanto ao seu *caput*, quanto às figuras típicas equiparadas, previstas nos três incisos do § 1.º do mesmo dispositivo).

Essencialmente e em quaisquer de suas modalidades, os preceitos incriminadores insertos no art. 234 do CP sempre veiculam hipóteses de crimes unissubjetivos: em tipos com essa natureza, o sujeito ativo é invariavelmente singular, e “o concurso de agentes é, sempre, eventual”,⁷⁴ conforme assinala Sheila Jorge Selim de Sales.

Para fins do art. 234 do CP, é de todo prescindível que os agentes envolvidos na cadeia de fatos penalmente relevantes conheçam-se ou tenham planejado qualquer sinergia delinquente. Nada impede, contudo, que atuem mediante o concerto de vontades, com o ajuste de diversas tarefas, distribuídas à mesma empreitada criminosa, fazendo configurar a coautoria ou a participação,⁷⁵ conforme as circunstâncias do caso concreto,⁷⁶ sempre limitadas pelo dolo e pela medida da culpabilidade dos envolvidos.

4.1.4 Sujeito passivo

“Sujeito passivo é o titular do bem jurídico ofendido ou ameaçado pelo crime”,⁷⁷ define Aníbal Bruno.

⁷⁴ SALES. *Do sujeito ativo...*, p. 123. De acordo com a autora, os tipos penais unissubjetivos “são aqueles nos quais o sujeito ativo é uno, embora a conduta possa ser realizada por duas ou mais pessoas, quando, então, encontrarão ampla aplicação as disposições legais contidas na Parte Geral do Código Penal relativa ao concurso de pessoas”. (*Ibidem*, p. 122).

⁷⁵ A respeito, Magalhães Noronha (*Direito penal...* v. 3, p. 291) escreve: “agente do delito é o indivíduo penalmente imputável que pratique qualquer das ações mencionadas no artigo e em seus incisos. Frequentemente, assim, haverá coautoria, pois difícil é que uma pessoa sozinha execute as ações necessárias, que quase sempre obedecem ao intuito de lucro. Quem, p. ex., vende objeto obsceno não é, em regra, quem o faz: aquele é *comerciante*, este *industrial*. Deve atender-se ao dolo e às excludentes da culpabilidade, que podem favorecer os copartícipes do fato, mas não há motivo, entretanto, para a derrogação do art. 25 do Código Penal. Dessarte, o operário que *fabrica* o objeto obsceno é responsável como o patrão, uma vez que *concorre* para o delito. Diga-se o mesmo do distribuidor, jornalista etc. Em se tratando do espetáculo teatral, são igualmente responsáveis o empresário, o diretor, os artistas etc. Quanto a estes, no *teatro de revista*, v.g., não há incluir os que não trabalham no *número obsceno*, já que nesse gênero de espetáculo, no *oceano* da obscenidade, e pornografia, encontram-se, às vezes, pequenas *ilhas*, constituídas por passagens em que se exaltam o nacionalismo ou um e outro sentimento bom. Cremos que tais atores não podem ser responsabilizados pela imoralidade daquele *número*.” O art. 25 do CP, referido pelo autor, corresponde ao atual art. 29 do CP.

⁷⁶ Na obra de Mirabete (*Manual...*, v. 2, p. 489), lê-se: “pode praticar o delito qualquer pessoa. Trata-se, porém, de crime que normalmente exige participação ou coautoria, intervindo nas várias modalidades de conduta o artista (pintor, desenhista, fotógrafo, etc.), o escritor, o industrial (impressor, etc.), o comerciante (lojista, jornalista, etc.). Podem alguns praticar certa modalidade das condutas típicas enquanto outros realizam outras.”

⁷⁷ BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*: tomo 2º: fato punível. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 205.

A locução “sujeito passivo” não consta no CP; no lugar dela, o codificador preferiu referir-se à “vítima”⁷⁸ ou ao “ofendido”.⁷⁹ Isso não quer dizer que, em acepção dogmático-penal, a expressão “sujeito passivo” exclua a noção de vítima, pois, conquanto esta última possua mesmo raízes antropológicas⁸⁰ e seja insubmissa a um conceito unívoco⁸¹ — inclusive com significativas abordagens na seara da criminologia (e, em especial, no âmbito da vitimologia⁸²) — é incontestável que a vitimodogmática⁸³ erige-se a partir do entendimento de que a vítima é elemento de essência do próprio direito penal (uma vez que o comportamento dela influencia a tipificação da conduta e a resposta penal⁸⁴).

De outra parte, é importante manter sob mira — como frisa Alessandra Orcesi Pedro Greco — que, “em todo crime há dois sujeitos passivos: um sujeito passivo constante que é o Estado-Administração, pois todo crime viola um interesse público, e um sujeito passivo individual, que é o titular do interesse concreto”.⁸⁵

Agregados a isso, três pontos são irrenunciáveis à abordagem da questão referente ao sujeito passivo do crime de “escrito ou objeto obsceno”. O primeiro é aquele que informa a

⁷⁸ Cf., v.g., na Parte Geral do CP, art. 20, § 3º; art. 45, § 1º; art. 59, *caput*; art. 65, inc. III, alínea “c”; art. 71, parágrafo único; e, na Parte Especial do CP, entre tantos outros, art. 121, §§ 1º, 4º e 7º, inc. III; art. 158, §§ 1º e 2º; art. 157, § 2º, incs. III e V; art. 158, § 3º; art. 203, § 2º. Notória a incidência da expressão “vítima” nos crimes contra a dignidade sexual, como se infere do disposto nos art. 213, § 1º; art. 215, *caput*; art. 216-A, § 2º; art. 217-A, § 5º; art. 218, *caput* e seus §§ 1º e 2º; art. 226, incs. II e IV, alínea “b”; art. 227, § 1º; art. 228, § 1º; art. 230, §§ 1º e 2º; art. 232-A, § 2º, inc. III; art. 234-A, inc. IV.

⁷⁹ Cf., v.g., na Parte Geral do CP, art. 61, inc. II, alíneas “c”, “i” e “j”, bem como arts. 100, 104, 105, 106, inc. II, e, ainda, na Parte Especial do CP, em seu Título I (Dos crimes contra a pessoa), o art. 121, § 2º, inc. III, além dos artigos que compõem o Capítulo V (Dos Crimes contra honra), naquele mesmo Título encartado.

⁸⁰ De acordo com Heitor Piedade Júnior (*Vitimologia: evolução no tempo e no espaço*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993. p. 86-87), “vítima vem do latim ‘*victima*’, ‘*ae*’, significando a pessoa ou animal sacrificado ou que se destinaria a um sacrifício. A primeira visão da vítima é antropológica — segundo Ester Kosovski — como sacrifício humano aos deuses, para aplacar sua ira ou pedir suas ‘benesses’ através da oferta da vida humana, depois substituída pela de animais, para expiação dos pecados do grupo. Na Antiguidade, como a vítima era sacrificada, também, por ocasião de uma vitória, após a guerra, a origem da palavra ‘vítima’ poderia estar relacionada com a expressão ‘*vincere*’, que significa ‘atar’, ‘amarrar’, uma vez que o animal a ser sacrificado era atado, amarrado e posto sobre o altar do sacrifício”.

⁸¹ “Impossível seria tentar elaborar conceito unívoco de vítima, pois, como lógico, esse conceito vai depender do paradigma científico do modelo e da ideologia adotada e vice-versa: cada teoria, tendência ou perspectiva elaborará sua definição de vítima”, pontua Heitor Piedade Júnior (*op. cit.*, p. 90).

⁸² Notícia Edmundo Oliveira (*Vitimologia e direito penal: o crime precipitado pela vítima*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 7) que “a Vitimologia surgiu exatamente do martírio sofrido pelos judeus nos campos de concentração comandados por Adolf Hitler, sendo reconhecido como fundador da doutrina vitimológica o notável advogado israelita Benjamim Mendelsohn, Professor Emérito da Universidade Hebraica de Jerusalém. Como marco histórico, Mendelsohn pronunciou na Universidade de Bucareste, em 1947, sua famosa conferência *Um horizonte novo na ciência biopsicossocial: a vitimologia*”.

⁸³ “A vitimodogmática está relacionada com o Direito Penal mais precisamente com a teoria do delito, sendo fundamental para o entendimento da questão do consentimento e acordo em Direito Penal, autocolocação e heterocolocação em perigo”, pontua Marine Carrière de Miranda (*Reflexos da vitimodogmática no consentimento em direito penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018. p. 8).

⁸⁴ Nesse sentido, MIRANDA, *loc. cit.* (Cf., na citada obra, nr. 17).

⁸⁵ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *A autocolocação da vítima em risco*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 17.

distinção entre sujeito passivo e objeto material do delito.⁸⁶ O seguinte adverte: o sujeito passivo e o prejudicado pelo crime não são necessariamente os mesmos, embora possam, por vezes, coincidir.⁸⁷ O derradeiro — que mais de perto interessa ao presente tópico — estabelece que o Estado e a sociedade, muito embora sejam constantemente atingidos pela prática de qualquer infração penal, nem sempre figuram como seus sujeitos passivos imediatos.

Agora, cabe a pergunta: quem é, afinal, o sujeito passivo no art. 234 do CP?

Três correntes doutrinárias divergem: a primeira, minoritária, reconhece nessa posição somente o Estado;⁸⁸ a segunda, mais expressiva, considera que somente a coletividade⁸⁹ é a ofendida com a prática do crime; para a última, tanto a coletividade⁹⁰ (ou a sociedade,⁹¹ ou o corpo social,⁹² ou o público⁹³), ou ainda o Estado⁹⁴, quanto a pessoa individual⁹⁵ diretamente confrontada com a expressão obscena são os sujeitos passivos do delito, sendo a última a sua “vítima mediata”.⁹⁶

⁸⁶ Basileu Garcia (*Instituições de direito penal*: volume I: tomo I. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1972. p. 218) pontua que “objeto material é o ser ou coisa em que incide a conduta criminosa. Vale dizer que, às vezes, o sujeito passivo, conforme a modalidade da infração, é também o seu objeto material. E há delitos desprovidos de objeto material”.

⁸⁷ A noção de terceiro prejudicado afina-se mais ao repertório do direito privado, uma vez que conectada à ideia de quem pode, na esfera civil, reclamar indenização pelos danos decorrentes do injusto penal; no homicídio, v.g., sujeito passivo é o *de cujus* assassinado, enquanto que os prejudicados são os seus dependentes, que viviam às suas expensas. Cf. MARQUES. *Tratado...*, v. II, p. 47.

⁸⁸ Nesse sentido, Galdino Siqueira (*Tratado...*, t. III, p. 318) subscreeve: “sujeito passivo é o Estado, a que cabe manter as regras de pudicícia que, na coletividade, se impõem a todos, como preceitos consuetudinários de moralidade mínima (bons costumes)”.

⁸⁹ Damásio Evangelista de Jesus (*Direito penal...*, v. 3, p. 181) é assertivo: “sujeito passivo é a coletividade. É verdade que o delito pode ofender o pudor de determinada pessoa. Esta, porém, não será sujeito passivo do delito, que visa a proteger o pudor público, ou seja, a coletividade”. Igualmente, Guilherme de Souza Nucci (*Manual...*, p. 918) diz que o sujeito passivo do delito “é a coletividade”.

⁹⁰ Cezar Roberto Bitencourt (*Tratado...*, v. 4, p. 233) assinala que “sujeito passivo é a coletividade, além de qualquer pessoa que eventualmente presencie o ato, que, nesse caso, também assume a condição de sujeito passivo”.

⁹¹ “O sujeito passivo é a sociedade e, em particular, as pessoas expostas ao objeto obsceno”, anota André Estefam (*Direito penal*: volume 2: parte especial (arts. 121 a 234-B). 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 831).

⁹² Segundo Fragoso (*Lições...*, v. 3, p. 538, 543): “sujeito passivo deste crime é o corpo social. [...]. Se o ato obsceno for praticado contra determinada pessoa, será esta também sujeito passivo particular do delito”.

⁹³ Magalhães Noronha (*Direito penal...*, v. 3, p. 292) estabelece “que vítima é a coletividade, o público, ou ainda o Estado, a quem incumbe a defesa desse patrimônio coletivo. Podem, no caso concreto, um ou alguns indivíduos ser ofendidos, mas tal não é requisito indeclinável do delito, que se contenta com a possibilidade, o perigo de lesão ao interesse coletivo. Basta atentar para uma das formas do crime — ‘fazer, importar etc., para fim de comércio’. Na hipótese concreta de ofensa a pessoa, esta é o sujeito passivo, como elemento integrante da sociedade”.

⁹⁴ Para Mirabete (*Manual...*, v. 2, p. 489), “sujeito passivo do crime é a coletividade, o público, ou seja, o próprio Estado. É também sujeito passivo a pessoa que, eventualmente, for ofendida pelo fato que ultraja o pudor”.

⁹⁵ No magistério de Bento de Faria (*Código penal...*, v. VI, p. 125), colhe-se: “em relação ao sujeito passivo há a considerar que visando a tutela penal a segurança de um sentimento constitutivo do patrimônio coletivo e não individual, a ofensa a ele há de ser considerada como realizada contra quem o protege, ou o próprio Estado. Tal não obsta, como já ficou dito, que alguém possa ser também particularmente lesado pelo ultraje (vêde: EUZEBIO GOMEZ - *Op. cit.*, III, pág. 239; MANFREDINI - *Op. cit.*, pág. 237; VICINI - *loc. cit.* pág. 117).”

⁹⁶ Cleber Masson (*Direito penal*: parte especial: volume 3: arts. 213 a 359-h. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Forense, 2018. p. 163) diz que sujeito passivo “é a coletividade (crime vago), atacada em seu pudor, e, mediatamente, a pessoa atingida pelo escrito ou objeto obsceno”.

Como se vê, inexistente consenso em relação ao ponto, malgrado a determinação do sujeito passivo do crime seja decisiva para a delimitação do próprio alcance da norma penal.

4.1.5 Elemento material

No tipo objetivo, estão contidos os elementos objetivos meramente descritivos e os elementos normativos, cuja análise conjunta ora se impõe.⁹⁷

De acordo com Fernando Galvão, os elementos objetivos meramente descritivos “são aqueles que existem independentemente de qualquer contexto normativo; [...], traduzem os dados da realidade concreta da vida de relações, pertinentes ao contexto material em que se verifica o comportamento proibido, e dão-lhe sentido.”⁹⁸

Em sua expressão basilar,⁹⁹ os elementos normativos do tipo “são constituídos por termos ou expressões que só adquirem sentido quando completados por um juízo de valor, preexistente em outras normas jurídicas ou ético-sociais”,¹⁰⁰ segundo Francisco de Assis Toledo. Podem ser classificados em duas categorias: os de “valoração jurídica” e os de “valoração extrajurídica ou empírico-cultural”;¹⁰¹ distinguem-se porque os “elementos normativos jurídicos são os que trazem conceitos próprios do Direito”¹⁰² (v.g., “cheque”, “funcionário público”), enquanto que os elementos normativos culturais “são os que envolvem

⁹⁷ É que os elementos normativos, em certos casos — e isso ocorre no art. 234 do CP — explicitam a qualidade do objeto material ou o caráter de que a ação deve se revestir, deduzidos através dos valores da comunidade, para que alcancem relevância jurídico-penal (cf., nesse sentido: REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*: parte geral: volume I. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 143). Assim, de acordo com Aníbal Bruno (*Direito penal...*, t. I, p. 346), “aos elementos puramente descritivos se juntam, em certas construções típicas, elementos normativos, elementos para entender os quais não basta o simples emprego da capacidade cognoscitiva, mas cujo sentido tem de ser apreendido através de particular apreciação por parte do juiz”. No âmbito do art. 234 do CP, o “obsceno” é indissociável do objeto ou da representação indicados no tipo, pois confere-lhes a própria tônica daquilo que é ou não penalmente relevante.

⁹⁸ GALVÃO, Fernando. *Direito penal*: parte geral. 10. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018. p. 276-277.

⁹⁹ É evidente que a definição lançada não esgota todas as complexidades do conceito. A propósito, acentua Frederico Gomes de Almeida Horta (*Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo*: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 113-114) que “os elementos normativos do tipo não são todos aqueles determinados por uma especial valoração do fato, nem todos cujo significado demanda uma compreensão intelectual, para além da percepção sensorial. Essas propriedades, embora corretas, não são suficientes para distinguir os elementos normativos dos demais elementos do tipo, ditos descritivos. Destes, os elementos normativos só se destacam por seu significado referido a normas. A valoração e a compreensão demandadas pelos elementos normativos do tipo obedecem e variam em função das normas, precisamente. Por isso, é mais exata a definição de Engisch, segundo a qual os elementos normativos do tipo são apenas os que podem ser representados e pensados sob o pressuposto lógico de uma norma”. Embora o magistério do citado professor seja muito mais preciso — e é importante que essa exatidão seja destacada — o conceito lançado, no *corpus* do texto, é suficiente aos fins do tópico, pois enfeixa um dado incontroverso: a necessidade de que o obsceno seja apreendido por meio de valorações culturais.

¹⁰⁰ TOLEDO. *Princípios...*, p. 154.

¹⁰¹ A terminologia é aquela proposta por Luiz Regis Prado (*Curso...*, p. 186); o autor ainda define os elementos normativos de valoração extrajurídica como “juízos de valor fundados na experiência, na sociedade ou na cultura”. (PRADO, *loc. cit.*).

¹⁰² DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 313.

conceitos próprios de outras disciplinas do conhecimento, científicas, artísticas, literárias ou técnicas”¹⁰³ (v.g., o “pudor” e o “obsceno”, de acordo com uníssona doutrina).¹⁰⁴

4.1.5.1 Mídias

As complexidades inerentes à definição do “desenho”, da “pintura” da “estampa”, do “escrito” e do “objeto”, conquanto monumentais nos tratados de estética, devem aqui ser reduzidas à sua essência.¹⁰⁵

Para fins de aplicação do art. 234 do CP, Hungria, por todos, pontifica sintética e suficientemente que, em acepção jurídico-penal:

Escrito é toda produção gráfica (à mão, ou por meio mecânico ou químico), assinada ou anônima (ou com pseudônimo), exprimindo o pensamento. É o manuscrito, o papel dactilografado, o livro, o jornal, a revista, o pasquim, o panfleto, o cartaz, etc. *Desenho* é a representação de um objeto por meio de linhas e sombras (em original ou reproduzido mecanicamente). *Pintura* é a representação colorida de imagens (com ou sem as regras da arte). *Estampa* (o mesmo que gravura) é a figura ou imagem impressa, seja for o processo empregado.¹⁰⁶

“Qualquer objeto obsceno” é toda coisa física, dotada de corporalidade material¹⁰⁷ e que, em face das especificidades do tipo legal, seja detentora de propriedades figurativas¹⁰⁸ (i.e., caracterizadas pela não abstração); trata-se de fórmula geral passível de “interpretação por analogia”,¹⁰⁹ na qual se inscrevem a escultura, o(a) boneco(a), a medalha, a matriz que serviu à impressão, a fotografia, o *ready-made*, o *objet trouvé* etc.

¹⁰³ DOTTI. *Curso...*, p. 313.

¹⁰⁴ Cf. DOTTI, *loc. cit.*; PRADO. *Curso...*, p. 186.

¹⁰⁵ No tocante aos suportes imagéticos, irrelevante a expressão se aproxime desta ou daquela vertente que aflora dos tantos “ismos” pelos quais são empreendidas as tentativas de classificar a manifestação do pensamento artístico. Igualmente, não interessa a forma do escrito, se em prosa ou em verso, bem como o gênero da expressão: tanto faz se narrativo, descritivo, dissertativo, expositivo ou injuntivo; da mesma forma, indiferente se a manifestação tenha ares líricos (independentemente de seus subgêneros, v.g., soneto, poesia, ode, haicai, hino, sátira), épicos (v.g., epopeia, romance, novela, conto, crônica, fábula), dramáticos (v.g., tragédia, comédia, tragicomédia, farsa, elegia), ou que seja fictícia ou não, paródia, prosopopeia, etc. Irrelevante, ainda, que a expressão seja competente a retratar, com apurada fidelidade ao natural, aquilo que é apresentado aos sentidos. O que importa aos fins penais é que as formas ou os conteúdos corporificados nas mídias enumeradas no tipo legal (ou a combinação delas, ou ainda quaisquer outras) sejam sensorialmente perceptíveis e que não sintetizem formas e conteúdos completamente abstratos: a representação obscena deve ser identificável quanto a esse seu caráter.

¹⁰⁶ HUNGRIA. *Comentários...*, v. VIII, p. 316.

¹⁰⁷ Lê-se em Galdino Siqueira (*Tratado...*, t. III, p. 322): “É impossível indicar, diz MANZINI, embora de modo genérico, todos os objetos que entram nesta categoria. O critério para classificá-los é o da materialidade, das coisas e da obscenidade.”

¹⁰⁸ Cf. HUNGRIA, *op. cit.*, p. 317.

¹⁰⁹ Aníbal Bruno (*Direito penal...*, t. I, p. 227) aduz que “também a interpretação propriamente pode valer-se da analogia para entender o alcance de certos preceitos. Aí não temos analogia em sentido próprio, como processo de integração de lacuna do sistema, por ausência de norma, mas interpretação por analogia, que é o meio indicado para integrar o preceito dentro da norma, estendendo-o, como ele mesmo sugere, a situações análogas.

4.1.5.2 O erótico, o obsceno e o pornográfico: generalização e (in)definições

Diz-se que o art. 234 do CP trata do *lenocínio intelectual*,¹¹⁰ pois, assim como no delito de rufianismo, o agente vive à custa da prostituição, bem como explora e desfruta da meretriz, o sujeito ativo, no “crime em apreço, é também lenão, porque prostitui a arte e a ciência, explorando-as, oferecendo-as a outrem, de maneira que elas só poderão excitar-lhe a concupiscência e a sensualidade”.¹¹¹

De início, é importante notar que, nos comentários dos doutrinadores penais brasileiros que se dedicaram ao tema anteriormente à edição do ECA, os termos “erotismo”, “pornografia” e “obscenidade” são manejados sem maiores distinções conceituais.

Galdino Siqueira, ao considerar especificamente o escrito obsceno, assevera que “a obscenidade pode estar no conteúdo todo ou em parte do escrito, ou na apresentação exterior, na capa, quando continente de figuras pornográficas ou título imorais”.¹¹²

Para Jorge Severiano Ribeiro, “obscenidade e pornografia são termos equivalentes”.¹¹³

Hungria, embora implicitamente, segue a mesma orientação.¹¹⁴

Fragoso¹¹⁵ indica que a expressão obscena possui sentido pornográfico.

No escólio de Magalhaes Noronha,¹¹⁶ a pornografia e a obscenidade não se distinguem na medida em que ambas possuem a mesma finalidade de excitação sexual.

Isso ocorre quando a norma dispõe que o seu preceito, além dos casos especificados, se aplique também a *outros semelhantes*, usando esta expressão ou expressões equivalentes. Então, se completa o conteúdo da norma por meio de um processo de interpretação das expressões extensivas do preceito, levando-o, por analogia, a aplicar-se aos casos que se apresentem como semelhantes, segundo prescreve a própria norma. Trata-se, em verdade, de uma hipótese de interpretação extensiva, em que a própria lei manda que se estenda o seu conteúdo e fornece o critério para isso”.

¹¹⁰ A expressão é de Manzini, utilizada para desvelar o crime correlato, de que trata o *Código penale italiano*, e foi tomada por empréstimo por Magalhães Noronha (*Direito penal...*, v. 3, p. 291), em glosa ao art. 234 do CP.

¹¹¹ NORONHA, *loc. cit.*

¹¹² SIQUEIRA. *Tratado...*, t. III, p. 322.

¹¹³ RIBEIRO. *Código penal...*, v. 4, p. 170.

¹¹⁴ Assim: “Segundo nosso modo de ver, não padece dúvida que cumpre distinguir entre a crassa pornografia ou o escrito fescenino e as manifestações *realísticas* da arte literária, entre a pintura ou escultura torpe, que servem ao objetivo único da excitação erótica, e os quadros ou mármore a que a habilidade do artista, ao fixar nudezas, soube imprimir um tal cunho de beleza, que faz calar a subalterna emoção lúbrica.” (HUNGRIA. *Comentários...*, v. VIII, p. 321).

¹¹⁵ Em exame ao *caput* do art. 234 do CP, Fragoso (*Lições...*, v. 3, p. 543) aduz que “a lei penal tutela o pudor público, tendo em vista o perigo a que está exposto com a divulgação de escritos, estampas ou objetos pornográficos”; e, mais adiante, afirma: “Esse sentido pornográfico da obra, todavia, não pode ser aferido por uma ou outra passagem, sendo necessária uma apreciação de conjunto” (*Ibidem*, p. 546).

¹¹⁶ De acordo com Magalhães Noronha (*op. cit.*, p. 294), “é necessário, em se tratando de escrito, que as palavras importem referências capazes de suscitar ou excitar desejos sexuais grosseiros. Se é uma pintura, desenho etc., é mister também que a representação apresente igual caráter. Há casos em que a obscenidade e a pornografia são patentes; outros, entretanto, exigem acurado exame, pois não se pode afirmar, com segurança, o *propósito* sensual exclusivo, a exploração dos instintos baixos”.

Ocorre que também em publicações posteriores à edição do ECA, percebe-se que o “erotismo”, o “obsceno” e o “pornográfico” nem sempre são diferenciados.

Quanto à discriminação entre o obsceno e o pornográfico, Mirabete dá mostras de não ser ela relevante, pois cita julgado que “considerou crime expor à venda ‘chaveiros com desenhos e escritos de natureza pornográfica’ (JTACrSP 53/451)”.¹¹⁷

José Henrique Pierangeli e Carmo Antônio de Souza¹¹⁸ reportam-se à pornografia, à obscenidade e ao erotismo, mas sem lhes precisar as fronteiras conceituais.

Guilherme de Souza Nucci,¹¹⁹ igualmente, emprega os vocábulos “erótico”, “pornográfico” e “obsceno” sem explicitar o significado diferencial de cada um deles.

No magistério de Luiz Regis Prado, também não há distinções entre os aludidos conceitos, pois o autor equipara o escrito ou objeto obsceno ao material pornográfico¹²⁰ e aduz: “É oportuno aqui explicitar o conceito de *representação pornográfica*, ou de caráter obsceno: é toda aquela que possua uma tendência objetivada de excitar sexualmente e que procure envolver intensamente as pessoas que entrem com ela em contato num contexto sexual.”¹²¹

Constata-se, em suma, que a tradicional doutrina jurídico-penal brasileira não aprofunda as distinções conceituais que permeiam o erótico, o obsceno e o pornográfico: generaliza-as. No entanto, considerando que o “obsceno” — e somente ele — consta expressamente mencionado no art. 234 do CP, forçoso identificar o significado do termo, tal como exposto por aquele mesmo setor doutrinário.

4.1.5.3 O obsceno, especificamente

Malgrado constante no art. 233 (ato obsceno)¹²² e no art. 234 (escrito ou objeto obsceno) — tipos legais alocados no Capítulo VI (Do ultraje público ao pudor)¹²³ do Título VI

¹¹⁷ MIRABETE. *Manual...*, v. 2, p. 490.

¹¹⁸ “Se, em verdade, na arte verdadeira, inexistem obscenidades, não deve servir de meio para camuflar ou disfarçar uma torpe obscenidade, capaz de criar um estado anímico de volúpia sexual. [...]. Indispensável é um exame conjunto de toda a obra, isto é, uma apreciação objetiva do todo. Uma ou outra passagem, à beira do erotismo, não invalidam o conceito de obra artística, literária ou científica. Nem sempre será fácil, todavia, distinguir uma obra de arte de uma manifestação pornográfica.” (PIERANGELI; SOUZA. *Crimes sexuais...*, p. 166).

¹¹⁹ Escreve Guilherme de Souza Nucci (*Manual...*, p. 919) que “se tal conteúdo (erótico ou pornográfico) pudesse ser considerado obsceno, qualquer proprietário de uma *sex shop*, loja que comercializa produtos, abertamente, recolhendo impostos aos cofres públicos, deveria ser preso e processado como incurso no art. 234 do Código Penal”.

¹²⁰ PRADO. *Tratado...*, v. III, p. 258.

¹²¹ PRADO, *loc. cit.*

¹²² O dispositivo supracitado já foi transcrito nesta dissertação: cf. nr. 57 do Capítulo 3.

¹²³ “Tendo colocado, porém, este vocábulo [obsceno] debaixo do título — ‘Do ultraje público ao pudor’ — tal colocação, como adverte E. Gomez, autoriza a dizer que, para o legislador, ‘*lo obsceno debe ser, necesariamente, algo lesivo del pudor*’” — anota Jorge Severiano Ribeiro. (*Código penal...*, v. 4, p. 164).

da Parte Especial do CP — o conteúdo jurídico do termo *obsceno* não é estabelecido em um tipo explicativo.¹²⁴ A posição topológica do vocábulo, na codificação penal, enseja propostas de sua definição vinculadas a um outro, cujo significado também não é apodítico: o pudor.¹²⁵

Destarte, para se aproximarem do sentido penal do termo obsceno, os autores se referem ao *ato obsceno*¹²⁶ ou às *coisas obscenas*,¹²⁷ apoiando-se, não raro, em exemplos.¹²⁸

Ataca o tema frontalmente, no entanto, Everardo da Cunha Luna:

Que é o *obsceno*, que ofende o pudor? O obsceno é o fato de natureza sexual publicamente praticado e gravemente ofensivo ao pudor. Para que o fato seja considerado obsceno, é necessário que se faça uma valorização subjetiva conforme uma norma objetiva da sociedade. Defrontamos, portanto, uma lógica de valores, na qual é imprescindível a lógica do concreto.¹²⁹

A lição, conquanto de modo implícito, comunica-se com o magistério de Bento de Faria, que distingue entre atos *absolutamente* obscenos e *relativamente* obscenos. Sobre os primeiros, o autor aponta que o consenso geral descarta qualquer dúvida sobre a sua significação, irrelevante sejam realmente realizados ou se fingidos apenas: decorrem, pois, do pudor público, que há de resultar presumido na moralidade do meio social e do seu grau de

¹²⁴ “O Código não diz o que se deva entender por obsceno”, pontua Jorge Severiano Ribeiro (*Código penal...*, v. 4, p. 164).

¹²⁵ “Diz-se obsceno o ato que atrita, abertamente, grosseiramente, com o sentimento médio de pudor (*Schamgefühl des Normalmensch*, como dizem os autores alemães) ou com os bons costumes” — pontifica Hungria (*Comentários...*, v. VIII, p. 310). Para Guilherme de Souza Nucci (*Manual...*, p. 916), “obsceno é o que fere o pudor ou a vergonha (sentimento de humilhação gerado pela conduta indecorosa), tendo sentido sexual. Trata-se de conceito mutável com o passar do tempo e deveras variável, conforme a localidade”. No mesmo sentido, Cezar Roberto Bitencourt (*Tratado...*, v. 4, p. 230): “obsceno é o que ofende o pudor ou a vergonha, ou seja, um sentimento de repulsa e humilhação criado por um comportamento indecoroso.”

¹²⁶ Ato obsceno é, de acordo com Galdino Siqueira (*Tratado...*, t. III, p. 316), “o ato suscetível de provocar a reação psíquica correspondente à ofensa do sentimento do pudor próprio da média de nossa população”. Para Jorge Severiano Ribeiro (*loc. cit.*), “ato obsceno é o ato torpe, impudico, lascivo”. Segundo José Henrique Pierangeli e Carmo Antônio de Souza (*Crimes sexuais...*, p. 154), “por ato obsceno entende-se aquele que atrita aberta e grosseiramente com o sentimento de pudor dos moradores de uma determinada comunidade, em um determinado momento de sua evolução”.

¹²⁷ Bento de Faria (*Código penal...*, v. VI, p. 117) aponta que “o característico essencial da obscenidade é a imoralidade, embora nem sempre o que é imoral deva ser necessariamente obsceno. Assim entendida, a obscenidade se verifica quando o fato envolve ofensa àquele pudor [sexual], pela excitação dos instintos grosseiros e dos baixos apetites sexuais. Daí resulta que por coisas obscenas se entende as que, de conformidade com o sentimento comum, ofendem o pudor, em geral, isto é, o pudor *médio* apreciado em relação a cada um”.

¹²⁸ Mirabete (*Manual...*, v. 2, p. 486) escreve que “ato obsceno é o ato impudico, que tenha característica sexual em sentido amplo, real ou simulado, atritando com o sentimento médio de pudor,” e, em seguida, arrola farta casuística pinçada da jurisprudência: “são obscenos os atos: de bolinação em público (RT 420/248); de apalpar as nádegas (RT 537/332) ou os seios de alguém (JTACrSP 49/166); de levantar as saias de uma mulher (JTACrSP 21/360); de exhibir os órgãos genitais (JTACrSP 20/210); os *streaking* ou *chispada* (andar ou correr desnudo) (RT 484/318, 488/349, 495/332, 504/351, 515/363; JTACrSP 35/342, 37/248, 53/325); [...]”. André Estefam (*Direito penal...*, v. 2, p. 826), discorrendo sobre o crime de ato obsceno, arrola, entre outros, os exemplos seguintes: masturbação em público (TJMG, RTJ 60/175), correr nu em público ou simplesmente expor-se sem roupas para chocar os outros (RT 515, 363), relação sexual mantida em público (RJD, 21/83).

¹²⁹ LUNA. A arte e o obsceno..., p. 62.

civilização; os atos relativamente obscenos, por sua vez, são assim nem tanto porque portadores de uma imoralidade intrínseca, mas em razão das condições de sua prática e das circunstâncias do fato.¹³⁰

Mas, a existência de um sentido inequívoco quanto à obscenidade é bastante problemática, conforme ressalta Hungria:

A obscenidade deve ser apreciada *objetivamente*. Insustentável é a distinção que faz MANZINI entre atos *inequivocamente* (absolutamente) obscenos e atos *equivocadamente* (relativamente obscenos). O ato é obsceno *ictu oculi* ou não é obsceno. Nenhuma *subjetividade* ou circunstância *aliunde* pode intervir, como quer MANZINI, para completar o que o ato não exprime, inequivocamente, por si mesmo. Não se pode prescindir do ponto de vista estritamente objetivo: o *momento impudico* deve estar inserto, iniludivelmente, na materialidade do ato. Tome-se, por exemplo, o gesto do *fetichista*, acariciando os cabelos de uma mulher: é *subjetivamente* impudico, mas, na materialidade, não ofende o pudor público, não é uma exteriorização obscena. Não é necessário que o ato represente uma expansão erótica ou vise à excitação da lascívia alheia: desde que, sob o prisma objetivo, se apresente em colisão com o pudor público, ou idôneo a suscitar o sentimento comum de vergonha (*verecundia*), pouco importa que o agente, embora deva ter consciência disso, haja procedido, por exemplo, *jocandi animo* ou *demonstrandí causa* ou para exercer uma vingança, sem qualquer intuito de lubricidade.¹³¹

Ponto sobre o qual a doutrina jurídico-penal acentuadamente diverge¹³² — sempre em longas perorações, cuja extensão a pesquisa não comporta — é o que diz respeito à possibilidade de coexistência do artístico com a obscenidade; por apontar o que é nevrálgico ao dissídio, bem como por indicar-lhe solução moderada, calha, por todos, a lição de Fragoso:

Questão largamente debatida é a que concerne à possível obscenidade da obra literária, artística ou científica. Há, por um lado, os que afirmam que a arte nunca pode ser obscena. Por outro, há os que dizem não poder a arte justificar a obscenidade. Existem, a propósito, duas correntes. A primeira, objetivista, entende que somente se deve considerar a obra materialmente, na sua idoneidade, para ofender o pudor público (SCHÖENKE-SCHRÖEDER, KOHLRAUSCH-LANGE, SCHWARZ, OLSHAUSEN, MAURACH). Outra corrente defende um critério subjetivo, afirmando a obscenidade somente quando a obra é dirigida à excitação do instinto sexual, ou seja quando é intencionalmente pornográfica (LISZT-SCHMIDT, FRANK, BINDING, GERLAND). A razão nos parece estar com MEZGER (*Strafrecht*, p. 93) quando reúne os dois critérios. O simples propósito obsceno não basta, assim como não desculpa o propósito superior, se a obra ofende grosseiramente o pudor público.¹³³

¹³⁰ Nesse sentido: FARIA. *Código penal...*, v. VI, p. 109.

¹³¹ HUNGRIA. *Comentários...*, v. VIII, p. 310.

¹³² “No tocante às produções *literárias, científicas ou artísticas*, o tema da obscenidade fez-se, dentro e fora da doutrina e jurisprudência penais, um *caput tempestarum*. Há opiniões radicalmente antagônicas ao lado das moderadas”, reconhece Hungria (*Ibidem*, p. 317).

¹³³ FRAGOSO. *Lições...*, v. 3, p. 545.

Com efeito, opinam José Henrique Pierangeli e Carmo Antônio de Souza no sentido de que o art. 529, § 2º, do Código Penal italiano¹³⁴ “pôs um ponto final na polêmica”.¹³⁵ Forçoso convir que a solução apontada, alheia aos labirintos da filosofia estética, resolve a questão “apenas” juridicamente, ditando que a obra de arte *não será considerada obscena* a não ser que, por razões diferentes das do estudo, seja oferecida para venda, vendida ou de outra forma adquirida por uma pessoa com idade inferior a 18 anos. Logo, no dispositivo itálico, não se afirma que o obsceno e o artístico são, em razão de suas naturezas, compatíveis ou não: afirma-se, isso sim, que, sob determinadas circunstâncias específicas, uma mesma obra de arte pode ser, por força normativa, considerada obscena (*i.e.*, ao ser disponibilizada a pessoas com idade inferior a 18 anos para fins diversos de estudos) ou não (*i.e.*, ao ser disponibilizada a pessoas com idade inferior a 18 anos com escopo didático-pedagógico). No art. 234 do CP, ausente previsão semelhante, o campo doutrinário para cizânias a respeito do assunto é tão indisfarçável quanto aberto à diversidade de respeitáveis opiniões.

4.1.6 Figuras típicas equiparadas

Os incs. I, II e III do § 1º do art. 234 do CP estabelecem, tomando-se como referencial o *caput* do dispositivo, as figuras típicas equiparadas;¹³⁶ a elas aplicam-se o quanto já se abordou nos tópicos anteriores, bem como o quanto ainda será dito nos que estão a seguir.

Sublinhar particularidades a respeito do tópico, no entanto, é medida de rigor.

A primeira delas diz respeito ao núcleo “realizar”, que somente consta nos incs. II e III do § 1º do art. 234 do CP. Para efeitos da tipificação ora examinada, “realizar” traduz sobretudo a ideia de “pôr em prática”, “apresentar”.¹³⁷

¹³⁴ O dispositivo supracitado já foi transcrito nesta dissertação: cf. item 2.2.2.3 do Capítulo 2.

¹³⁵ PIERANGELI; SOUZA. *Crimes sexuais...*, p. 165.

¹³⁶ A inexistência de rubrica antecedente ao § 1º do art. 234 do CP gera, na doutrina, a ausência de consenso quanto à terminologia adequada ao dispositivo. Diz-se, então, em “outras modalidades delituosas” (SIQUEIRA. *Tratado...*, t. III, p. 324), “figuras típicas equiparadas” (JESUS. *Direito penal...*, v. 3, p. 182), “figuras equiparadas” (DELMANTO *et al.* *Código penal...*, p. 746), ou “formas equiparadas” (PRADO. *Tratado...*, v. III, p. 258) do delito de “escrito ou objeto obsceno”. Por sua vez, Hungria (*Comentários...*, v. VIII, p. 325-326) não maneja quaisquer dessas nomenclaturas: nomeia “espetáculos obscenos” o inc. II, e “audição ou recitação obscena” o inc. III. Segue-lhe, *in litteris*, Fragoso (*Lições...*, v. 3, p. 547-548), mas não Magalhães Noronha (*Direito penal...*, v. 3, p. 296), que prefere assinalar que no § 1º do art. 234 do CP estão tipificadas “ações físicas de outro gênero”.

¹³⁷ Segundo o *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*, o verbo “realizar” (de *real* + *-izar*) abrange, entre outros significados, os seguintes: “Tornar-se real, efetivo, existente; [...]”; 2. Pôr em prática; efetuar [...]; 4. Fazer, constituir, criar, [...]” — cf. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1986. p. 1.456. O exame do verbete “fazer” revela que ele também significa “executar” (*Ibidem*, p. 763). “Executar”, por sua vez, remete ao “representar, interpretar, encenar” (*Ibidem*, p. 739). Ademais, “representar” possui, entre seus vários significados, este: “exibir” (*Ibidem*, p. 1.489). Por fim, “exibir” quer dizer “mostrar, apresentar, expor” (*Ibidem*, p. 740). À vista disso, “realizar”, no art. 234 do CP, abrange desde a criação (importante para as representações

Ponto de destaque relacionado às figuras típicas equiparadas é o que concerne à publicização da expressão obscena.

No inc. I, ela deve ser disponibilizada (*i.e.*, vendida, exposta à venda ou distribuída) ao público.

Nos incs. II e III, ela não prescinde de ser realizada em lugar público ou acessível ao público.¹³⁸

A respeito desses lugares, Hungria comenta:

Segundo a clássica distinção de CHASSAN, os lugares públicos podem ser tais: a) *por natureza*; b) *por destino*; c) *por acidente*. Lugar público *por natureza* é o livre e permanentemente acessível a qualquer pessoa e a qualquer hora: as ruas, as praças, os cais, etc. Lugar público *por destino* é o acessível a *tout venant*, mas a certas horas ou sob certas condições (pagamento de um preço, cartão transferível de convite, etc.), *in exemplis*: os templos, os museus, as bibliotecas públicas, os teatros, circos e cinemas, os veículos de transporte de passageiros, os campos desportivos, os restaurantes e cafés, as farmácias, as *dancings*, cassinos e cabarés, as salas de exposição, etc. Lugar público *por acidente* é o eventual e temporariamente franqueado ao público, como, por exemplo, uma casa particular cedida para uma reunião eleitoral ou representação teatral.¹³⁹

Forte nessas distinções, o mesmo autor considera que o “lugar público” é o absolutamente público, ou o público “por natureza”; que o “lugar aberto ao público” compreende não só o lugar público “por destino”, como também o lugar público “por acidente”, e mesmo aquele aonde todos podem ir de fato, ainda que *sine jure* (*v.g.*, um caminho particular em que transita toda a gente, embora sem o consentimento do respectivo proprietário).¹⁴⁰

Jorge Severiano Ribeiro registra que, por lugar público, “deve entender-se, de um modo geral, aquele onde uma pessoa possa ser vista pelo público”:¹⁴¹ assim, incidem na lei penal atos e exhibições que, mesmo empreendidos em lugar “que se trate de propriedade privada [...], possam ser presenciados pelo público”.¹⁴² Com isso, supera-se a lacuna do art. 234 do CP relacionada ao “lugar acessível ao público”.¹⁴³

executadas *ex improviso*) até a exibição, em lugar público ou acessível, da expressão obscena, sobrelevando-se daí o sentido de publicização da representação obscena.

¹³⁸ Em geral, os autores comentam acerca dos lugares que ensejam a punição das obscenidades no art. 233 do CP, razão pela qual, ao abordarem o mesmo ponto no art. 234 do CP, fazem remissão às observações que lançaram naquele primeiro dispositivo.

¹³⁹ HUNGRIA. *Comentários...*, v. VIII, p. 311.

¹⁴⁰ Nesse sentido: *Ibidem*, p. 311-312.

¹⁴¹ RIBEIRO. *Código penal...*, v. 4, p. 166.

¹⁴² RIBEIRO, *loc. cit.*

¹⁴³ Note-se que, diferentemente do art. 233 do CP, no art. 234 do CP, inexistente menção ao “lugar aberto ao público” e ao “lugar exposto ao público”. Mas, “exposto ao público”, segundo Fragozo (*Lições...*, v. 3, p. 540), é o lugar “que, sem ser público nem aberto ao público, permite que um número indeterminado de pessoas vejam o que nele se passa, em virtude das condições em que se situa ou pelas circunstâncias em que o fato se desenrola (janelas abertas, etc.). Já aqui pode ser qualquer lugar, mesmo privado, exigindo-se apenas que seja possível a

É importante assinalar como os autores abordam a questão dos limites à punição das obscenidades, tomando-se em consideração o lugar, cujo caráter público não se desnatura, para os fins da lei penal, em razão de alguém ter de pagar entrada para acessá-lo.¹⁴⁴

Damásio Evangelista de Jesus assevera que “basta à caracterização do crime que haja a possibilidade de o ato obsceno ser presenciado por número indefinido de pessoas, sendo irrelevante se, no caso concreto, ninguém o assistiu”.¹⁴⁵

José Henrique Pierangeli e Carmo Antônio de Souza, no mesmo sentido, assinalam que não se faz necessário, para a configuração do delito, que o ato obsceno seja presenciado por alguém, sendo o bastante a possibilidade de sua visualização.¹⁴⁶

Hungria assevera que basta a possibilidade de ofensa ao pudor público, pois, segundo seu entendimento, pouco importa a ausência de testemunhas ou “que uma só pessoa o tenha presenciado e esta não se tenha sentido lesada no seu pudor”.¹⁴⁷

Existem, contudo, sutilezas doutrinárias que merecem ser trazidas à colação.

Bento de Faria é um desses autores que as enfrenta. Primeiro, adverte

que a publicidade deve resultar necessariamente da natureza do lugar ou como consequência do fato do próprio agente, e não do fato intencional de terceiro, quando destrói ou remove o que agente interpusera entre si e os olhos do público, ou de fato acidental ou imprevisível.¹⁴⁸

Depois, propõe esta reflexão:

Uma questão pode ocorrer, qual a de saber se deve ser considerado lugar aberto ou exposto ao público a dependência de uma casa quando é possível devassá-la das janelas do prédio vizinho, por forma a permitir a visão dos atos obscenos quando ali, porventura, sejam praticados.

Adoto a solução negativa, tendo em vista os termos da nossa lei e a inteligência que, a meu ver, lhe deve ser emprestada.

Evidentemente, aí se alude a natureza do lugar — público, aberto ao público ou exposto ao público, isto é, possivelmente acessível às vistas de *qualquer pessoa* (*quisque de populo*) e não de *alguma pessoa*.

Assim, não basta que o ato praticado em um lugar privado possa ser visto por outro lugar da mesma natureza.

Não assim, porém, quando se verificasse a possibilidade de ser visto *pelo público*.¹⁴⁹

qualquer pessoa devassá-lo com a vista, podendo aí incluir-se automóveis”. Por essa interpretação, denota-se que aquilo que está exposto ao público pode também estar, por conseguinte, a ele “acessível”, nos termos da expressão utilizada no art. 234 do CP.

¹⁴⁴ Nesse sentido: RIBEIRO. *Código penal...*, v. 4, p. 166.

¹⁴⁵ JESUS. *Direito penal...*, v. 3, p. 103.

¹⁴⁶ Nesse sentido: PIERANGELI; SOUZA. *Crimes sexuais...*, p. 158.

¹⁴⁷ HUNGRIA. *Comentários...*, v. VIII, p. 313.

¹⁴⁸ FARIA. *Código penal...*, v. VI, p. 114.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 115.

Magalhães Noronha, igualmente, obtempera distinções, vindo a ressaltar que a lei penal não exige

[...] que o ato seja *efetivamente* visto. Basta a *possibilidade* de ver-se, o que, naturalmente, varia conforme o lugar. Em se tratando de rua ou praça, pouco importa que o ato seja praticado altas horas da noite, pois são transitadas a qualquer hora. Se for o lugar aberto ao público, v.g., um teatro, mister ser o ato obsceno realizado quando ali se encontrarem pessoas, não existindo o delito quando ele estiver fechado e deserto. Se, finalmente, for o lugar exposto ao público, é necessário haver *visibilidade* quando da prática do ato. Todavia, mais uma vez se diz que a publicidade se refere ao lugar e não à presença de pessoas. Estas podem estar ausentes, embora uma, pelo menos, seja necessária para a prova, desde que não se contente o julgador com a confissão do sujeito ativo.

A publicidade pode deixar de existir, para os efeitos legais, por determinadas circunstâncias. Assim, um terreno ermo e longínquo, não obstante ser lugar público acessível a todos, não oferece a publicidade requerida. Por outro lado, ainda que público o lugar, se a *possibilidade* de ver o ato é nula, como, p. ex., pela escuridão completa e total, não se configurará o crime.

Concluindo, é o ato obsceno um *crime de perigo*, por integrar-se com a *possibilidade* de ofensa ao pudor público.¹⁵⁰

Fragoso,¹⁵¹ por sua vez, admite que não haverá crime, conquanto público o lugar, “se o ato for praticado em lugar sem iluminação e de acesso difícil ou raramente frequentado”.

André Estefam¹⁵² minimiza a referência quanto ao lugar da infração: aferra-se à própria ofensa ao pudor, combinando o momento, o local e o contexto em que a conduta é praticada; assim, anota:

Pode-se considerar como subsumida ao tipo penal, por exemplo, a conduta da pessoa que, em movimentada praça onde brincam crianças, anda nua. O mesmo não ocorrerá, todavia, se o ato se der numa praia de nudismo. Pense, ainda, num grupo de várias mulheres com seios expostos. Não existirá crime algum se isso ocorrer durante um desfile de carnaval.

Para Jorge Severiano Ribeiro, a importância do lugar do crime deve ser relativizada em razão do próprio comportamento da pessoa que, de forma deliberada, acessa a expressão obscena, uma vez que a “lei aqui visa a proteger o público e não a pessoa vítima do ato obsceno”;¹⁵³ mesmo assim, o autor, com apoio em E. Diaz, ainda destaca que, “se o ato foi presenciado, não involuntariamente, mas *voluntariamente* pelo espectador, que procurou ver a cena, *el hecho escapa a la represión*”.¹⁵⁴

¹⁵⁰ NORONHA. *Direito penal...*, v. 3, p. 288-289.

¹⁵¹ FRAGOSO. *Lições...*, v. 3, p. 540.

¹⁵² ESTEFAM. *Crimes sexuais...*, p. 151.

¹⁵³ RIBEIRO. *Código penal...* v. 4, p. 167.

¹⁵⁴ RIBEIRO, *loc. cit.*

Em arremate à questão da publicidade da expressão obscena segundo o modelo exegético tradicional, cabe apenas lembrar que não podem, por óbvio, ser contabilizadas, no lugar público ou acessível ao público, indicados na tipificação legal, as pessoas que diretamente estão envolvidas com a representação teatral, com a exibição cinematográfica, com o espetáculo, qualquer que seja, com a audição e com a recitação. “Claro que as pessoas copartícipes na representação, exposição, etc., não geram, por si, a *publicidade*. Não pode ter o pudor ofendido quem o ofende”,¹⁵⁵ conforme observa Magalhães Noronha.

No que tange às mídias pelas quais a expressão obscena deve vir a público, pode-se assegurar que elas variam conforme os diversos incisos arrolados no § 1º do art. 234 do CP.

As do inc. I são, por expressa determinação legal, as mesmas referidas no *caput* do art. 234, acerca das quais já foram dedicadas explicações (cf. item 4.1.5.1, *supra*).

O inc. II alude à representação teatral e à exibição cinematográfica de caráter obsceno, bem como qualquer outro espetáculo, que tenha o mesmo caráter.

Félix Lope de Vega y Carpio (Madrid, 1562 - Madrid, 1636), imenso vulto do teatro espanhol, dizia que, para ele, eram suficientes “quatro cavaletes, quatro pranchas, dois atores e uma paixão”.¹⁵⁶ A lei penal, abstraindo todas as complexidades¹⁵⁷ inerentes ao teatro, menos ainda exige à configuração do crime, pois, consoante Hungria, na dicção do art. 234, § 1º, inc. II, do CP, “*representação teatral* é o espetáculo em que uma ou mais pessoas (atores profissionais ou amadores), gratuita ou onerosamente, se propõe a recrear o público”.¹⁵⁸ Assim, a expressão “representação teatral” não é manejada em sentido técnico, mas em acepção ampla, conforme assinala Galdino Siqueira.¹⁵⁹ Portanto, “representação teatral” abarca, para a doutrina

¹⁵⁵ NORONHA, *Direito penal...*, v. 3, p. 297.

¹⁵⁶ LOPE DE VEGA *apud* PINHEIRO, Lenise. *Fotografia de palco II*. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2015. p. 7.

¹⁵⁷ “Seguramente, nenhuma outra arte tem estimulado, como o teatro, a especulação teórica de tão grande variedade de pessoas de outras esferas de interesse. Ela é feita por filósofos e teólogos, retóricos e gramáticos, músicos, pintores, poetas e — mais recentemente — sociólogos e cientistas políticos, antropólogos e historiadores da cultura, psicólogos, linguistas e matemáticos. Por trás de cada teórico, ergue-se todo um mundo intelectual e, não raro, uma disciplina absolutamente não teatral, com conceitos, vocabulário e uma sólida tradição que nada têm a ver com o teatro, mas dentro dos quais se desenvolveu uma preocupação teórica específica com essa arte. [...] A palavra ‘teatro’ [...] em inglês, faz-se frequentemente distinção entre ‘drama’ e ‘teatro’, sendo drama o texto escrito e teatro o processo de representação.” (CARLSON, Marvin. *Teorias do teatro: estudo histórico-crítico dos gregos à atualidade*. Tradução de Gilson César Cardoso de Souza. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1997. p. 10).

¹⁵⁸ HUNGRIA. *Comentários...*, v. VIII, p. 325.

¹⁵⁹ Galdino Siqueira (*Tratado...*, t. III, p. 324) afirma que a expressão “representação teatral”, no art. 234 do CP, “é tomada não no sentido restrito, mas amplo, de representação pública em qualquer parte, mesmo de exercícios públicos, ao ar livre, podendo ter o caráter dramático, lírico, coreográfico, pantomímico, acrobático, ginástico, de jogos de força ou de habilidade, de ocultismo, de magnetismo, mesmerismo, espiritismo, faquirismo, etc.”.

tradicional, as “comédias e bailados”,¹⁶⁰ “a revista e a ópera”,¹⁶¹ bem como o espetáculo circense, que, para efeitos do preceito, “é uma variante da representação teatral”.¹⁶²

Aliás, tão genérico o sentido da expressão “representação teatral”, que ela não se volta apenas em desfavor da ação ocorrida em um teatro: “não só neste, mas em outros lugares, o espetáculo pode ser efetivado, como no palco dos ciganos”,¹⁶³ bem como “pode realizar-se em casa particular cedida para este fim e até mesmo em céu aberto”.¹⁶⁴ Basta, destarte, para o art. 234, § 1º, inc. II, do CP, seja a representação teatral exibida em lugar público ou acessível ao público, sendo que, com referência ao acesso à representação exibida, é de todo indiferente “a entrada seja gratuita ou mediante pagamento, contanto que seja permitida ao público”.¹⁶⁵ Não custa assinalar, com apoio em Celso Delmanto e outros, que “o ato com conotação sexual pode ser real ou simulado”.¹⁶⁶

Mister salientar, ademais: se, no *caput* e no § 1º, inc. I, do art. 234 do CP, a conduta recai sobre objetos ou escritos obscenos, de outro lado, no inc. II, descrito no mesmo preceito, ela se desenvolve mediante a “ação impudica realizada”.¹⁶⁷ Nessa esteira, atente-se que “já não é preciso seja o ato obsceno — basta que tenha o caráter obsceno”,¹⁶⁸ relevando também sublinhar, conforme pontua Fragoso, que, para fins delitivos, “serão coautores todos os que participam do espetáculo ou o promovem ou o dirigem”.¹⁶⁹

A exegese tradicional dispensada ao alcance da expressão “exibição cinematográfica”, inserta no mesmo art. 234, § 1º, inc. II, do CP, segue a mesma diretriz. Por isso, o quanto acima fora explicitado aplica-se inteiramente às “fotografias animadas”,¹⁷⁰ à “projeção do filme, película ou fita”.¹⁷¹ Evidente que isso deve ser assim porque, na representação teatral, a cena é exprimida ao vivo para a plateia, ao passo que, na “exibição cinematográfica”, o público assiste à cena que lhe chega aos sentidos em razão de meios mecânicos de transmissão.

Na parte final do ora estudado inc. II, a lei penal ainda faz remissão a “outro espetáculo”. Na locução cabem todas as atividades perpetradas com apoio nas sete artes: a

¹⁶⁰ FARIA. *Código penal...*, v. VI, p. 122.

¹⁶¹ NORONHA. *Direito penal...*, v. 3, p. 296.

¹⁶² HUNGRIA. *Comentários...*, v. III, p. 325.

¹⁶³ NORONHA, *loc. cit.*

¹⁶⁴ HUNGRIA, *loc. cit.*

¹⁶⁵ FARIA. *loc. cit.*

¹⁶⁶ DELMANTO *et al.* *Código penal...*, p. 742.

¹⁶⁷ NORONHA. *loc. cit.*

¹⁶⁸ RIBEIRO. *Código penal...*, v. 4, p. 173.

¹⁶⁹ FRAGOSO. *Lições...*, v. 3, p. 548.

¹⁷⁰ SIQUEIRA. *Tratado...*, t. III, p. 324.

¹⁷¹ NORONHA, *loc. cit.*

Literatura, a Música, a Ópera, a Dança, o Teatro, as Artes Plásticas e o Cinema (a forma de arte própria do século XX); tão elástica a fórmula, que é capaz de abranger, inclusive, *shows*,¹⁷² quadros vivos,¹⁷³ além de reuniões e sessões.¹⁷⁴ No particular, portanto, a “enumeração da lei é exemplificativa”,¹⁷⁵ com indiscutível abertura à interpretação analógica ou *intra legem*.¹⁷⁶

Por seu turno, o inc. III do § 1º do art. 234 do CP faz expressas referências à audição e à recitação de caráter obsceno, que podem ser proclamadas ao vivo ou pelo rádio.¹⁷⁷ O preceito penal, portanto, diz respeito ao “ato de fazer ouvir a um número indeterminado de pessoas”¹⁷⁸ manifestações que podem “ser vocais, diretamente entre quem fala e os que ouvem, ou por meios mecânicos (radiodifusão, gramofone, fonógrafo, microfone) ou outros semelhantes, igualmente idôneos”.¹⁷⁹ O âmbito da tipificação abrange “os discursos, as conferências, narrações, cantos, etc.”,¹⁸⁰ pouco importando a quem possa ser atribuída a autoria da produção intelectual levada a público: para os fins do tipo legal, é indiferente seja ela da mesma pessoa que a profere ou de outrem.¹⁸¹

“Há, porém, uma diferença entre audição e recitação: aquela pode ser feita em lugar diverso daquele em que é recebida (mediante radiodifusão, alto-falante, etc.), ao passo que a última é feita diretamente *coram populo*”,¹⁸² conforme distingue Hungria. Nada impede, contudo, que dado meio de expressão seja — de acordo com a observação de Magalhães Noronha — “ao mesmo tempo, audição e recitação, quando feito no auditório de uma radiotransmissora: audição para os que aí não se encontram; recitação para os que ouvem e veem pessoalmente o orador”.¹⁸³

¹⁷² JESUS. *Direito penal...*, p. 183.

¹⁷³ FARIA. *Código penal...*, v. VI, p. 122.

¹⁷⁴ NORONHA. *Direito penal...*, v. 3, p. 296.

¹⁷⁵ NORONHA, *loc. cit.*

¹⁷⁶ Cf. JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*: volume 1: parte geral. 20. ed. rev. e atual. 1997. p. 44-45.

¹⁷⁷ Note-se que o dispositivo não menciona a televisão. Sem embargo, Mirabete (*Manual...*, v. 2, p. 491) anota que rádio “inclui a televisão”. Segundo Frago (Lições..., v. 3, p. 548), a televisão também está, “sem dúvida”, abarcada nas figuras típicas equiparadas, todavia, no art. 234, § 1º, inciso II, pois o dispositivo faz referência a “outros espetáculos obscenos”. Magalhães Noronha (*loc. cit.*), na mesma esteira e em comentário ao mesmo inc. II, anota que, no preceito, “a enumeração da lei é exemplificativa, visto mencionar *qualquer outro espetáculo*, em que se compreendem reuniões, sessões, etc. Abrange também a televisão, que é *espetáculo*. Como no cinema sonoro, apresenta projeção de imagem e emissão de som”. Esta última solução é preferível, malgrado a divergência doutrinária não tenha efeitos práticos, porquanto os incs. II e III sujeitam o agente a uma mesma penalidade.

¹⁷⁸ HUNGRIA. *Comentários...*, v. VIII, p. 326.

¹⁷⁹ FARIA. *loc. cit.*

¹⁸⁰ MIRABETE. *loc. cit.* A doutrina ainda inclui, no âmbito do dispositivo, “a dicção de uma novela” (NORONHA, *op. cit.*, p. 297), bem como “a pregação, canção ou leitura de qualquer produção literária ou notícia de acontecimentos”. (HUNGRIA, *op. cit.*, p. 327).

¹⁸¹ Nesse sentido: SIQUEIRA. *Tratado...*, t. III, p. 325.

¹⁸² HUNGRIA, *loc. cit.*

¹⁸³ NORONHA. *Direito penal...*, v. 3, p. 297.

A audição, assim, pode perfeitamente ser “transmitida ao público, embora de um lugar que não seja público”.¹⁸⁴ Ademais, sequer a presença física de quem a promove é imprescindível à caracterização do crime, pois pode ocorrer de a conduta ser empreendida “mediante o uso de fonógrafo, vitrola, etc., desde que postos a funcionar em lugar público ou acessível ao público”.¹⁸⁵ Com isso, resta claro que é indiferente ao tipo legal seja a produção sonora difundida por execução presencial de quem a transmite ao público ou mediante o emprego de qualquer meio mecânico apto à sua propagação.¹⁸⁶

Diante do exposto, nota-se que, nas figuras típicas equiparadas, o desígnio primacial do codificador penal foi coibir a efetiva *publicização* das expressões obscenas: este, enfim, o sentido teleológico que unifica os três incisos constantes no § 1º do art. 234 do CP.

4.2 Tipo subjetivo

O crime de “escrito ou objeto obsceno”, em qualquer de suas modalidades, é essencialmente doloso.¹⁸⁷

Isso considerado, Magalhães Noronha sublinha:

O agente deve querer executar a ação e ter consciência da obscenidade. Vontade de ofender o público e vontade de expor, distribuir, realizar espetáculo, etc. são coisas diversas. A lei contenta-se com a última, não exigindo o intuito da ofensa ao pudor público. Para apreciação do dolo é irrelevante a opinião do agente sobre a obscenidade da ação.¹⁸⁸

Quanto ao *caput* do art. 234 do CP, cabe distinguir: compõem o “tipo subjetivo: o dolo e o elemento subjetivo do tipo indicado pelo especial fim de agir (para comércio, distribuição ou exposição pública)”,¹⁸⁹ conforme assinalam Celso Delmanto e outros. Todavia, é importante frisar que o especial fim de agir somente é exigível nesse preceito.¹⁹⁰ Referido fim especial traduz “elemento subjetivo do tipo específico [que] é a vontade de comercializar, distribuir ou expor algo que possa ofender a moralidade pública no campo sexual”,¹⁹¹ conforme aponta Guilherme de Souza Nucci. Assim, segundo José Henrique Pierangelli e Carmo Antônio

¹⁸⁴ FARIA. *Código penal...*, v. VI, p. 122

¹⁸⁵ NORONHA. *Direito penal...*, v. 3, p. 297.

¹⁸⁶ Cf. SIQUEIRA. *Tratado...*, t. III, p. 325.

¹⁸⁷ No particular, a doutrina é uníssona — cf., por todos, ESTEFAM. *Crimes sexuais...*, p. 158: “tipo subjetivo — o crime somente é punido na forma dolosa. É necessário consciência e vontade de realizar os componentes incriminados.”

¹⁸⁸ NORONHA. *loc. cit.*

¹⁸⁹ DELMANTO *et al.* *Código penal...*, p. 745. Os autores ainda ressaltam: “não é punível a conduta para uso próprio” (DELMANTO *et al.*, *loc. cit.*)

¹⁹⁰ Nesse sentido: JESUS. *Direito penal...*, v. 3, p. 183.

¹⁹¹ NUCCI. *Manual...*, p. 918.

de Souza, “quando a conduta é orientada pelo fim de comércio, o lucro também se insere entre os elementos subjetivos do tipo”.¹⁹² Em sentido diverso, Magalhães Noronha afirma que, para o delito *sub examinem*, “indiferente é o fim de lucro”,¹⁹³ assim como é indiferente o fato de o agente possuir o escrito ou objeto obsceno “para fim clandestino”.¹⁹⁴

De qualquer forma, em todas as suas modalidades, o crime comporta o dolo eventual,¹⁹⁵ o que se dá, nos termos do art. 18, inc. I, *in fine*, do CP,¹⁹⁶ quando o agente assume o risco do resultado, advindo da prática de conduta que sabia ou podia estimar fosse obscena. Ao crime é irrelevante que a representação publicada ofenda ou não o pudor do próprio agente,¹⁹⁷ uma vez que à caracterização do delito importa se o escrito ou objeto obsceno, descrito no *caput* ou nas figuras típicas equiparadas do art. 234 do CP, detenha o potencial de ofender o “sentimento de pudor da média da sociedade”.¹⁹⁸

Na doutrina tradicional, os autores que dissertaram sobre o art. 234 do CP em momento anterior à reforma da Parte Geral do CP, operada pela Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, pontificavam que o “dolo genérico”¹⁹⁹ estava presente em todos os preceitos da disposição, enquanto que o “dolo específico”²⁰⁰ se fazia pertinente apenas ao *caput* do citado artigo. Malgrado a desatualização da terminologia manejada,²⁰¹ compete destacar que, após

¹⁹² PIERANGELI; SOUZA. *Crimes sexuais...*, p. 167.

¹⁹³ NORONHA. *Direito penal...*, v. 3, p. 298.

¹⁹⁴ A propósito, discorre Magalhães Noronha (*loc. cit.*): “se o agente tiver a coisa para *fim clandestino* cometerá igualmente o crime. A lei não distingue. Além disso, deve ter-se em vista que a clandestinidade é um dos meios de evitar a repressão legal e não cremos que a lei a possa tolerar. Depois, porque a regra é a clandestinidade do comércio, estranho sendo que o legislador fosse se ocupar somente com a exceção. Finalmente, ao argumento de que em tal espécie de comércio não há publicidade, pode objetar-se que quem, p. ex., vende clandestinamente livros obscenos não deixa de *divulgá-los*, isto é, torná-los públicos, ainda que o ato se dê às ocultas, sendo de considerar-se, aliás, que para o delito em espécie basta o *perigo de publicidade*.”

¹⁹⁵ Mirabete (*Manual...*, v. 2, p. 491) frisa, baseado em jurisprudência (*i.e.*, JTACrSP 34/441): “pouco importa a opinião do agente a respeito da obscenidade, podendo haver, no caso, ao menos o dolo eventual”.

¹⁹⁶ “Art. 18 - Diz-se o crime:

Crime doloso

I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;

[...].”

¹⁹⁷ Nesse sentido: NORONHA, *op. cit.*, p. 297.

¹⁹⁸ NORONHA, *loc. cit.*

¹⁹⁹ Mencionado expressamente por Bento de Faria (*Código penal...*, v. VI, p. 125): “O *elemento psíquico* é expresso pelo *dolo genérico*, consistente na vontade livre e consciente de realizar qualquer dos atos referidos pela preceituação em apreço, sabendo o agente, ou devendo saber, serem os mesmos obscenos.”

²⁰⁰ Mencionado expressamente por Bento de Faria (*loc. cit.*): “Em se tratando, porém, de qualquer das práticas indicadas na primeira parte do artigo supra (fabricação, importação, exportação, aquisição ou guarda), é mister também a demonstração do *dolo específico*, pois aí se dispõe que esses atos devem ser realizados para fins determinados (comércio, distribuição ou exposição pública).” No mesmo sentido Fragoso (*Lições...*, v. 3, p. 547): “Nas hipóteses previstas na cabeça do art. 234 (fazer, importar, exportar, adquirir ou ter sob sua guarda), é indispensável o *dolo específico*, que é o fim de comércio, distribuição ou exposição pública. Se não houver este especial fim de agir, não haverá crime.”

²⁰¹ A Lei nº 7.209/1984 — ao instituir a nova Parte Geral ao CP — do que se infere do item 17 da Exposição de Motivos, acolheu a teoria finalista da ação, ante a manifesta referência aos postulados da “teoria limitada da culpabilidade”. Nesse sentido: JESUS. *Comentários...*, v. 1, p. 37.

referida reforma, os autores contemporâneos já não empregam as expressões “dolo genérico” e “dolo específico”, mas se referem ao “dolo” e à “finalidade específica”; assinalada a ressalva, cabe invocar Hungria, cujo escólio sintetiza todo o conteúdo do tópico:

Dolo. O elemento subjetivo, nas modalidades do crime previsto no art. 234 e seu parág. único, é a vontade de praticar a ação descrita na lei, conhecendo a obscenidade do escrito, objeto, espetáculo, etc. No *caput* do art. 234, o dolo especifica-se pelo *fin* “de comércio, de distribuição ou de exposição pública”. Devendo a obscenidade, como já acentuamos, ser apreciada do ponto de vista objetivo, irrelevante será a *opinião* do agente sobre a inexistência da potencialidade ofensiva ou indecência do escrito, objeto, espetáculo, etc., em relação ao sentimento comum do pudor. Não pode deixar de haver, no caso, pelo menos dolo eventual. É indiferente que haja, ou não, o intuito de ofensa ao pudor público. Ainda que o agente tenha procedido exclusivamente *lucri faciendo causa*, o crime existirá.²⁰²

À vista do exposto, urge arrematar: uma vez que ausente qualquer previsão legal no sentido de autorizar que a imprudência, a negligência ou a imperícia possam consubstanciar o tipo subjetivo, o delito de escrito ou objeto obsceno, em quaisquer de suas modalidades, jamais pode ser punido a título de mera culpa, ante a dicção do art. 18, parágrafo único, do CP.²⁰³

4.3 Consumação e tentativa

A *communis opinio doctorum* tradicional considera que tipo objetivo de “escrito ou objeto obsceno” se aperfeiçoa com a prática das ações tipificadas no art. 234 do CP. Por conseguinte, desde essa perspectiva, em quaisquer de suas modalidades, o delito dispensa, para a sua consumação, a efetiva ofensa ao pudor público.²⁰⁴

²⁰² HUNGRIA. *Comentários...*, v. VIII, p. 327.

²⁰³ “Art. 18. Diz-se o crime:

[...];

Crime culposo

II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

Parágrafo único. Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.”

²⁰⁴ Segundo Damásio Evangelista de Jesus (*Direito penal...*, v. 3, p. 183), “o crime consuma-se com a realização de qualquer das condutas dentre as alternativas descritas. Não é necessário, para a configuração do momento consumativo do delito, que alguém tenha acesso ao escrito ou objeto obsceno, nem que o pudor público seja efetivamente atingido. Basta a possibilidade de que tal aconteça”. Em igual sentido: SIQUEIRA. *Tratado...*, t. III, p. 325; BITENCOURT. *Tratado...* v. 4, p. 235; DELMANTO *et al.* *Código penal...*, p. 745. Mirabete (*Manual...*, v. 2, p. 492), de sua vez, considera: “consume-se o crime com a prática de qualquer das condutas enumeradas no dispositivo, desde que presente a finalidade específica de divulgação, comércio, etc. Trata-se, porém, de crime de perigo (RT 292/383), bastando à consumação a potencialidade da ofensa ao pudor público. Ocorre o crime ainda que não tenha havido a vontade do agente de lesar o sentimento de moralidade médio (RT 533/352).”

Ademais, tanto as condutas previstas no *caput* do art. 234 do CP quanto as descritas nos três incisos que compõem o seu § 1º²⁰⁵ comportam fracionamento e, por isso, compatibilizam-se à possibilidade de tentativa,²⁰⁶ malgrado em casos excepcionais.²⁰⁷ É que todos os núcleos enumerados no tipo legal são de atividade e plurissubsistentes,²⁰⁸ dados que permitem interrupção do *iter criminis* por motivos alheios à vontade do agente, em qualquer momento posterior ao início da execução do delito,²⁰⁹ nos termos do art. 14, inc. II, do CP.²¹⁰

4.4 Sanção penal

O preceito secundário do art. 234 do CP não impõe às condutas proibidas no crime de “escrito ou objeto obsceno”, necessariamente, a pena privativa de liberdade.

²⁰⁵ Fragoso (*Lições...*, v. 3, p. 544-545) distingue, no que tange ao particular, entre o *caput* e o § 1º do art. 234 do CP: “o crime consuma-se com a fabricação, importação, exportação, aquisição ou guarda dos escritos obscenos, estampas etc. [...]. Como se vê, o crime é de *perigo*, porque não se exige que haja efetiva ofensa ao pudor público, bastando a probabilidade de tal ofensa. [...]. O parágrafo único do art. 234 C.P. equipara, para mesma punição, a venda, distribuição ou exposição à venda ou ao público, das mesmas coisas obscenas previstas no *caput* do dispositivo legal em exame (escrito, desenho, etc.). Já aqui pune a lei a efetiva publicidade, ao passo que anteriormente incriminava apenas atos preparatórios de tal publicidade. A tentativa é possível.”

²⁰⁶ Cf. ESTEFAM. *Crimes sexuais...*, p. 159; bem como cf. PIERANGELI; SOUZA. *Crimes sexuais...*, p. 168.

²⁰⁷ A propósito, pontifica Magalhães Noronha (*Direito penal...*, v. 3, p. 298): “o delito consuma-se quando executada uma das ações enumeradas no dispositivo: fazer, importar, vender, realizar representação teatral etc. Ditas ações são diferentes e, portanto, necessário é que, em cada caso concreto, se verifique se respectiva ação foi executada, de modo que possa dizer consumado o crime. Trata-se de *crime de perigo*, o que, entretanto, não impede a tentativa. [...]. Impossível, ou pelo menos, muito difícil, nos parece a tentativa nas hipóteses de vender, distribuir, ou expor à venda ou ao público, porque antes dessas ações, o culpado, em regra, já *fez, importou, exportou, adquiriu* ou *tem sob sua guarda* ou disponibilidade o escrito ou objeto obsceno, ações que, em vista da finalidade efetiva (quando bastava estar apenas no intuito do agente), já constituem crime consumado.” Quanto ao verbo “realizar”, dos incs. I e II do § 1º do art. 234 do CP, a tentativa é possível desde que a representação, a audição, a recitação ou outro espetáculo não venham a público *ex improviso*.

²⁰⁸ Cf. ESTEFAM. *Direito penal...*, v. 2, p. 831; MASSON. *Direito penal...*, v. 3, p. 163; MIRABETE. *Manual...*, v. 2, p. 492.

²⁰⁹ Em comentário ao art. 234, *caput*, do CP, Cleber Masson (*loc. cit.*) aduz: “cuida-se de crime formal, de consumação antecipada ou de resultado cortado. Consuma-se com a realização de qualquer das condutas legalmente descritas, independentemente da produção do resultado naturalístico, pois a lei utiliza a expressão ‘para fim de comércio, de distribuição ou de exposição pública’. O escrito ou objeto obsceno também é crime de perigo abstrato, pois a lei presume a probabilidade de ofensa ao pudor público e dispensa a sua efetiva lesão.” É em parte divergente o escólio de Luiz Regis Prado (*Tratado...*, v. III, p. 258), pois compreende que o delito é de *mera atividade*; no mais, esse mesmo autor não descarta a possibilidade da tentativa no crime do art. 234 do CP, em quaisquer de suas modalidades, bem como entende que o “delito se consuma no momento em que é realizada qualquer das ações representadas pelos verbos-núcleo do tipo” (*Ibidem*, p. 260) e assinala que “não há necessidade de que alguma pessoa tenha acesso ao objeto ou à ação obscena, já que se trata de delito de perigo, sendo suficiente o dano potencial ao pudor público” (PRADO, *loc. cit.*). Registre-se, ademais, que também Damásio Evangelista de Jesus (*Direito penal...*, v. 3, p. 183) especifica a natureza do “perigo” referente ao crime, reputando-o “abstrato porque o legislador presume o perigo ao pudor público em face da realização de qualquer das condutas incriminadas”.

²¹⁰ “Art. 14. Diz-se o crime:

Crime consumado

I - consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal;

Tentativa

II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.”

A cominação em abstrato da pena prevista ao delito, em seu mínimo, permite a aplicação isolada da pena de multa, uma vez que, conforme expressa dicção do dispositivo, ela é alternativa à detenção;²¹¹ já essa modalidade sancionatória, pode variar de seis meses a dois anos.²¹²

É válido assinalar que as referidas penas são comuns tanto às condutas elencadas no *caput* do art. 234 quanto àquelas constantes nas figuras equiparadas, arroladas nos três incisos que consubstanciam os termos de seu § 1º.

4.5 Aspectos processuais penais

Com redação dada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006, o art. 61 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, estabelece que “consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa”.

Portanto, em razão da pena máxima que lhe é *in abstracto* cominada, o processo e julgamento do crime de “escrito ou objeto obsceno” — seja com relação ao *caput* do art. 234 do CP, seja com relação às figuras típicas equiparadas, previstas nos incs. I, II e III do § 1º do citado dispositivo — devem, em princípio,²¹³ ocorrer perante os Juizados Especiais Criminais

²¹¹ Cabe notar que, se o agente atender aos requisitos do art. 44 do CP, poderá, mesmo que condenado à privação de liberdade, ter a pena substituída por outra, restritiva de direitos, e, desde que não seja indicada ou cabível essa mesma substituição, vê-la então suspensa, nos termos do art. 77 do mesmo Diploma legal.

²¹² Somente em hipóteses excepcionadíssimas, o regime inicial de cumprimento da pena imposta ao agente condenado pela prática de quaisquer das condutas do art. 234 do CP será o fechado. É que, pelo que se extrai das Súmulas 269 do STJ (“É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais”) e 719 do STF (“A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea”), o regime semiaberto constitui o limite para o início do cumprimento de pena ao condenado reincidente em crime doloso, cuja sanção suportada *in concreto* foi inferior a quatro anos. Assim, a aplicação de pena privativa de liberdade em regime inicial fechado ao condenado incurso no art. 234 do CP representa, a rigor, apenas uma possibilidade “em tese”, de quase inimaginável verificação empírica.

²¹³ De acordo com os termos do art. 62 da Lei nº 9.099/1995 (com a redação se lhe estabelecida pela Lei nº 13.603, de 9 de janeiro de 2018): “O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade.” Quer isso significar, em termos pragmáticos, que a competência *ratione materiae* própria dos Juizados Especiais Criminais pode ser alterada desde que as particularidades da espécie o exijam. Nesse sentido, se a complexidade ou circunstâncias do caso não permitirem a formulação da denúncia, o Ministério Público poderá requerer ao Juiz o encaminhamento das peças existentes ao Juízo Comum, nos termos do art. 77, § 2º, da Lei nº 9.099/1995. Da mesma forma, desde que “não encontrado o acusado para ser [pessoalmente] citado, o Juiz encaminhará as peças existentes ao Juízo comum para adoção do procedimento previsto em lei”, de acordo como que determina o art. 66, parágrafo único, da Lei nº 9.099/1995. Ensejará também o deslocamento de competência ao Juízo Comum a verificação de concurso de crimes, em quaisquer de suas modalidades, cujo somatório ou exasperação das penas máximas cominadas ultrapassem o patamar de dois anos, assinalado pelo art. 61 da Lei nº 9.099/1995: assim, conforme pacífica jurisprudência (inclusive do STJ – cf., por todos – Rcl. nº 27.315/SP, Terceira Seção, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. em 9 dez. 2015, DJe de 15 dez. 2015), se a prática do art. 234 do CP se der mediante concurso material (art. 69 do CP) ou formal (art. 70 do CP) com outro delito,

(JECrim).²¹⁴ Trata-se de competência absoluta *ratione materiae*, determinada, inclusive, a partir da própria matriz constitucional.²¹⁵

A iniciativa da respectiva *actio* necessária ao processo e julgamento do citado delito, em qualquer de suas modalidades, compete exclusivamente ao Ministério Público. A natureza da ação penal do art. 234 do CP é, pois, pública incondicionada, razão pela qual incumbe ao órgão de execução do *Parquet* ofertar ao autor do fato a transação penal, nos termos do art. 76, § 2º, e incisos, da Lei nº 9.099/1995.²¹⁶

Inviável ou recusada pelo autor do fato a transação penal, caberá ainda ao órgão de execução do Ministério Público o oferecimento de denúncia, acompanhada de cota em cujo teor constará, desde que reunidos os requisitos do art. 89, § 1º, e incisos, do citado diploma legal,²¹⁷ a proposta de suspensão condicional do processo.

ou mesmo de forma continuada (art. 71 do CP), a Justiça Criminal Comum será a competente para o processo e julgamento da conduta em tese passível de sanção penal. Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Seção. Reclamação nº 27.315/SP. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. *Diário do Judiciário eletrônico*, Brasília, DF, 15 dez. 2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiretor/?num_registro=201502331420&dt_publicacao=15/12/2015 Acesso em: 7 set. 2018.

²¹⁴ A fixação da órbita de competência dos Juizados Especiais Criminais repercute na própria pena a ser imposta ao condenado pela prática de quaisquer das condutas tipificadas no art. 234 do CP, uma vez que, o quanto seja possível, deve-lhe ser evitada a detenção prevista no preceito secundário do referido dispositivo, consoante se infere do art. 62, *in fine*, da Lei nº 9.099/1995.

²¹⁵ O legislador constituinte originário determinou, no art. 98, inc. I, da CR, que a União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criassem os Juizados Especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

²¹⁶ “Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

[...].

§ 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.”

²¹⁷ “Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II - proibição de frequentar determinados lugares;

III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;

IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.”

Em arremate, cumpre lembrar que os processos que apuram os crimes de escrito e objeto obsceno, ou suas formas equiparadas, devem, *ex vi* do art. 234-B do CP²¹⁸ (incluído pela Lei nº 12.015/2009), tramitar em segredo de justiça.

4.6 Considerações conclusivas

O codificador penal de 1940 inscreveu o Título VI da Parte Especial do CP sob a seguinte epígrafe: “Dos crimes contra os costumes”. Logo, pretendia tutelar não quaisquer costumes, mas aqueles que, ligados à moral sexual, poderiam — implicitamente embora — ser reputados “bons” (dado que, a toda evidência, amplia sobremaneira a imprecisão dos limites afetos ao campo de proteção jurídico-penal alusivo à norma subjacente ao tipo).²¹⁹ Se a promulgação da CR vigente já punha em xeque a tutela penal dos bons costumes afeitos à moral sexual, o certo é que a edição da Lei nº 12.015/2009 eliminou, expressa e definitivamente, aquela mesma tutela, ao promover significativa reforma no Título VI da Parte Especial do CP, atingindo-lhe desde a epígrafe: com efeito, esta última deixou de ser “Dos crimes contra os costumes” e passou a ser “Dos crimes contra a dignidade sexual”.

Isso considerado, a exegese tradicional alusiva ao art. 234 do CP merece não exatamente ser de todo desconstruída, mas amplamente ressignificada. Essa operação hermenêutica, no que tange ao tipo objetivo, necessita ser de tal modo abrangente que apenas a identificação de “qualquer pessoa” como sujeito ativo do delito pode permanecer intocada; outrossim, no que toca ao tipo subjetivo, sua análise também demanda reflexões, em especial no que concerne ao próprio conteúdo do dolo. No conjunto, a ressignificação hermenêutica que doravante se apresenta — harmônica aos valores, direitos e liberdades constitucionais — pode representar, portanto, uma alternativa de regulação penal do tema, mais consentânea às aspirações político-criminais e às exigências dogmáticas do direito penal contemporâneo.

²¹⁸ “Art. 234-B. Os processos em que se apuram crimes definidos neste Título correrão em segredo de justiça.”

²¹⁹ A expressão “bons costumes” é problemática do ponto de vista jurídico-penal, porquanto nela é manifesta a precariedade do elemento gramatical como recurso interpretativo. “Como refere COUTURE, o mais grave entretanto é que as palavras têm significação imprecisa e ondulante. As palavras da lei nascem, vivem, se transformam e morrem. E exemplifica o saudoso e cintilante COUTURE: ‘A ideia de *bons costumes* é definida por dois vocábulos, um dos quais se refere à bondade e outro, aos hábitos do comportamento social. A bondade admite uma escala infinita de matizes entre o bem e o mal. Os modos de comportamento social variam de um século para outro; de um lugar para outro, no mesmo século; de uma pessoa para outra, no mesmo lugar e ao mesmo tempo. O próprio conceito de *bons costumes* não foi uma ideia abstrata do Direito Romano, mas uma remissão concreta às máximas de conduta da filosofia estoica. Hoje, não se refere a nenhuma filosofia, bem como a nenhuma moral determinada’.” (MARTINS, Salgado. *Sistema de direito penal brasileiro*: introdução e parte geral. Rio de Janeiro: José Konfino, 1957. p. 127).

5 RESSIGNIFICAÇÃO HERMENÊUTICA DO ARTIGO 234 DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

Não é correto afirmar, sob o enfoque do direito penal contemporâneo, que “toda nudez será castigada”.¹ Com efeito, o modelo exegético tradicional que recai sobre o art. 234 do CP merece, à luz da unidade teleológica que conecta a política criminal à dogmática penal, profunda ressignificação hermenêutica. Somente por meio dessa operação é que o apontado dispositivo se estabelece em sintonia com os valores, direitos e liberdades inscritos na ordem constitucional vigente: nela, aliás, o tipo encontra seu fundamento de validade, seus verdadeiros parâmetros cognitivos e os limites de sua escorreita aplicação.

Com escopo de superar a compreensão de que o art. 234 do CP se presta, apesar do princípio da *ultima ratio* próprio do direito penal, à chancela de juízos estritamente morais e/ou puramente estéticos, a ressignificação hermenêutica que ora se anuncia prima por instituir anteparos epistêmicos que impeçam a açodada perquirição do caráter obsceno da expressão problematizada: nessa ótica, esmaecem as inquietações metajurídicas que, casualmente, costumam ser convocadas, como razão primeira, à aplicação do tipo penal.

5.1 Tipo objetivo

Os elementos exteriores do comportamento proibido estão situados no tipo objetivo,² plano em que o art. 234 do CP enseja importante reexame hermenêutico, operado à luz da dogmática penal contemporânea. Os tópicos seguintes buscam justificar o câmbio das concepções esgrimidas pela doutrina pátria tradicional, além de apresentarem soluções exegéticas harmônicas ao ambiente axiológico da Constituição e alinhadas com os parâmetros de racionalidade que instruem o direito penal hodierno.

5.1.1 Objetividade jurídica

No plano da dogmática penal, é indubitável que o bem jurídico fundamenta e dirige toda a atividade hermenêutica concernente ao exame do tipo, ao mesmo tempo em que fixa e

¹ Alusão ao título da peça teatral escrita por Nelson Rodrigues, em 1965. Apenas ilustrativa, tal remissão revive as polêmicas inerentes ao citado espetáculo e já adianta que nem toda expressão obscena é penalmente relevante.

² Cf. STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal: parte general*, v. 1, el hecho punible. Traducción de la 2ª edición alemana (1976) de Gladys Romero. Madrid: Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid; Edersa, Editoriales de Derecho Reunidas, 1982. p. 75.

demarca a matéria de proibição; por isso, segundo Schünemann, o princípio da proteção de bens jurídicos atua “como ponto de fuga dos limites constitucionais e interpretação dos tipos”.³

Assim, se a ressignificação hermenêutica do art. 234 do CP redundaria em uma nova perspectiva cognitiva concernente ao tipo, urge, primeiro, fixar o seu ponto de fuga,⁴ ou seja, determinar a sua verdadeira objetividade jurídica, aquela que orientará o rigor epistemológico de todas as demais elaborações dogmáticas que dela decorrem.

5.1.1.1 Rejeição da moral sexual, do pudor coletivo e dos bons costumes como objetos de proteção jurídico-penal

De acordo com Vives Antón, “hay una especie de resurgimiento de la idea del bien jurídico como delimitador de la diferencia entre derecho y moral, específicamente en el ámbito de los delitos sexuales.”⁵

Bens jurídicos são, segundo a definição de Roxin, “circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento estatal que se baseia nestes objetivos”.⁶ O conceito de bem jurídico é, portanto e em linhas gerais, no modelo funcionalista moderado: i) antropocêntrico; ii) harmônico à expressão do Estado de Direito liberal; iii) crítico com a

³ SCHÜNEMANN, Bernd. O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos. Tradução de Luís Greco. In: _____. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coordenação de Luís Greco, vários tradutores. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 39. Escreve o autor que “a determinação do bem jurídico não é formulada apenas ao final do processo de interpretação, como etiqueta final, mas ela dirige, com sua orientação liberal, isto é, contrária a limitações desnecessárias das liberdades civis, a concretização da matéria de proibição, de modo que, no que se refere ao processo de interpretação, pode-se dizer que a ideia de bem jurídico é a um só tempo imanente e crítica. Uma vez que ela abre as portas de uma dimensão bem mais vasta do que a do mero sentido literal da lei, tornando os princípios fundamentais do direito penal fecundos para a interpretação, acaba ela por constituir o ‘ponto de fuga’ desta, introduzindo as ideias básicas liberais representantes de uma dimensão constitucional diretamente no trabalho interpretativo, sem que isso tenha a calamitosa tarefa de fazer parecer legítima uma decisão inconstitucional do legislador. Uma tal ‘análise do bem jurídico e das estruturas do delito’ disponibiliza, assim, os fundamentos para toda a interpretação, aos quais serão acrescentadas ulteriores diretrizes interpretativas, outra vez também constitucionalmente fundadas, como, por exemplo, a máxima vitimodogmática, que a seu turno nada mais representa do que uma componente do princípio da *ultima ratio*”. (*Ibidem*, p. 41).

⁴ O ponto de fuga serve de referência permanente à construção do desenho em perspectiva: determina os limites da representação e orienta as possibilidades óticas de tudo aquilo que integra a composição visual. Transposta essa ideia à dogmática jurídico-penal, tem-se que uma vez estabelecida a objetividade jurídica inscrita no tipo, todas as demais construções interpretativas devem convergir para ela. O bem jurídico, portanto, determina o traçado das linhas exegéticas que orientam todas as demais, pertinentes a cada um dos elementos do tipo.

⁵ VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del sistema penal: acción significativa y derechos constitucionales*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanc, 2011. p. 799. Para o mesmo autor, a moral *eo ipso* não pode legitimamente, no marco democrático, limitar a liberdade de expressão. (*Ibidem*, p. 800).

⁶ ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como missão do direito penal? Tradução de André Luís Callegari. In: _____. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 19.

legislação, ao evidenciar os limites de uma punição legítima; iv) diferencial ao conceito metódico de bem jurídico (que leva em conta tão somente a afirmação da vigência das normas).

Assim, ainda conforme Roxin, a “consequência da concepção acima delineada é que a imoralidade ou a reprovabilidade ética de um comportamento não podem legitimar uma proibição penal, se os pressupostos de uma convivência pacífica não forem lesionados”.⁷ Nesse sentido, o autor também argumenta que a noção de limitação do poder Estatal mediante a intervenção jurídico-penal animou pragmaticamente — ao menos no que tange à reforma dos crimes sexuais — o legislador alemão a proceder, em 1973, ao banimento dos delitos contra a moralidade e a instituir, no Código Penal alemão, um capítulo referente aos “atos puníveis contra a autodeterminação sexual”.⁸

Forte nessas premissas e considerando que a compreensão ora admitida não é isolada,⁹ o primeiro ponto a ser firmado é o que acolhe a impossibilidade da moral sexual *per se* legitimar a eficácia de um tipo penal, pois, consoante Roxin, “os simples atentados contra a moral não são suficientes para a justificação de uma norma penal. Sempre que eles não diminuem a liberdade e a segurança de alguém, não lesionam um bem jurídico.”¹⁰

Quanto aos “bons costumes” em matéria sexual¹¹ — intrinsecamente comprometidos com as bitolas da própria moral sexual — basta dizer que ao ensejo da edição da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, restou eliminada qualquer referência quanto a eles,

⁷ ROXIN, Claus. Que comportamentos pode o Estado proibir sob ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais. In: _____. *Estudos de direito penal*. 2. ed. rev. Tradução de Luís Greco. Organização de Luís Greco e Fernando Gama de Miranda Netto. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 37.

⁸ Nesse sentido, ROXIN. A proteção de bens jurídicos como missão do direito penal?..., p. 12-13.

⁹ Mesmo para Jakobs, o tema da lesão de um bem jurídico *versus* infração moral não pode ser compreendido a partir de meras abstrações, carecedoras de conteúdo genuinamente liberal. Nessa esteira, “um legislador que não esteja seguindo a opressão dos cidadãos” — acentua Jakobs (O que protege o direito penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma? In: CALLEGARI, André Luís *et al.* *Direito penal e funcionalismo*. Tradução de André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli e Lúcia Kalil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 41) — “nunca protegerá a moral *per se*, e sim, determinados conteúdos, quando a sociedade os necessite para a sua manutenção ou acredite necessitá-los”. Em outra obra, o mesmo autor ainda sublinha: “Mas mesmo essa ‘moralidade *per se*’ ainda tem uma função, na medida em que ela forma uma parte da base sobre a qual se pode edificar o interesse comum. Esta parte da base é constituída por um sistema móvel; e atualmente não pertencem a ele normas relativas a condutas sexuais que não ofendam a autodeterminação de outras pessoas” (JAKOBS, Günther. *Proteção de bens jurídicos?: sobre a legitimação do direito penal*. Tradução, apresentação e notas de Pablo Rodrigo Alflen. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 54-55). Ademais, Stratenwerth (*Derecho penal...*, v. 1, p. 2), conquanto crítico da própria teoria do bem jurídico, chega a afirmar que “La ética social no puede ser, sin embargo, la última instancia en la descripción de la conducta criminal. Si sus normas buscan exclusivamente en las convicciones que de facto dominan en una sociedad, el Derecho Penal que se refiera a ellas tendrá que limitarse consecuentemente a funciones puramente ‘conservadoras’”.

¹⁰ ROXIN. A proteção de bens jurídicos como missão do direito penal?..., p. 21.

¹¹ Observa Mariana Malet Vázquez (Apuntes sobre la violencia sexual y su abordaje anacrónico por el Código Penal. *Espacio abierto*: revista del Ciej-Afju, Montevideo, n. 15, p. 81, nov. 2011): “Desde hace tiempo, en el Derecho comparado se han suscitado reformas del título de los delitos sexuales, habiéndose eliminado de numerosos códigos la presencia de la moral y buenas costumbres como bienes jurídicos protegidos de modo genérico, ya que no sirven para abordar y explicar conductas efectivamente ofensivas.”

no Título VI da Parte Especial do CP. Portanto, a vedação da tutela penal dos bons costumes sexuais não é somente fruto de elaboração doutrinária, mas representa, desde a mirada evolutivo-normativa, produto inerente ao elemento histórico que também serve de guia à interpretação da lei penal.¹²

O “pudor coletivo” não cabe, igualmente, à tutela jurídico-penal. Primeiro, porque a epígrafe do Capítulo VI do Título VI da Parte Especial do CP, em sua literalidade, anuncia crimes destinados à coibição “Do ultraje público ao pudor” e não “Do ultraje ao pudor público”.¹³ Indissociável da pauta da moral sexual, o pudor nela se inscreve como um *sentimiento* que mais reflete o estado espiritual de um ser humano do que propriamente o imo sensível de um grupo desprovido de personalidade (*i.e.*, a coletividade).¹⁴ Depois, porque, sendo um sentimento,¹⁵ o pudor atrita com o próprio conceito crítico de bem jurídico.¹⁶ Em face da reunião desses motivos, a rejeição do *pudor coletivo* como bem jurídico passível de legítima tutela penal justifica a ressignificação hermenêutica ora operada.

¹² Manuel da Costa Andrade sublinha que “também o legislador português procurou obedecer a uma racionalidade orientada por e para a tutela de um autônomo bem jurídico: a *liberdade e autodeterminação* da expressão sexual, no horizonte aberto da sua plasticidade e na ‘comunicação (tendencialmente ideal)’ da sua dimensão intersubjetiva. É nesta linha de fundo que radicam e se explicam os sinais mais expostos da reforma, *v.g.*: a mudança de rubrica de *Crimes contra os costumes* para *Crimes sexuais*, [...]” (COSTA ANDRADE, Manuel da. *Consentimento e acordo em direito penal*: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 394).

¹³ Note-se que, na legislação comparada, o Código Penal peruano (Decreto Legislativo nº 635, de 8 de abril de 1991) institui, no seu Libro Segundo – Parte Especial – Título IV – Delitos contra la libertad – Capítulo XI, os delitos que correspondem a “Ofensas al pudor público”, composto pelos artículos 183 (Exhibiciones y publicaciones obscenas), 183-A (Pornografía Infantil) e 183-B (Proposiciones sexuales a niños, niñas y adolescentes). Como se vê (e independentemente da afinação com os postulados do funcionalismo penal), o codificador penal peruano, cinco décadas mais jovem que o brasileiro, desejando incriminar as violações exercitadas em detrimento dos sentimentos coletivos de natureza sexual, foi expresso em fazê-lo. Nada impediria que, se realmente quisesse de fato e *de jure* essa mesma proteção penal, o legislador brasileiro a declarasse de forma explícita, considerando, inclusive, as reformas a que já submeteu o Título VI do CP.

¹⁴ Embora em alusão ao “*escandalo publico*”, aduz Muñoz Sabaté (*Sexualidad y derecho*: elementos de sexología jurídica. Barcelona: Editorial Hispano-Europea, 1976. p. 254): “El elemento nuclear del pudor se halla, pues, en los sentimientos de una persona, pero el sentimiento es un estado interior que, por lo demás, no puede ser bien comprendido, conforme a los principios generales de la psicología del ser vivo, más que considerándolo no sólo en sí mismo, sino particularmente, a través de la conducta que inspira. En este sentido, el sentimiento se traduce en un movimiento perceptible por el malestar que produce y que denominamos vergüenza.”

¹⁵ Para Vives Antón, “los sentimientos de pudor, decencia, moralidad, etc., no constituyen por si mismos un objeto digno de protección de una sociedad pluralista, en la que nadie puede ser discriminado por razón de sus opiniones en tales materias, y porque una determinada regla de moralidad no puede imponerse al individuo por más acertada y practicada por la mayoría de la comunidad a que pertenece, a menos que su quebrantamiento lesione o ponga en peligro bienes jurídicos de otra índole”. (VIVES ANTÓN *apud* DÍEZ SÁNCHEZ, Juan José. Los delitos de exhibicionismo y provocación sexual. *Cuadernos de política criminal*, Madrid, n. 37, p. 78-79, 1989).

¹⁶ De acordo com Roxin (A proteção de bens jurídicos como missão do direito penal?..., p. 22), “a proteção de sentimentos somente pode ter-se como proteção de bens jurídicos tratando-se de sentimentos de ameaça”. Particularmente, cremos que outros sentimentos, além do medo ínsito à ameaça, podem ser objeto de tutela penal, como ocorre, *v.g.*, nos delitos contra a honra.

Em suma, como no clássico dizer de Hommel, “algo pode ser vergonhoso, pode ser pecaminoso e ainda assim não ser um crime”.¹⁷

5.1.1.2 Fundamentos dogmáticos da revisão ora proposta

Os tipos do direito penal sexual devem — consoante ressalta Díez Ripollés — “estructurarse, praticamente de modo exclusivo, en torno a bienes jurídicos y sujetos pasivos individuales, y no colectivos”.¹⁸ Nos quadrantes de um direito penal comprometido com valores como o pluralismo social e o respeito à pessoa, próprios do Estado Democrático de Direito, bem como firmemente ancorado no princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, também característico naquela concepção de Estado, do direito penal sexual — conforme o citado autor — “se le exige fundamentalmente que tutele al bien jurídico de la libertad individual”.¹⁹

Nessa mesma esteira, são inobjetáveis as premissas firmadas por Natscheradetz:

Para além de todas as críticas anteriormente feitas à concepção dos crimes sexuais como tutelando a moral sexual social, a referida sistematização legal é igualmente contrária à axiologia constitucional: se partirmos de um critério constitucional na delimitação dos bens jurídicos, afirmando que a ordenação dos bens jurídicos tutelados pelo direito penal deve corresponder à ordenação que a constituição material faz entre os bens jurídicos que ela protege, e estando as valorações constitucionais de tais bens construídas em torno da pessoa humana e da sua autonomia, que constituem o princípio fundamental da ordem axiológica constitucional, os imperativos constitucionais não permitem a proteção da ética social por si própria, mas apenas na medida em que a violação dos valores sociais ofenda o indivíduo e os seus bens pessoais.²⁰

Decididamente, a pesquisa encampa essa perspectiva dogmática e não o faz de forma solteira, pois referida postura — segundo Díez Ripollés — “es perfectamente perceptible en los autores ‘modernos’ como lo es la actitud inversa en los ‘tradicionales’”.²¹ Desde o ponto de vista da racionalidade, o direito penal sexual não pode se prestar senão à tutela de bens jurídicos imprescindíveis à convivência pacífica: daí que concepções globais no terreno da sexualidade, na medida em que obscurecem o direito à autonomia do indivíduo e interferem no

¹⁷ HOMMEL *apud* SCHÜNEMANN, Bernd. Direito penal no Estado Democrático de Direito: o imprescindível nível de racionalidade de sua dogmática e a progressiva propaganda de retrocesso. In: _____. *Direito penal, racionalidade e dogmática: sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional*. Coordenação e tradução de Adriano Teixeira. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 29.

¹⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *El derecho penal ante el sexo: límites, criterios de concreción y contenido del derecho penal sexual*. Barcelona: Bosch, 1981. p. 215.

¹⁹ *Ibidem*, p. 217.

²⁰ NATSCHERADETZ, Karl Prelhaz. *O direito penal sexual: conteúdos e limites*. Coimbra: Livraria Almedina, 1985. p. 156.

²¹ DÍEZ RIPOLLÉS, *op. cit.*, p. 215.

desenvolvimento de cada personalidade, não cabem na objetividade jurídica dos delitos sexuais, entre os quais, na codificação penal brasileira, consta o crime de “escrito ou objeto obsceno”. Nesse diapasão, novamente calha o magistério de Díez Ripollés:

La libertad individual, por lo demás, es un bien jurídico que en la sociedad pluralista ha merecido plenamente su consideración como elemento imprescindible para la convivencia social en muy diversos ámbitos, por lo que no podrá objetarse que con su tutela jurídico-penal en el ámbito sexual se esté protegiendo algo que está más allá de lo verdaderamente necesario para la convivencia.²²

Evidentemente, a liberdade sexual abrange tanto o direito à livre iniciativa pela vivência de situações e contextos sexuais, como também o direito de não as experimentar, conforme não sejam desejadas ou juridicamente permitidas.²³ Destarte, ressalvados os casos em que a tutela jurídica se impõe como meio de especial proteção à personalidade (assim como se dá em favor das pessoas com idade inferior a 18 anos e daquelas reputadas vulneráveis), resoluções concernentes ao “quando”, ao “onde”, ao “se”, ao “como” e ao “com quem” envolver-se em assuntos de ordem sexual pertencem ao indivíduo, a quem deve ser assegurada a plena liberdade de decidir a respeito. Daí que a “liberdade sexual é bem essencialmente individual”²⁴ e, tanto por sua concreção quanto pelo valor humano e pela relevância social que enfeixa, independentemente da capa vernacular com que se revista,²⁵ é e será sempre bem jurídico digno de proteção pelo direito penal: a ninguém é dado invadir a esfera sexual de outrem, sendo certo que a inobservância desse enunciado elementar é crucial à coexistência democrática e, portanto, de justificado interesse jurídico-penal. Assim, Natscheradetz acentua:

O direito penal sexual deve limitar-se a possibilitar a coexistência das diferentes concepções vigentes acerca da sexualidade e das diferentes formas de manifestação que cada uma dessas concepções implica: as únicas regras de conduta sexual necessárias para o cumprimento de tal objectivo e para a existência de um marco

²² DÍEZ RIPOLLÉS. *El derecho penal ante el sexo...*, p. 218.

²³ Manuel da Costa Andrade destaca que a definição da liberdade sexual como bem jurídico penalmente protegido “postula naturalmente o reconhecimento de que a mesma liberdade configura, em si e por si, um valor ou um bem a proteger e promover. Tanto quando se exprime de forma *negativa* (resistindo a imposições não queridas), como quando se expressa *positivamente* pelo comportamento livre e autêntico em formas de comunicação intersubjectiva”. (COSTA ANDRADE. *Consentimento...*, p. 395). O autor igualmente sublinha que, no âmbito do direito penal sexual, “também o legislador português procurou obedecer a uma racionalidade orientada por e para a tutela de um autônomo bem jurídico: a *liberdade e autodeterminação* da expressão sexual, no horizonte aberto da sua plasticidade e na ‘comunicação (tendencialmente) ideal’ da sua dimensão intersubjectiva. É nesta linha de fundo que radicam e se explicam os sinais mais expostos da reforma, v.g.: a mudança de rubrica de *Crimes contra os costumes* para *Crimes sexuais*, [...]”. (COSTA ANDRADE, *op. cit.*, p. 394).

²⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, *op. cit.*, p. 241.

²⁵ “‘Pudor’ significa lisa y llanamente” — segundo Cancio Meliá (Las infracciones de violación de la libertad sexual, proxenetismo y ofensas al pudor público en derecho penal peruano: algunas consideraciones de política criminal y de derecho comparado. *Revista peruana de ciencias penales*, Lima, v. 7/8, n. 11, p. 188, 2002) — “‘libertad sexual’”.

mínimo necessário para a convivência social são as que proíbem ofensas graves à liberdade sexual alheia, que provocam um dano na liberdade de determinação do indivíduo no domínio sexual.²⁶

No cenário jurídico-penal brasileiro, é perceptível movimento doutrinário na mesma direção. Renato de Mello Jorge Silveira, mesmo antes da edição da Lei nº 12.015/2009, já assinalava que, no direito penal sexual, “a dignidade da pessoa humana deveria se caracterizar pela necessidade de autodeterminação de uma pessoa poder escolher sua disponibilidade sexual.”²⁷ Ao invés de apontar “genericamente”²⁸ a liberdade sexual, o autor opta por indicar “a liberdade de autodeterminação sexual”,²⁹ pois “a liberdade, seguramente, é bem supremo, mas sua exteriorização no prisma sexual há de se dar no contexto da autodeterminação que lhe seja possível”.³⁰ Como corolário dessa visão, Renato de Mello Jorge Silveira também refuta a tutela coletiva no direito penal sexual:

O bem jurídico protegido pelo Direito Penal sexual não é, nem pode ser, como se viu, o ideário de bons costumes, mas sim o da liberdade de autodeterminação sexual. Próprio e personalíssimo ao seu titular, não mais se entende ele em seu aspecto múltiplo, mas somente dirigido ao ofendido.³¹

As diretrizes epistemológicas acima acentuadas são inteiramente aplicáveis ao tema ora dissecado, abarcante de contextos marcados por exhibições e publicações de caráter obsceno, uma vez que a validade e os limites de qualquer norma penal inscrita no âmbito do direito penal sexual jamais podem divergir do ambiente axiológico constitucional. O ponto de vista de Díez Ripollés, mais uma vez, apresenta-se ilustrativo:

Decididamente, pienso que en las conductas a las que estamos aludiendo, es decir, en las llamadas conductas escandalosas, exhibicionistas o no, y en el comercio pornográfico, se produce, bajo ciertas condiciones de las que nos ocuparemos al estudiar los elementos típicos exigibles, un peculiar atentado a libertad, atentado que no está ligado a las reacciones emocionales que tales conductas pueden ocasionar. Tal atentado surge en la medida en que con tales conductas se priva o limita al sujeto pasivo la disposición por sí mismo de uno de los aspectos más ligados a su autorrealización personal, cual es la actividad sexual.³²

²⁶ NATSCHERADETZ. *O direito penal sexual* ..., p. 145.

²⁷ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal sexual*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 167. E mais adiante, na mesma obra, o autor arremata que “é nesse contexto de autodeterminação, base maior da dignidade da pessoa humana, que se deve encontrar a fronteira última do Direito Penal sexual”. (*Ibidem*, p. 168)

²⁸ *Ibidem*, p. 169.

²⁹ *Ibidem*, p. 171.

³⁰ *Ibidem*, p. 170.

³¹ *Ibidem*, p. 222-223.

³² DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras: la frontera del derecho penal sexual*. Barcelona: Bosch, 1982. p. 163.

Tais aportes doutrinários justificam, nos domínios da dogmática, o conteúdo e o alcance do bem jurídico tutelado, pois a exibição das obscenidades entre adultos somente adquire relevância no plano da tutela penal quando materializada em desconformidade com a autodeterminação sexual, pois “la concepción de libertad, en este caso la sexual, implica necesariamente poseer la capacidad de actuar libremente, es decir, la capacidad de consentir o no intromisiones en el ámbito personal de la libertad sexual (*autodeterminación sexual*)”,³³ conforme acentua Gustavo Eduardo Aboso.

Mas não é tudo.

Na medida em que o direito penal sexual também se ocupa da defesa das crianças, dos adolescentes e das pessoas reputadas vulneráveis, urge considerar o duplice caráter da objetividade jurídica tutelada. A proteção devida a todos esses sujeitos jamais pode ser desconsiderada, inclusive no âmbito do art. 234 do CP.

Segundo Díez Ripollés, a existência de autores modernos que fazem, em abordagem ao bem jurídico tutelado no direito penal sexual, “una mención dual, por un lado, la libertad del adulto, por otro, la protección de la infancia y juventud, no implica que tales autores reconozcan que en la segunda alternativa se protegen bien jurídicos no individuales”.³⁴ Complementarmente a essa noção, releva também pontuar que a tutela das pessoas com idade inferior a 18 anos frente às obscenidades traduz funcionalidade penal consentânea ao princípio da proteção de bens jurídicos. A respeito, Natscheradetz pontifica:

Alguns autores referem que a protecção dos menores acarreta o reconhecimento implícito de certas normas de cultura ética; penso todavia que tal protecção não tem como objectivo a interiorização pela juventude de certos valores morais da conduta sexual, mas apenas precaver os jovens de certos estímulos sexuais, até que eles sejam capazes de decidir por si próprios, e no sentido que entenderem, a conduta a adoptar face a tais estímulos.³⁵

³³ ABOSO, Gustavo Eduardo. *Derecho penal sexual: estudio sobre los delitos contra la integridad sexual*. Buenos Aires: B de F, 2018. p. 61. No tocante ao particular, o autor ainda destaca: “Entendemos que el contenido material de este bien jurídico se refleja necesariamente en los ámbitos de libertad de decisión y exteriorización del sujeto en torno de su propia sexualidad. No sólo comprende la libertad de decidir las relaciones intersubjetivas de carácter sexual, sino también la de verse librado de cualquier tipo de menoscabo en su integridad sexual. La autodeterminación sexual se ha definido como la libertad de la persona para decidir sobre el lugar, el tiempo, la forma y la persona con la que se mantendrá trato sexual. Esta libertad de los sujetos con capacidad para mantener relaciones sexuales importa al mismo tiempo la expectativa de no ser objeto de perturbaciones sexuales de terceros: por ejemplo, en el delito de exhibicionismo, lo que se tutela es la libertad de la persona de no se ver confrontada de manera involuntaria con la exhibición de las partes íntimas de otra, o bien no ser privado de su libertad con fines sexuales.” (*Ibidem*, p. 52).

³⁴ DÍEZ RIPOLLÉS. *El derecho penal ante el sexo ...*, p. 239. Para o autor, “que dentro de un mismo bien jurídico existan matices distintivos relevantes entre los tipos de adultos y los de menores se demuestra palmariamente con la irrelevancia del consentimiento en el segundo grupo de casos”. (DÍEZ RIPOLLÉS, *loc. cit.*).

³⁵ NATSCHERADETZ. *O direito penal sexual...*, p. 153.

O discernimento de que o direito penal sexual jamais poderá servir à imposição de concepções globais sobre os assuntos referentes à moralidade sexual é aplicável à proibição das obscenidades, mesmo no tocante à tutela penal alusiva às crianças e aos adolescentes, ou aos vulneráveis em acepção jurídico-penal. Na sociedade pluralista, contudo, a proteção daquelas pessoas, também detentoras de dignidade, é ponto igualmente irrenunciável, considerado o marco do Estado Democrático de Direito. Por isso, ainda que especificamente tratando do bem jurídico-penal sexual condizente aos menores de 18 anos, Díez Ripollés enfatiza que “en todo Derecho Penal sexual se protegen bienes individuales”.³⁶

Isso assentado, exemplos extraídos da legislação penal estrangeira — em especial aquelas que foram recentemente revisadas — podem operar como relevante contributo hermenêutico à ressignificação ora proposta. Se bem que a liberdade sexual (ou, ainda, a autodeterminação sexual³⁷) dos menores de 18 anos também pudesse ser cogitada, temos que, no confronto com as obscenidades, outra é a objetividade jurídico-penal que lhes toca.

No Código Penal Espanhol (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal), precisamente em seu Libro II (Delitos y sus penas), Título VIII (Delitos contra la libertad e indemnidad sexual), Capítulo IV (De los delitos de exhibicionismo y provocación sexual), constam os arts. 185³⁸ e 186,³⁹ destinados ao enfrentamento do tema. Nessas disposições, o bem jurídico posto sob proteção penal é a indenidade sexual das pessoas menores

³⁶ DÍEZ RIPOLLÉS. *El derecho penal ante el sexo...*, p. 239.

³⁷ Como ocorre, v.g., no Código Penal português (Lei nº 59, de 4 de setembro de 2007). No Livro II (Parte Especial), Título I (Dos crimes contra a pessoa), da referida codificação, consta o Capítulo V (Dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual); este é subdividido em Seção I (Crimes contra a liberdade sexual) e Seção II (Crimes contra a autodeterminação sexual). Nesta última, com efeito, consta o art. 171 (Abuso sexual de crianças), que estabelece, em seu item 3.b: “Quem actuar sobre menor de 14 anos, por meio de conversa, escrito ou objecto pornográfico é punido com pena de prisão de até três anos.” Segundo Mouraz Lopes (*Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no código penal*. 4. ed. rev. e modificada de acordo com a Lei nº 59/2007, de 4 de setembro. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 16) — que escreve com apoio em Natscheradetz — “com a criminalização das referidas condutas não se pretende tutelar um padrão de comportamentos sexuais ou proteger qualquer classe ou tipo de pessoas em particular, mas sim tutelar e proteger uma vontade individual ainda insuficientemente desenvolvida e apenas parcialmente autônoma dos abusos que sobre ela executa um agente, aproveitando-se da imaturidade do jovem para a realização de ações sexuais bilaterais”. A autodeterminação exige, pois, a capacidade de externar validamente a vontade, e na medida em que essa potência não é plena nos inimputáveis, a opção pela renúncia da unidade do bem jurídico referente ao art. 234 do CP, reservando a autodeterminação sexual somente às vítimas imputáveis, justifica-se.

³⁸ “Art. 185. El que ejecutare o hiciere ejecutar a otra persona actos de exhibición obscena ante menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses.”

³⁹ “Art. 186. El que, por cualquier medio directo, vendiere, difundiere o exhibiere material pornográfico entre menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses.”

de 18 anos ou das reputadas incapazes,⁴⁰ a quem a lei dispensa especial proteção, quando confrontadas com as obscenidades. Boldova Pasamar frisa que, nas aludidas tipificações,

es precisamente el hecho de que las víctimas de los delitos sexuales puedan ser menores o incapaces lo que hizo surgir coetáneamente el concepto de indemnidad sexual frente al de libertad sexual para indicar el objeto de protección de la norma. En estas hipótesis se sostiene que no se protege la libertad sexual en cuanto que la víctima carece de esa libertad o su voluntad se considera irrelevante. Así la libertad presupone la capacidad de ejercerla, y si no se tiene o no se reconoce tampoco hay libertad que se pueda menoscabar con el delito. Por el contrario, la indemnidad sexual como el derecho de esas personas a quedar libres de todo daño de naturaleza sexual es lo que se estaría lesionando con los delitos en que menores e incapaces son los sujetos pasivos.⁴¹

De maneira similar, no Libro Segundo (De los delitos), Título III (Delitos contra la integridad sexual⁴²), Capítulo III, do Código Penal argentino, constam os arts. 128⁴³ e 129,⁴⁴

⁴⁰ Boldova Pasamar (De los delitos de exhibicionismo y provocación sexual. In: Díez Ripollés, José Luis; CASABONA, Carlos María Romeo (Coord.). *Comentarios al código penal*: parte especial II: títulos VII-XII y faltas correspondientes. Valencia: Tirant lo Blanc, 2004. p. 432-433, 456), quanto às tipificações constantes nos arts. 185 e 186 do Código Penal Espanhol, assinala que seus sujeitos passivos “son los menores de edad, cualquiera que sea su sexo, y los incapaces, cualquiera que sea su sexo y edad. Por menores de edad se entiende a toda persona menor de dieciocho años, [...]. El concepto de incapaz se deduce del art. 25 del Código penal, pero, dado que nos encontramos en el ámbito de los delitos sexuales, la incapacidad ha de concretarse en la imposibilidad de autodeterminación sexual del sujeto a causa de una anomalía o alteración psíquica”. A propósito, o art. 25 do Código Penal Espanhol conta com a seguinte redação, *in verbis*; “Art. 25. A los efectos de este Código se entiende por discapacidad aquella situación en que se encuentra una persona con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras, puedan limitar o impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Asimismo a los efectos de este Código, se entenderá por persona con discapacidad necesitada de especial protección a aquella persona con discapacidad que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente.”

⁴¹ *Ibidem*, p. 429. Anota o mesmo autor (*Ibidem*, p. 428) que são partidários da concepção de que a “indemnidad sexual” é o bem jurídico tutelado nos arts. 185 e 186 do Código Penal Espanhol, entre outros, Carmona Salgado, Romero Sirvent, Rodríguez Ramos, Muñoz Conde, Díez Sanchez, Gonzáles Rus, Latorre Latorre/Rámon Gomis e Cuerda Arnau; todavia, não deixa também de assinalar que, para Díez Ripollés, a liberdade sexual é o objeto de proteção penal nos apontados delitos. Esse último autor admite o predomínio da concepção que reconhece a *indemnidad sexual* dos menores e incapazes como sendo a objetividade jurídica tutelada nos referidos tipos e, dessa forma, sugere que, por influência da doutrina penal italiana dos anos 70 e 80, o conceito de *indemnidad sexual* se aproxima de *intangibilidad sexual*, cujo significado “expresaría una extendida opinion social en virtud de la cual ciertas personas, dadas las cualidades en ellas concurrentes o la situación en la que se encuentran, son sexualmente intocables, esto es, deben permanecer completamente al margen de experiencias sexuales”. (Díez Ripollés, José Luis. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. In: Díez Ripollés, José Luis; CASABONA, Carlos María Romeo (Coord.). *Comentarios al código penal*: parte especial II: títulos VII-XII y faltas correspondientes. Valencia: Tirant lo Blanc, 2004. p. 234).

⁴² A denominação *integridad sexual*, segundo Gustavo Eduardo Aboso (*Derecho penal sexual...*, p. 52), “presenta sinonimias con otros términos empleados también por la doctrina para explicar el contenido material del bien jurídico, así, por ejemplo, la ‘intangibilidad’, la ‘indemnidad’ o el ‘bien estar sexual’”.

⁴³ O art. 128, terceira figura, do Código Penal Argentino estabelece: “Será reprimido con prisión de un mes a tres años el que facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrare material pornográfico a menores de catorce años” (texto según ley 26.388, art. 2; B.O. 25/6/2008).

⁴⁴ “Art. 129. (texto según ley 25.087, art. 10, B.O. 14/5/1999). Será reprimido con multa de mil a quince mil pesos el que ejecutare o hiciere ejecutar por otros actos de exhibiciones obscenas expuestas a ser vistas involuntariamente por terceros.”

que tipificam comportamentos obscenos perpetrados em desfavor de menores 18 anos, individualmente considerados. Quanto ao bem jurídico-penal tutelado nas citadas tipificações, especificamente em relação aos aludidos indivíduos, Gustavo Eduardo Aboso ressalta:

En el caso de los sujetos pasivos menores de dieciocho años, el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual de los menores de edad, en atención al riesgo que significa para el saludable desarrollo de su personalidad sexual verse enfrentado a los actos de exhibicionismo de naturaleza obscena.⁴⁵

Assentados os fundamentos dogmáticos que servirão de lastro à ressignificação hermenêutica ora proposta, cabe, enfim, anunciar, de acordo com a perspectiva que ela estabelece, quais são os bens jurídico-penais insertos sob a tutela do art. 234 do CP.

5.1.1.3 Revisão do bem jurídico tutelado e a dúplici proteção penal efetivada

Em atenção à ordem constitucional brasileira contemporânea — que, nos termos do art. 1º, inc. III, da CR,⁴⁶ tem, na dignidade da pessoa, um valor fundante ao próprio Estado Democrático de Direito —, o legislador penal pátrio promoveu, por meio da Lei nº 12.015/2009, importante reforma no Título VI da Parte Especial do CP e, desta feita, conferiu ao aludido título uma nova e significativa denominação: “Dos crimes contra a dignidade sexual”. O câmbio da nomenclatura do referido Título (que deixou de ser “Dos crimes contra os costumes”), representou, no marco da sociedade pluralista, decisivo passo no sentido da negação à tutela penal da moralidade sexual *per se*⁴⁷ e, por conseguinte, do pudor coletivo, o seu principal corolário. Por isso, a nova rubrica constante no Título VI da Parte Especial do CP não deve ser compreendida em nível apenas formal, pois, no texto da lei, ao menos idealmente, nunca há

“Si los afectados fueren menores de dieciocho años la pena será de prisión de seis meses a cuatro años. Lo mismo valdrá, con independencia de la voluntad del afectado, cuando se tratare de un menor de trece años.”

⁴⁵ ABOSO. *Derecho penal sexual*..., p. 444.

⁴⁶ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos:
[...];
III – a dignidade da pessoa humana;
[...].”

⁴⁷ Já mesmo antes da aludida reforma na codificação penal brasileira, embora dissertando sobre o bem jurídico tutelado pelo art. 233 do CP, observava Tadeu Antônio Dix Silva (*Crimes sexuais: reflexões sobre a nova Lei nº 11.106/2005*. Leme: J. H. Mizuno, 2006. p. 348), em magistério aplicável ao art. 234 do CP: “A dignidade penal nessas ações decorre não do *pudor público* ou de um vago *sentimento moral*, mas vem dotada da devida concretude materializada pela liberdade sexual. A identificação da autodeterminação sexual como o bem jurídico no tipo penal, que ora se apresenta, contrapõe-se à pauta moralizadora do *pudor* ou da *obscenidade*, para ressaltar o caráter *individual* da proteção penal. Se o Código de 1940 fazia a previsão do amparo, pelo direito penal, de *bens coletivos*, difusos — a moralidade ou do pudor *públicos* — aqui se tutela a autodeterminação da pessoa *singular* no plano da *sua* sexualidade, mais especificamente a *vertente negativa* dessa faculdade, [...]”

palavras inúteis: destarte, pode-se afirmar que o bem jurídico protegido nos crimes que integram o referido Título VI, *ex vi* do citado giro legislativo, deixou de possuir caráter supraindividual.

De acordo com o que observam Alessandra Orcesi Pedro Greco e de João Daniel Rassi, “a opção terminológica utilizada pela Lei nº 12.015/2009 foi louvável, porque seu conteúdo semântico abrangente permite que dele se extraia o significado de outros bens jurídicos, como, p. ex., liberdade, a intimidade sexual etc.”.⁴⁸

Todavia, quanto ao ponto, a ótica de Luís Augusto Sanzo Brodt merece transcrição:

A alusão à “dignidade sexual” parece-nos, [...], também indevida. Se não se quer impor um determinado padrão de comportamento sexual, única postura compatível com a garantia da inviolabilidade da intimidade e da vida privada previstas no art. 5º, X, da CF, devemos reconhecer que o bem jurídico a reclamar a intervenção penal é a liberdade sexual, ou seja, a autodeterminação em matéria sexual.⁴⁹

Cabe notar que o referido autor toma como sinônimas as expressões “liberdade sexual” e “autodeterminação em matéria sexual”, pois esse ponto não deixa de ser importante.

O certo, contudo, é que a moral *per se*, os bons costumes e o pudor público já não servem à objetividade jurídica dos crimes sexuais, não havendo justificativa para que o art. 234 do CP represente, quanto a isso, uma exceção.

Abalizadas vozes já se perfilam, no cenário doutrinário pátrio, a lastrear a ressignificação hermenêutica ora sustentada, cujo ponto de partida é justamente a alteração do bem jurídico tutelado, que, mesmo no crime de escrito ou objeto obsceno, deixa de ser supraindividual para ser categoricamente pessoal, seja em relação à tutela penal devida aos indivíduos adultos capazes de expressar consentimento jurídico-penal eficaz, bem como àquela assegurada às pessoas com idade inferior a 18 anos ou àquelas reputadas vulneráveis.

Destarte, a respeito do bem jurídico protegido nas tipificações constantes do Título VI, Capítulo VI, da Parte Especial do CP — em excerto que abrange o particular âmbito do art. 234 do CP — José Henrique Pierangeli e Carmo Antônio de Souza dissertam:

Todavia, no Direito Penal atual não se pode considerar como bem juridicamente tutelado tão somente os bons costumes, a moralidade pública ou o pudor. O ser humano sempre deverá estar no polo ativo e no passivo. Dessa feita, pode-se concluir que o que se busca com esses tipos de normas é evitar a intromissão na esfera da liberdade sexual do indivíduo, do seu direito de não se confrontar com a pornografia.

⁴⁸ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 70.

⁴⁹ BRODT, Luís Augusto Sanzo. Dos crimes contra a dignidade sexual: a nova maquiagem da velha senhora. *Ciências Penais*: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, São Paulo, v. 7, n. 13, p. 171-172, jul./dez. 2010.

Trata-se, portanto, de um direito individual que, uma vez violado, provoca mal-estar mesmo em pessoas tolerantes com a pornografia.⁵⁰

No mesmo viés, Luiz Regis Prado, em análise específica ao art. 234 do CP, escreve:

A tutela penal recai, como delito anterior (art. 233, CP), sobre a liberdade sexual, como expressão da personalidade, [...]. Não se busca proteger determinado conceito de moral sexual, seja público, seja privado, mas sim a liberdade sexual como manifestação do livre desenvolvimento da personalidade, em consonância com o direito fundamental da liberdade de expressão.⁵¹

Renato de Mello Jorge Silveira entende que os arts. 233 e 234, ambos do CP, somente se sustentam de forma excepcional, restritos a situações “em que se verifique um não-consentimento exibicionista”.⁵² Afinal, conforme o mesmo autor,

nem tudo pode ser, em qualquer local, praticado. Mesmo em se considerando as muitas variações de uma sociedade plural, devem-se impor freios, também penais, a alguma sorte de condutas que venham a agredir a liberdade de percepção sexual, o que equivaleria, em termos, a uma consideração sobre a autodeterminação sexual de alguém.⁵³

O entendimento sufragado por todos esses consagrados autores coincide com o conteúdo dogmático ora apresentado neste reexame exegético do art. 234 do CP.

Os delitos que visam a coibir exibições obscenas ante pessoas com idade inferior a 18 anos ou diante de vulneráveis não constituem, ademais, casos de hipertrofia penal.⁵⁴ Assim, ao dizer sobre a objetividade jurídica do art. 234 do CP, André Estefam acolhe a sua validade “no tocante à exposição pública capaz de atingir pessoas vulneráveis”.⁵⁵ Da mesma forma, Luís

⁵⁰ PIERANGELI, José Henrique; SOUZA, Carmo Antônio de. *Crimes sexuais*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015. p. 154. Ainda com referência, especificamente, à objetividade jurídica do art. 234 do CP, frisam os citados autores: “No Direito Penal contemporâneo não podem se constituir bem jurídico os bons costumes, nem o pudor, nem a moral pública. Nos delitos de que estamos cuidando, adverte Juan Bustos Ramírez que se devem suprimir os antigos conceitos e limitar-se a tutela aos bens jurídicos chamados *personais*, e nestes, aqui, não se pode ver outro diverso da liberdade sexual. Acrescentamos apenas ser esse o ponto de vista recente de quase todos os doutrinadores argentinos, dentre os quais estão alinhados: Jaime E. Malamud Goti, Jorge Eduardo Vázquez Rossi, Edmundo S. Hendler, Alberto Binder, Carlos Borinsky e Edgardo Donna. No Chile, além do já citado Juan Bustos Ramírez, inclui-se Mario Garrido Montt.” (*Ibidem*, p. 163).

⁵¹ PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro*: v. III: parte especial: 2. ed. rev. atual. e reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 256. Anteriormente à Lei nº 12.015/2009, o autor asseverava que o bem jurídico dos arts. 233 e 234 do CPB era “o pudor público”. (cf. PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao código penal*: doutrina: jurisprudência selecionada: leitura indicada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 786, 790). Essa retificação indica a necessidade da revisão doutrinária ora proposta, referente à objetividade jurídica tutelada no Título VI, Capítulo VI, da Parte Especial do CP.

⁵² SILVEIRA. *Crimes sexuais...*, p. 378-379.

⁵³ *Ibidem*, p. 379.

⁵⁴ Nesse sentido, cf. CANCIO MELIÁ. *Las infracciones de violación de la libertad sexual...*, p. 195.

⁵⁵ ESTEFAM, André. *Direito penal*, volume 2: parte especial (arts. 121 a 234-B). 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 829.

Augusto Sanzo Brodt admite que a matéria de proibição contida no citado dispositivo, malgrado a sua amplitude, justifica “a intervenção penal à tutela dos interesses de menores e incapazes”.⁵⁶ Na mesma esteira, Renato de Mello Jorge Silveira, também se referindo ao art. 234 do CP, aceita a excepcionalidade da tutela penal para os casos “envolvendo crianças e adolescentes”.⁵⁷

Tudo isso considerado, tem-se que o bem jurídico-penal tutelado no art. 234 do CP já não corresponde a quaisquer daqueles apontados pela doutrina pátria tradicional. Entende-se, portanto, seja dual a objetividade jurídica referente ao tipo: no que tange às pessoas com idade superior a 18 anos e aptas a expressar consentimento jurídico-penal eficaz,⁵⁸ o bem jurídico tutelado no art. 234 do CP é a *autodeterminação sexual*;⁵⁹ em relação às crianças, aos adolescentes e aos vulneráveis, a objetividade jurídica diz respeito à necessária proteção a eles devida, individualmente,⁶⁰ e que se traduz na *integridade sexual*⁶¹ (ou na indenidade sexual, na

⁵⁶ BRODT. Dos crimes contra a dignidade sexual..., p. 192.

⁵⁷ SILVEIRA. *Crimes sexuais*..., p. 379. Ao empregar o verbo “envolver”, decerto, o autor está a se referir às situações cujos resultados alcancem crianças e adolescentes (equivalente ao *involucrar*, do espanhol). É que se as cenas obscenas “envolvem” crianças e adolescentes como seus personagens, o crime já não é o da codificação penal, mas aqueles previstos na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 — que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e dá outras providências — em que se combate a pedopornografia.

⁵⁸ Sobre o consentimento jurídico-penal, cf. itens 5.1.4.1 *usque* 5.1.4.3 deste Capítulo 5.

⁵⁹ Locução equivalente à liberdade sexual, para Luís Augusto Sanzo Brodt (cf. nr. 49 deste item 5.1.1.3) ou à “liberdade de autodeterminação sexual”, para Renato de Mello Jorge Silveira (cf. nr. 29 do item 5.1.1.2).

⁶⁰ O Código Penal peruano (Dec. Legislativo nº 635, de 8 de abril de 1991) é peremptório nesse sentido, pois seu art. 183 dita: “Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años: 1. El que muestra, vende o entrega a un menor de dieciocho años, por cualquier medio, objetos, libros, escritos, imágenes visuales o auditivas que por su carácter obsceno, pueden afectar gravemente el pudor, excitar prematuramente o pervertir su instinto sexual. 2. El que incita a un menor de dieciocho años a la práctica de un acto obsceno o le facilita a la entrada en prostíbulos u otros lugares de corrupción. 3. El administrador, vigilante o persona autorizada para controlar un cine u otro espectáculo donde se exhiban representaciones obscenas, que permita ingresar a un menor de dieciocho años (art. modificado por el art. 1º de la Ley 28251 del 8 de junio de 2004).”

⁶¹ Estabelece o art. 15 do ECA: “A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.” A definir o “direito ao respeito”, o mesmo Diploma Legal dispõe, em seu art. 17: “O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.” Uma vez que o vocábulo “integridade” é explicitamente destacado na legislação brasileira e considerando que nele estão abarcados os aspectos físicos e psíquicos que se enfeixam na própria dimensão sexual, a preferência por ele resta justificada. Por outro lado, cabe lembrar que a liberdade sexual comporta uma dimensão “positivo-dinâmica” e outra “negativo-estática” (cf., nesse sentido, NATSCHERADETZ. *O direito penal sexual*..., p. 141-142). Sob o primeiro aspecto, “a liberdade sexual é definida como a livre disposição do sexo e do próprio corpo para fins sexuais, ou seja, a liberdade de opção e de actuação de cada um no domínio da sexualidade, de acordo com os seus desejos, quer no que diz respeito à forma de manifestação da sexualidade, quer quanto ao destinatário da mesma, dentro dos limites implicados pela tolerância e pelo respeito da liberdade sexual alheia”. (*Ibidem*, p. 141). Na acepção inversa, que ressalta o caráter defensivo da liberdade sexual, esta consiste “no direito de não sofrer qualquer espécie de intromissão física ou moral dirigida para a realização de actos sexuais”. (*Ibidem*, p. 142). Portanto, menores de 18 anos não possuem plena autodeterminação sexual, e, nessa medida, a liberdade sexual de que são portadores apenas se firma, integralmente, sob o seu aspecto negativo, qual seja, no direito que têm de não serem sexualmente perturbados, em respeito à especial proteção que lhes é constitucionalmente assegurada (*Ibidem*, p. 124). À vista disso, apontar a integridade sexual dos menores de 18 anos e vulneráveis como o bem jurídico tutelado no art. 234 do CP, como sendo ela uma das expressões da dignidade sexual, implica reconhecer que aquele grupo de pessoas é sim detentor de liberdade sexual, mas não em sua plenitude, pois o próprio direito penal

incolumidade sexual, ou, ainda, na intangibilidade sexual — expressões equipolentes⁶²). Nega-se assim, a unidade da objetividade jurídica do art. 234 do CP: primeiro, por completo, na dimensão coletiva; segundo, na dimensão individual, pois, ao invés de considerar que ela somente consiste na liberdade sexual — alusiva tanto a adultos aptos a expressar consentimento jurídico-penal eficaz, quanto às crianças e adolescentes, assim como às pessoas reputadas vulneráveis⁶³ —, prefere-se estabelecer que o bem jurídico protegido pelo art. 234 do CP, apesar de sempre ser individual, consiste na autodeterminação sexual e na integridade sexual, ambas desdobramentos da dignidade sexual, especificados conforme as distinções antes apontadas.

5.1.1.4 “Aparência” coletiva do bem jurídico tutelado

Sob o enfoque da teoria do bem jurídico, a substituição, no particular, da tutela de um sentimento coletivo pela proteção tanto da autodeterminação sexual de indivíduos adultos capazes de expressar consentimento jurídico-penal eficaz, quanto da integridade sexual de crianças, de adolescentes e de vulneráveis, redundaria em ganhos de concretude dogmática. Nesse diapasão, ressalta Schünemann:

A teoria do bem jurídico, tem, primeiramente, uma tarefa de grande importância na crítica à hipostasia de bens jurídicos coletivos aparentes naqueles setores em que na verdade se trata apenas de uma *classe de bens jurídicos individuais*. Com isso, a teoria pode contribuir já no campo da simples exegese legal com argumentos decisivos para uma redução adequada do campo punível, sem a penosa hipoteca de ter de afirmar a inconstitucionalidade de uma lei.⁶⁴

não admite de forma irrestrita, e, além disso, porque o art. 16 do ECA, ao definir o direito de liberdade das crianças e dos adolescentes, nele não insere a possibilidade de exercício de escolhas em assuntos sexuais, notadamente aquelas alusivas ao acesso à obscenidade.

⁶² Como visto no tópico 5.1.1.2 deste Capítulo 5, a doutrina estrangeira — espanhola e argentina, mais precisamente — estabelece que, nos crimes em que a conduta punível consiste na exibição de obscenidades a “menores e incapazes”, o bem jurídico inserto sob tutela penal é a *indemnidad sexual*. Pois bem. Segundo o dicionário Aurélio, “indenidade” significa a “qualidade ou estado daquilo que é indene” (cf. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1986. p. 936), sendo certo que “indene” (do latim *indemne*), por sua vez, significa “que não sofreu dano ou prejuízo; íntegro, ileso, incólume”. (FERREIRA, *loc. cit.*).

⁶³ A liberdade sexual alusiva às pessoas com idade inferior a 18 anos e àquelas reputadas vulneráveis não diz exatamente sobre o direito de opção por experienciar contextos sexuais, mas se refere à liberdade no sentido de vivenciar, inclusive sob a garantia da lei, o desenvolvimento saudável e a preservação da intimidade, na seara sexual, livre de influências negativas ou perturbadoras. Inês Ferreira Leite (*Pedofilia: repercussões das novas formas de criminalidade na teoria geral da infração*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 48, cf. nr. 94) coleta opiniões doutrinárias a respeito; assim: “Figueiredo DIAS fala no livre desenvolvimento da personalidade do menor, quanto aos actos exibicionistas, e no livre desenvolvimento da personalidade da criança, na esfera sexual quanto à pornografia, [...]”; BERENGUER identifica a protecção de um conglomerado de interesses: o bem-estar psíquico e o seu livre desenvolvimento, [...]”; MOURAZ LOPES entende que é sempre a autodeterminação que se está a tutelar, visando proteger-se os menores de influências que a prejudiquem no futuro, [...]” Portanto, a liberdade sexual (ou autodeterminação sexual) de menores de 18 anos e de pessoas vulneráveis, assim reconhecidas em acepção jurídico-penal, tem muito mais que ver com direito de permanecer livre de intrusões sexuais indevidas, do que direito de exercer livre vontade sexual.

⁶⁴ SCHÜNEMANN. *Direito penal no Estado Democrático de Direito...*, p. 60.

Isso considerado e à vista dos tópicos anteriores deste capítulo, resta claro que o art. 234 do CP é exemplo de crime com bem jurídico aparentemente coletivo.

É que os bens jurídicos coletivos — de acordo com o rigor da doutrina de Hefendehl⁶⁵ —, definem-se, em sumárias linhas, pela integração dos conceitos de: i) “não-exclusão” (*Nicht-Ausschliessbarkeit*), no que se refere ao seu uso; ii) de “não-rivalidade” (*Nicht-Rivalität*), no que tange ao seu consumo; iii) “não-distributividade” (*Nicht-Distributivität*), na medida em que inadmitem, real ou juridicamente, sua divisão em fragmentos que possam ser atribuíveis aos indivíduos ou a uma parte da sociedade. Bens jurídicos com essas características seriam, exemplificativamente, os referentes à organização do Estado e aqueles voltados à proteção ao meio ambiente.⁶⁶ Entre os bens coletivos e os individuais — ainda segundo o eminente Professor da Universidade de Friburgo — existem outros que formam “constelações especiais”, como se dá, *v.g.*, em relação àqueles voltados à tutela da “saúde pública” (no caso das tipificações em matéria de entorpecentes ilícitos) e da “segurança do tráfego viário” (no que concerne aos crimes de trânsito). Sobre o destino que deve ser conferido a essa modalidade intermediária, o nominado autor é enfático: “Hay que eliminar esas construcciones de bienes jurídicos colectivos aparentes para revelar las verdaderas condiciones de legitimación que atañen a la protección de bienes jurídicos individuales.”⁶⁷

Mutatis mutandis, impende balizar que a estrutura dos delitos de ultraje público ao pudor (entre os quais se inclui o crime de escrito ou objeto obsceno) não é rigorosamente composta por bem jurídico coletivo, mas individual: uma mesma expressão, apresentada à guisa de arte, pode ser inócua à autodeterminação sexual de alguém (que, inclusive, deseja acessá-la), mas pode também, simultaneamente e ao contrário, ser ofensiva à autodeterminação sexual de outrem (que não quer ser confrontado com ela).⁶⁸ Da mesma forma em relação às pessoas

⁶⁵ HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. In: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang (Ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Traducción del original “Das Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm” realizada por María Martín Lorenzo. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 173-190.

⁶⁶ De acordo com o magistério de Hefendehl (*Ibidem*, p. 180), “hay que rechazar también la extendida tesis de que los llamados delitos contra la paz pública [*Friedenschutzdelikte*] son delitos que protegen bienes jurídicos colectivos. Normalmente se entiende como paz pública un estado de seguridad jurídica general así como de conciencia em los ciudadanos de estar y seguir estando protegidos en sus intereses legítimos garantizados por el ordenamiento jurídico, con el consiguiente efecto tranquilizador. Una perturbación (lesión) de la paz pública existiría, conforme a esta tesis, cuando un cierto número, indeterminado pero en todo caso grande, de grupos de población hubieran visto menoscabada su confianza, al menos transitoriamente, en la eficacia protectora del ordenamiento jurídico. Sin embargo, la necesidad descrita de acciones comunicadas públicamente con un efecto de gran alcance no basta por sí misma para alumbrar un bien jurídico colectivo”.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 184.

⁶⁸ Por ocasião do julgamento *Cohen vs. California* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. *Cohen vs. California* (403 U.S. 15, 1971). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/403/15/>. Acesso em: 26 jan. 2019), o Justice Harlan consignou, em sua *opinión*, esta famosa passagem (page 403 U.S. 25): “For, while the particular four-letter word [fuck] being

com idade inferior a 18 anos ou àquelas reputadas vulneráveis: uma mesma publicação pode ofender a integridade sexual de uns (aqueles efetivamente confrontados com ela, sem que estivessem autorizados⁶⁹ a tanto) e não de outros (que, apesar de estarem, naquele mesmo recinto, ali comparecem devidamente autorizados, ou, desde que não sejam portadores dessa mesma autorização, não chegaram a acessar a representação nem foram expostos a ela).⁷⁰ Logo, somente aqueles que não consentiram em fruir da expressão (seja porque não puderam, seja porque não podem expressar seu consentimento) são sujeitos passivos do delito, e não propriamente a coletividade. Em síntese, os critérios de aferição do bem jurídico autenticamente coletivo não permitem que a objetividade jurídica do art. 234 do CP neles se ajustem.

A demarcação desse ponto é capital, pois, de acordo com a observação de Schünemann, “a errônea designação de bem jurídico coletivo tem servido, na jurisprudência, como argumento para ignorar a exclusão da proteção penal na presença do consentimento ou autocolocação em perigo do detentor do bem jurídico”.⁷¹

5.1.2 Condutas proibidas

A construção da tipicidade objetiva, como empreendimento dogmático, enfatiza a própria racionalidade que deve imperar no sistema penal. Em razão disso, estabelecer os limites entre o que se inclui na norma proibitiva e aquilo que a ordem jurídica considera não demandar a estimativa de um juízo penal é crucial para a definição da conduta, em acepção jurídico-penal: o exame do tipo, por conseguinte, está implicado com esse mesmo movimento analítico.⁷² A propósito, ensina Juarez Tavares:

Como o tipo implica a descrição de uma conduta que viola uma norma mediante uma ação causal positiva (norma proibitiva) ou a omissão de uma ação devida (norma mandamental), entende-se que sua avaliação não pode ficar restrita a essa simples descrição; deve também ser confrontada com a própria ordem jurídica. Isso porque o

litigated here is perhaps more distasteful than most others of its genre, it is nevertheless often true that one man's vulgarity is another's lyric.”

⁶⁹ Pessoas com idade inferior a 18 anos podem ser, até certos limites, autorizadas juridicamente ao confronto direto com representações de caráter sexual. Nesse sentido, cf. itens 5.1.2.2 e 5.1.4.2.2.2.2 deste Capítulo 5. Para o momento, basta dizer: o contexto (v.g., para fins de estudo) e a própria permissão dos pais e responsáveis, nos termos do art. 7º da Portaria nº 1.189/2018 do Ministério da Justiça (cujo teor é integralmente transcrito no último dos tópicos supramencionados), constituem hipóteses da aludida autorização.

⁷⁰ Cf. item 5.1.2.2 deste Capítulo 5.

⁷¹ SCHÜNEMANN. *Direito penal no Estado Democrático de Direito...*, p. 80.

⁷² O conteúdo normativo do tipo exige a superação do mero formalismo. No tipo, portanto, o aspecto social-valorativo deve incidir no dado objetivo. Por isso, acentua Fernando Galvão (*Direito penal: parte geral*. 10. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 269) que “a conduta examinada se revela jurídico-penalmente relevante por seu significado”, e este, com efeito, jamais deve descurar do contexto de uma tipicidade em sentido normativista-social, cujo conteúdo material aproxima a dogmática jurídica da própria realidade (cf., nesse sentido, *Ibidem*, p. 270).

fato típico não esgota a matéria de proibição ou determinação, o que conduz a verificar se a ordem jurídica não dispõe de outra norma que lhe contrapõe.⁷³

Sob a égide da ora apresentada ressignificação hermenêutica, tem-se que não faz sentido imputar penalmente a alguém o cometimento do crime do art. 234 do CP, se existe, já *in abstracto*, normativa jurídica que resguarda, mediante o atendimento de determinadas condições,⁷⁴ a prática de conduta (apenas formalmente identificada no tipo), e essa atende-as. Daí que dois movimentos analíticos se impõem: o primeiro deles, adstrito ao exame do próprio significado jurídico referente aos seus núcleos típicos; o segundo, atento à limitação do alcance da norma deduzida do art. 234 do CP.⁷⁵

⁷³ TAVARES, Juarez. *Fundamentos da teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanc, 2018. p. 169.

⁷⁴ A antijuridicidade, como categoria própria do delito, não perde a sua razão de ser, nos termos da ressignificação hermenêutica ora proposta. Assim, o exame da pertinência ou não da incidência de causas de exclusão de ilicitude, em especial o exercício regular de direito (art. 23, inc. III, *in fine*, do CP) de publicar materiais, conteúdos que podem ser interpretados como obscenos em contextos artísticos ou pretensamente artísticos, deve se dar na análise de casos concretos. Nesse sentido, segundo Roxin (*Derecho penal*: parte general: tomo I: fundamentos: la estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana y notas de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 287), o juízo acerca do injusto “contiene siempre una valoración negativa de la conducta del autor en el caso individual, y no se refiere a la clase de delito, sino a la concreta dañosidad social del suceso único”.

⁷⁵ De acordo com Taipa de Carvalho (*Direito penal*: parte geral: questões fundamentais: teoria geral do crime. 2. ed. Coimbra, 2008. p. 256), o tipo legal, além de desempenhar uma função de garantia do cidadão, “cumpre também uma função político-criminal de proteção dos bens jurídico-penais, através da motivação proibitiva (de determinadas ações) ou impositiva (de certas ações adequadas a evitar lesão de bens jurídicos)”. Do ponto de vista dogmático, o citado autor entende o tipo legal como “coconstitutivo do ilícito criminal”, não sendo o tipo legal nem um *posterius* e nem um *prius*, relativamente ao ilícito. (TAIPA DE CARVALHO, *loc. cit.*). Por sua vez, Jorge de Figueiredo Dias (Sobre a construção dogmática da doutrina do fato punível. In: _____. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 222) pontifica que, “num sistema teleológico-funcional da doutrina do crime, não há lugar a uma construção que separe, em categorias autônomas, a tipicidade e a ilicitude. Categoria sistemática, com autonomia conferida por uma teleologia e uma função específicas, é só a categoria do ilícito-típico ou do tipo de ilícito”. De seu turno, Juarez Tavares (*loc. cit.*) registra que “o fato injusto só pode ser levado em conta se implica uma *antinormatividade* (como tipicidade) e uma *antijuridicidade* (como fato ilícito)”. Em outra obra de sua lavra, ao dissertar sobre a “conduta típica”, o autor (TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 183) observa que “o bem jurídico só pode ser considerado violado se esta violação se der na zona do ilícito. Como a norma penal é fundamentalmente uma norma de conduta, porque se destina a demarcar as zonas do ilícito e do lícito em relação aos sujeitos e a delimitar o poder de intervenção do Estado, a ação ou a omissão típica violadora de bem jurídico é sempre representada por um verbo de certo sentido”; razão pela qual a formação dos tipos deve se fundamentar em “critérios de imputação derivados da estrutura de demarcação das zonas do lícito e do ilícito e da relação entre as modalidades de conduta e os seus efeitos lesivos ou perigosos a bens jurídicos”. Jescheck e Weingend acentuam que, “de conformidad con la actual situación de la teoría del delito hay que aceptar que en el tipo deben encontrar acogida todos aquellos elementos que fundamentan el contenido material de injusto del hecho punible. El tipo debe proporcionar claridad acerca de cuál es el bien jurídico en que el legislador ha pensado como sentido de la norma penal, qué objetos de la acción entran en consideración [...], en qué consiste la acción u omisión prohibida, si una o otra deben haber causado una lesión o sólo un peligro concreto para el bien jurídico y, finalmente, si es exigido el dolo o basta con la imprudencia [...]. La materia objeto de prohibición debería agotarse en la circunscripción del tipo, pues con el mismo el legislador ha suministrado la totalidad de los elementos que reúne el contenido de injusto típico de la correspondiente figura de delito”. (JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal*: parte general. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. renovada, corregida e ampl. Granada: Editorial Comares, S. L., 2002. p. 262-263). De sua parte, Roxin (*Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Tradução dos §§ 7º e 11, nm 1/119 de Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. ed. München, Beck, 1997. Tradução de Luís Greco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 235) assevera que “a ação típica concreta é

5.1.2.1 Significado dos núcleos previstos na tipificação

No que toca aos diversos significados dos verbos típicos que compõem o art. 234 do CP, pode-se afirmar que, de um modo geral, estão juridicamente bem-postos pela tradicional doutrina pátria e, nessa medida, não exigem maiores ressignificações hermenêuticas.⁷⁶

O núcleo “fazer”, no entanto, ante a sua própria amplitude semântica,⁷⁷ merece restrição teleológica quanto ao conteúdo típico, pois escritos, objetos e representações de caráter obsceno somente despertam interesse penal quando efetivamente se despregam do terreno da abstração criativa: pensamentos, afinal, são impuníveis.⁷⁸ Somente está “feita” a expressão obscena que evidenciar, em sua fisicidade (tangível, visual, audível etc.), formas e/ou conteúdos reveladores da própria obscenidade: por isso, a figuratividade imagética do elemento questionado como obsceno é imprescindível, assim como também o são tanto a clareza da

analisada segundo o aspecto da autorização ou da proibição, levando-se em conta todos os elementos reais da situação particular. Neste terceiro nível do delito, deve-se falar em ‘injusto’, e não só em ‘antijuridicidade’. Pois assim como o tipo carrega em seu bojo a ação (só ações podem ser típicas), assim também a ação e o tipo estão contidos no injusto: só ações típicas podem ser injustos jurídico-penais”; daí que, para o referido autor, entre as funções político-criminais desempenhadas pelo juízo do injusto está “ligar o Direito Penal à totalidade do ordenamento jurídico, integrando as valorações decisivas desta” (ROXIN, *Funcionalismo...*, p. 236); assim, “no injusto eleva-se o fato além da tipificação abstrata contida nos tipos: o fato é situado no contexto social, daí se obtendo uma valoração do conflito de interesses sob o ponto de vista de sua proibição ou autorização (caso este em que ocorre a exclusão do injusto)” (ROXIN, *loc. cit.*). Em outra obra, afirma Roxin (*Derecho penal...*, t. I, p. 287-288) que “tipo y antijuridicidad han de quedar separados sistemáticamente, pero que, no obstante, ambos se pueden reunir componiendo un ‘tipo global’ en el aspecto del injusto. Por tanto, es absolutamente legítimo contraponer a la responsabilidad el ‘injusto’, como unidad superior de tipo y antijuridicidad, separándolo, en cuanto compendio de las circunstancias decisivas para la prohibición penal, de la responsabilidad como suma de los elementos relevantes para la responsabilización del autor”. De todo o exposto, assinala-se que o tópico, ao se referir às “condutas proibidas”, considera a tipicidade implicada com a antinormatividade, mas isso não corresponde à supressão da categoria da antijuridicidade, reservada à aferição da ilicitude em cada caso concreto, ante possível exercício regular do direito. Não se trata, pois, de preferir o “tipo total” do art. 234 do CP, mas apenas considerar os comportamentos tipificados em atenção à própria valoração normativa que os faz ou não proibidos, em contraponto à mera análise estática dos “núcleos do tipo”, apresentada no item 4.1.2 do Capítulo 4 desta dissertação. Dizer que o presente tópico apresenta os comportamentos proibidos na perspectiva do “tipo de injusto” não seria de todo objetável, embora a análise ora empreendida, referente às condutas proibidas, apenas tenha se dado no plano da antinormatividade abstrata.

⁷⁶ Cf. item 4.1.2 do Capítulo 4 desta pesquisa, observadas as ressalvas ora assinaladas.

⁷⁷ A lista de significados do verbo fazer é bastante extensa: o *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*, por exemplo, elenca 58 (cinquenta e oito) sentidos que podem lhe ser atribuíveis (FERREIRA, *Novo dicionário Aurélio...*, p. 763-764).

⁷⁸ A obra do artista brasileiro Paulo Roberto Barbosa Bruscky (Recife, 1949) intitulada *Meu cérebro desenha assim* (*My brain draws like that*), de 1976 e que integra o acervo do MoMA (Museum of Modern Art, de Nova York), consiste em quatro folhas de papel, cada uma com 19,1 por 30,5 cm, nas quais constam os resultados gráficos do eletroencefalograma (EEG) do seu autor, acrescidas de carimbo (BRUSCKY, Paulo Roberto Barbosa. *Meu cérebro desenha assim* (*My brain draws like that*). Nova York: Museum of Modern Art de Nova York (MoMA), 1976. Disponível em: <https://www.moma.org/collection/works/168171>. Acesso em: 4 nov. 2018). Os “desenhos” constantes nas referidas folhas de papel são os registros dos pensamentos e emoções do artista. Suponha-se uma pessoa que, apropriando-se dessa invenção artística, também queira registrar, em seu próprio EEG, uma imagem obscena, representada no claustro de seu psiquismo; na medida em que as linhas do EEG não formam um desenho obsceno, o resultado gráfico não é penalmente relevante. Assim, desde que o agente não narre em voz alta (ou não reproduza em mídia audiovisual), o conteúdo obsceno de seu pensamento não passa pelo sentido do “fazer”, tal como consta tipificado no art. 234 do CP.

palavra que possa assim ser adjetivada (tanto faz, se escrita ou pronunciada), como, igualmente, o sentido geral e preponderante, de caráter obsceno, seja da ação representada em qualquer modalidade de espetáculo, seja daquela cinematograficamente exibida.

Quanto ao verbo “distribuir”, calha pontuar a admissão de seu significado no sentido de “entrega a outrem”. Isso porque o art. 234 do CP não determina, a rigor, que a obscenidade perpassasse necessariamente por uma multidão. Por esse motivo, no particular, sequer há — a rigor — reexame exegetico, mas apenas a expressa adoção de posição doutrinária proposta por renomado autor nacional, cujo vulto fulgura entre os clássicos.⁷⁹

O núcleo “expor” guarda o sentido de retirar a inacessibilidade da expressão, de modo a permitir que seu conteúdo chegue a outrem. Por sua vez, “público” é toda pessoa que não tenha criado, produzido, dirigido ou sido incumbida de expor, divulgar, a expressão; logo, nada impede que o público seja feito de uma só pessoa.⁸⁰ “Expor à venda” segue essa noção: se o “vender” pode ser feito para um indivíduo singular, para fins do art. 234 do CP, quanto ao “expor à venda”, *a fortiori*, basta que a exposição seja feita a uma única pessoa.

Importante notar que os significados ora apontados, referentes aos comportamentos supradestacados, convergem para o caráter individual do bem jurídico tutelado (em quaisquer de seus aspectos) e franqueiam o acesso a valorações que interessam à realidade social contemporânea.⁸¹

Por fim e sob aspecto diverso, cabe observar que todas as condutas tipificadas no art. 234 do CP apontam para uma atuação positiva por parte do agente; daí que Guilherme de Souza Nucci⁸² assinala que é comissivo o crime do art. 234 do CP. Não obstante o acerto da posição doutrinária, releva ainda destacar que, em tese, é possível seja o delito também cometido mediante omissão imprópria.⁸³

⁷⁹ Já admitia Hungria (*Comentários ao código penal* (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. v. VIII (arts. 197 a 249). 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 315-316): “*Distribuir* é entregar a outrem, com ânimo definitivo ou não, a título gratuito ou oneroso (exemplo: locação lucrativa), franca ou clandestinamente, de modo direto, ou mediante despacho, ou por via postal.”

⁸⁰ Nesse sentido, calha pontuar que “o Teatro de Lambe Lambe é uma experiência que acontece em um invólucro, um mini teatro para um único espectador. Através de um furo, o público pode experimentar a confidência de um mundo paralelo, uma experiência imagética e poética”. (ALMEIDA, Tiago. *Teatro em miniatura*. Disponível em: <https://teatroemminiatura.wordpress.com/>. Acesso em: 18 jan. 2019). Ademais, é fato notório que, contemporaneamente, existem cabines individuais que permitem ao usuário acessar conteúdos obscenos.

⁸¹ V.g., a remessa, via WhatsApp ou *e-mail*, de obscenidades a vulneráveis ou a pessoas que não as desejam.

⁸² NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 919.

⁸³ Seria desta natureza, v.g., o comportamento dos curadores de museus, organizadores de mostras, donos de estabelecimentos culturais (galerias de arte, teatros, cinemas etc.), responsáveis diretos por transmissões etc., que, desconsiderando propositadamente as exigências da normatividade jurídica, tornam pública a expressão obscena, sem oportunizar a terceiros a escolha de serem com ela confrontados ou propiciando que crianças e adolescentes a acessem, de modo indevido. Essas pessoas, muitas vezes assumindo a posição de garantidores,

5.1.2.2 Limites das proibições

O alcance das proibições jurídico-normativas pertinentes às publicações marcadas por formas e conteúdos sexuais limita o âmbito de eficácia do art. 234 do CP. Significa afirmar, *contrario sensu*, que comportamentos obedientes aos parâmetros estipulados por eventuais permissões jurídico-normativas referentes à publicação das obscenidades não integram o tipo objetivo porquanto faltos de carga de desaprovação jurídica.

É fundamental manter sob mira que referidas permissões não desvalorizam o respeito à autodeterminação sexual de indivíduos adultos capazes de expressar consentimento jurídico-penal eficaz, bem como jamais olvidam da especial proteção assegurada às crianças e aos adolescentes, nem daquela necessária tutela cabível aos vulneráveis.

Em razão, portanto, da própria natureza bifronte da sua objetividade jurídica, o art. 234 do CP exige leitura que não descure dos termos da Lei nº 8.069/1990 (ECA). Desde essa ótica, compete observar que o art. 74, *caput*, do apontado Estatuto, dispõe que: “O poder público, através do órgão competente, regulará as diversões e espetáculos públicos, informando sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada.” Ademais, o citado Diploma Legal ainda prevê que: “Toda criança ou adolescente terá acesso às diversões e espetáculos públicos classificados como adequados à sua faixa etária” (art. 75, *caput*), sendo certo que: “As crianças menores de dez anos somente poderão ingressar e permanecer nos locais de apresentação ou exibição quando acompanhadas dos pais ou responsável” (art. 75, parágrafo único). Todavia, se as apontadas disposições apenas fornecem elementos implícitos condizentes à possibilidade de publicações marcadas por conteúdos sexuais, por outro lado, de modo a explicitar a viabilidade de publicações notabilizadas pela presença de obscenidades, o parágrafo único do art. 78 do ECA é categórico: “As editoras cuidarão para que as capas que contenham mensagens pornográficas ou obscenas sejam protegidas com embalagem opaca.”

A conjugação das normas acima transcritas impele ao reconhecimento de que: *i*) publicações obscenas e pornográficas não são sempre proibidas; *ii*) essas mesmas publicações, para que possam ser permitidas, devem obedecer a determinadas formalidades; *iii*) essas formalidades, por sua vez, constituem objeto de regulação por parte do Poder Público. Em suma, desde que respeitadas as restrições previstas na normatividade jurídica,⁸⁴ existe a

também atraem para si, conforme as circunstâncias do caso concreto, o dever de impedir, nos termos do art. 13, § 2º, do CP, que as manifestações obscenas sejam apresentadas em afronta ao art. 234 do CP.

⁸⁴ No recorte epistemológico desta dissertação, que se atenta ao debate dogmático acerca dos limites de aplicabilidade do art. 234 do CP, não cabem discussões ideologicamente enviesadas referentes ao acerto ou

possibilidade de que a publicação, embora obscena, não reste inserida no alcance proibitivo da norma penal deduzida do art. 234 do CP. Essa conclusão afina-se com a própria essência da liberdade de expressão, uma vez que garante, em máxima medida, a emissão do *conteúdo* da manifestação do pensamento, apenas definindo a sua *forma* de inserção social.⁸⁵

Em reforço ao argumento, a Lei nº 10.359, de 27 de dezembro de 2001, “dispõe sobre a obrigatoriedade de os novos aparelhos de televisão conterem dispositivo que possibilite o bloqueio temporário da recepção de programação inadequada” e determina, em seus arts. 4º⁸⁶ e 5º,⁸⁷ que conteúdos com cenas de sexo ou violência, veiculados em canais abertos ou fechados, possam ser evitados, em respeito à opção do próprio destinatário. Essa garantia reitera a possibilidade jurídica, mediante condições, da publicação de conteúdos sexuais.

Nessa mesma toada, a Lei nº 12.485, de 12 de setembro de 2011, que “dispõe sobre a comunicação audiovisual de acesso condicionado”, ao se referir expressamente, em seu art. 18, inc. V, aos “canais de programação dedicados precipuamente à veiculação de conteúdos de cunho erótico”, está também, ao mesmo tempo, reafirmando a realidade normativa que admite, na ordem jurídica brasileira, a difusão da pornografia,⁸⁸ embora com as restrições consignadas no mesmo Diploma Legal.⁸⁹

Além disso, de molde a regulamentar tanto as mencionadas leis quanto as disposições do ECA destinadas à disciplina do acesso das crianças e dos adolescentes à informação, à cultura, às diversões e aos espetáculos, vige a Portaria nº 1.189, de 3 de agosto

desacerto do *modus* pelo qual o Poder Público regula as publicações pornográficas ou obscenas. O fato é: essa regulação existe e isso impacta diretamente a aplicação do mencionado preceito penal.

⁸⁵ Em estudo sobre a liberdade de expressão, João Costa Neto (*Liberdade de expressão: o conflito entre o legislador e o juiz constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 84-85) pondera que “as restrições à forma do discurso — que são aquelas que dizem respeito ao local, horário, meio de divulgação — são, em princípio, admissíveis. [...]. Por outro lado, restrições ao conteúdo do discurso são, em princípio, inadmissíveis, salvo com base em exceção bem fundamentada em interesses cogentes da coletividade. Nessa hipótese, a máxima proporcionalidade será aplicada de maneira mais substancial, na forma de um controle intensificado de conteúdo (*intensivierte inhaltliche Kontrolle*)”. Um exemplo de conteúdo expressivo que jamais pode ser admitido é aquele que tece elogios ao racismo, cuja prática, nos termos própria CR, “constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”. (art. 5º, inc. LXII).

⁸⁶ “Art. 4º As emissoras de televisão aberta e as operadoras de televisão por assinatura e a cabo deverão transmitir, juntamente com os programas que contenham cenas de sexo ou violência, sinal que permita seu reconhecimento pelo dispositivo especificado no inciso II do art. 1º desta Lei.”

⁸⁷ “Art. 5º As emissoras de televisão aberta e as operadoras de televisão por assinatura e a cabo deverão divulgar previamente suas programações, indicando de forma clara os horários e canais de exibição dos programas que contiverem cenas de sexo ou violência, nos termos do parágrafo único do art. 3º desta Lei.”

⁸⁸ A Instrução Normativa nº 105, de 10 de julho de 2012, da Agência Nacional do Cinema (Ancine), que “dispõe sobre o Registro de Título da Obra Audiovisual Não Publicitária, a emissão de Certificado de Registro de Título e dá outras providências”, em seu art. 1º, inc. I, define “canal de conteúdo erótico” como “canal de programação que, no horário nobre, veicule majoritariamente obras audiovisuais de cunho pornográfico ou erótico”.

⁸⁹ “Art. 11. Nenhum conteúdo veiculado por meio do Serviço de Acesso Condicionado será exibido sem aviso, antes de sua apresentação, de classificação informando a natureza do conteúdo e as faixas etárias a que não se recomenda.”

de 2018, do Ministério da Justiça,⁹⁰ cujas disposições remetem ao *Guia Prático de Classificação Indicativa*.⁹¹ Um dos eixos da referida regulação diz respeito à publicização da temática “sexo e nudez”,⁹² amplamente detalhada no item “B” do citado *Guia Prático*,⁹³ sobre a qual incide o sistema de atenuantes e agravantes, também previsto neste último documento. Portanto, mediante o atendimento de certos critérios, a obscenidade⁹⁴ e as demais variantes de “sexo e nudez” são publicáveis, bem como são passíveis de classificação que leve em conta a atenuante do “contexto artístico”, cuja compatibilidade com elas jamais é excepcionada.⁹⁵ Sem embargo, a mencionada Portaria realça, igualmente, a concepção que acentua a apenas relativa liberdade de circulação da obscenidade e da pornografia, porquanto assevera, em seu art. 55,⁹⁶ que a infringência aos seus dispositivos remete o responsável às disposições do ECA e do CP.

5.1.2.3 Síntese do tópico

Em atenção ao alcance de proibição da norma penal deduzida do art. 234 do CP, a análise das condutas consignadas na respectiva tipificação deve considerar os limites permissivos indicados pela própria normatividade jurídica pátria.

⁹⁰ BRASIL. Ministério da Justiça. Portaria nº 1.189, de 3 de agosto de 2018. Regulamenta o processo de classificação indicativa de que tratam o art. 74 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, o art. 3º da Lei nº 10.359, de 27 de dezembro de 2001, e o art. 11 da Lei nº 12.485, de 12 de setembro de 2011. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 6 ago. 2018. Disponível em: http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/35518982. Acesso em: 30 mar. 2019.

⁹¹ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Guia prático da classificação indicativa*. 3. ed. Brasília, 2018. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/classificacao/guia-pratico>. Acesso em: 30 mar. 2019. Acesso em: 30 mar. 2019. O *Guia Prático da Classificação Indicativa*, em sua versão atual, está em sua 3ª edição, cuja organização, em 2018, restou a cargo da Secretaria Nacional de Justiça.

⁹² A Portaria nº 1.189/2018, do Ministério Justiça, silencia sobre o “Manual da Nova Classificação Indicativa”, de 2006. Anote-se que o citado *Guia Prático* faz breve menção ao “Manual” (cf. p. 4, 6 e 8), e nesse, o tema da apresentação de conteúdos sexuais e de nudez é abordado no Capítulo 5, item II (cf. p. 22-24). Cf. BRASIL. Ministério da Justiça. *Manual da nova classificação indicativa*. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/classificacao/manual-da-nova-classificacao-indicativa.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2019.

⁹³ BRASIL. *Guia Prático...*, p. 21-25.

⁹⁴ Na 2ª edição do *Guia Prático de Classificação Indicativa*, publicada em 2012, a “obscenidade” era definida no item A.3.11 da seguinte forma: “Ato, palavra, escrito ou gesto, em especial os obscenos, com o intuito de ofender ou constranger alguém” (p. 12). Na 3ª edição do mesmo documento, publicada em 2018, o conceito de obscenidade, estampado no item A.3.13 (p. 15), embora não tenha variado de forma substancial, passou a ser este: “Ato ou palavra, expressos de forma escrita ou gestual, com o intuito de ofender, ridicularizar ou constranger alguém.” Seja como for, importa notar que o STF julgou, em 17 de agosto de 2016, o RE 898.450/SP, ocasião em que o precedente *Miller vs. California* (413 U.S. 15) foi expressamente citado. Significa dizer que o Pretório Excelso, mesmo dispondo da definição de obscenidade publicada, em 2012, na 2ª edição do *Guia Prático* (item A.3.11), estabeleceu que os parâmetros definidores do obsceno, em acepção jurídica, devem se basear nos critérios instituídos no citado precedente da Suprema Corte Norte-Americana e não no conceito apresentado pelo Ministério da Justiça da República Federativa do Brasil.

⁹⁵ *Ibidem*. Cf., nesse sentido, item D.1.3 (*Ibidem*, p. 30). Com efeito, o sistema de atenuantes é aplicável a aos itens A.3.13 (obscenidade) e B.6, seja na sua variante B.6.1 (sexo explícito) ou B.6.2 (situação sexual complexa/ de forte impacto). Quer isso dizer que, para o Ministério da Justiça, obscenidade e pornografia são formas de expressão compatíveis com o universo comunicativo da arte.

⁹⁶ “Art. 55. O descumprimento dos dispositivos desta Portaria sujeita o responsável às prescrições da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e do Código Penal.”

Indubitavelmente, o exercício da expressão é, de regra, livre. O pluralismo, a igualdade e a harmônica convivência no seio de uma sociedade democrática afastam do âmbito de proibição da norma deduzida do art. 234 do CP censuras estéticas ou reproches de ordem moral sexual. Com isso, a tipicidade material das condutas previstas no dispositivo exige a consideração da normatividade que antagoniza com o interdito subjacente ao tipo. Uma vez que a Lei nº 8.069/1990 estipula a possibilidade jurídica de publicação da expressão obscena, assim como o fazem a Lei nº 10.359/2001 (afinal cenas de sexo podem, por vezes, ingressar na órbita do obsceno) e a Lei nº 12.485/2011 (cuja disciplina prevê o acesso de programas de cunho pornográfico), o tipo apontado deve ser confrontado com mencionados Diplomas Legais. Estes, por sua vez, são regulamentados pela Portaria nº 1.189/2018, do Ministério da Justiça, integrada pelo *Manual da nova Classificação Indicativa* e, principalmente, pelo *Guia Prático de Classificação Indicativa* (pois somente esse último é expressamente citado na referida Portaria), ambos do mesmo órgão. Significa dizer que a aplicação do art. 234 do CP pode restar limitada, mesmo em face de conduta atrelada ao obsceno (fazer, expor etc.): por isso, “se” e “quando” o comportamento for juridicamente permitido, mediante o cumprimento dos parâmetros exigidos por aquele aludido complexo normativo, não há conduta proibida, penalmente relevante.⁹⁷

5.1.3 Sujeito ativo

Nada há de ser ressignificado, pois todas as condutas tipificadas no crime de escrito ou objeto obsceno realmente podem, de fato e *de jure*, ser praticadas por qualquer pessoa.

5.1.4 Sujeito passivo

A função dogmático-interpretativa desempenhada pelo bem jurídico, segundo Sheila Jorge Selim de Sales, “orienta a interpretação dos tipos penais, permitindo ao intérprete,

⁹⁷ Com natureza de ato administrativo, a Portaria nº 1.189/2018, do Ministério da Justiça, introduz no ordenamento jurídico pátrio apenas normas hierarquicamente inferiores àquelas insertas no Código Penal. Destarte, desde que fosse considerada de *per se*, as disposições da citada Portaria não teriam o condão de prevalecer diante do art. 234 do CP (*i.e.*, a aparente contradição no ordenamento jurídico estaria solucionada pela prevalência da norma proibitiva deduzível da lei penal, e não dos permissivos contidos no ato administrativo). No entanto, cabe pontuar que a Portaria nº 1.189/2018, do Ministério da Justiça (integrada pelo *Guia Prático da Classificação Indicativa*) consta na ordem jurídica pátria como complemento normativo de outras três leis (Leis nº 8.069/1990, nº 10.359/2001 e nº 12.485/2011), detentoras da mesma hierarquia normativa que aquela ostentada pelo Decreto-Lei nº 2.848/1940 (CP). Logo, as disposições da citada Portaria veiculam conteúdos permissivos que concretizam preceitos legais cujas normas se põem em confronto direto com a norma penal deduzível do art. 234 do CP. Isso posto, o fato de a Portaria nº 1.189/2018, do Ministério da Justiça, não derivar diretamente do art. 234 do CP não a descredencia de participar no exame do alcance do apontado tipo: em razão de integralizar outras leis que não a penal, regulamentando-as, a mencionada Portaria aparelha o ECA (este em especial) a perquirir o obsceno penalmente relevante.

com facilidade, identificar o sujeito passivo”.⁹⁸ Atrelada a isso, ademais, aquela mesma função assume papel determinante à aplicação ou não do instituto do consentimento do ofendido.⁹⁹

A noção de que “em cada um dos crimes sexuais o ofendido deve ser um sujeito individual” — conforme observa, por todos, Natscheradetz¹⁰⁰ — já foi assentada no item 5.1.1 deste capítulo. Por isso, em coerência com a objetividade jurídica tutelada pelo art. 234 do CP, cabe afirmar que o ofendido do delito não é nem o Estado, nem a sociedade ou a coletividade e o indivíduo, como aponta, sem maiores consensos, a doutrina tradicional pátria.

Com efeito, e como corolário do reexame exegético ora operado, somente a pessoa humana pode ser titular do bem jurídico tutelado pelo tipo *sub examine* e, bem por isso, é ela — exclusivamente — quem deve figurar como sujeito passivo do crime de “escrito ou objeto obsceno”, em quaisquer de suas modalidades.

Após a edição da Lei nº 12.015/2009, José Henrique Pierangeli e Carmo Antônio de Souza,¹⁰¹ além de Luiz Regis Prado¹⁰² identificaram a pessoa individual, em abordagem específica ao art. 234 do CP, como único sujeito passivo do referido delito.

Encampando esse entendimento, a ressignificação hermenêutica ora proposta indica que somente figura como sujeito passivo do crime do art. 234 do CP a pessoa humana, individualmente considerada, qualquer que seja seu sexo, idade ou condição psicofísica.¹⁰³ Esses dois últimos aspectos, contudo, sempre devem ser examinados com cautela, porquanto ensejam uma distinção importante: será sujeito passivo do crime do art. 234 do CP o adulto capaz de expressar consentimento jurídico-penal eficaz cuja autodeterminação sexual não foi levada em conta pelo agente, mas igualmente poderão figurar como ofendidos do mesmo crime a criança, o adolescente e o vulnerável, em desfavor dos quais não foi observado, pelo sujeito ativo, o dever de proteção à integridade sexual, que a eles é normativamente assegurado.¹⁰⁴

⁹⁸ SALES, Sheila Jorge Selim de. Sobre o objeto da tutela penal. In: _____. *Escritos de direito penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 127.

⁹⁹ SALES, *loc. cit.*

¹⁰⁰ NATSCHERADETZ. *O direito penal sexual...*, p. 155.

¹⁰¹ Cf. PIERANGELI; SOUZA. *Crimes sexuais...*, p. 163.

¹⁰² Cf. PRADO. *Tratado...*, v. III, p. 256.

¹⁰³ Conforme aduz Manuel da Costa Andrade, a legitimidade do recurso ao direito penal com vista à proteção do “menor” é consenso, pois ele “deve ser preservado dos perigos relacionados com o envolvimento prematuro em actividades sexuais”. (COSTA ANDRADE. *Consentimento...*, p. 396). Isso não significa, todavia, e ainda conforme o mesmo autor, que “a protecção da juventude reclama necessariamente a defesa de uma ética sexual. Pode, em síntese, considerar-se pacífica a tese do carácter eminentemente pessoal do bem jurídico tutelado. Como SCHRÖDER acentua, ‘não se trata de assegurar um desenvolvimento socialmente útil ou socialmente conforme, mas antes garantir aos jovens, e no seu próprio interesse, uma área de tutela até o amadurecimento da sua personalidade’. A partir daqui, acrescenta o autor, a irrelevância do ‘consentimento’ não deve ser valorada como indício contra a natureza individual do bem jurídico protegido, antes devendo interpretar-se como relevando dos princípios atinentes à capacidade para dar concordância”. (COSTA ANDRADE, *loc. cit.*).

¹⁰⁴ É verdade que portadores de anomalia psíquica não são mencionados no art. 234 do CP. Sem embargo, aquelas pessoas são também, obviamente, merecedoras de amparo penal. Assim, a ausência de expressa referência a

De todo modo, não mais a coletividade, mas sempre o indivíduo.¹⁰⁵

5.1.4.1 O titular do bem jurídico como sujeito consenciente

O art. 1º, inc. III, da *Lex Legum*, estabelece que a dignidade da pessoa é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito em que se constitui a República Federativa do Brasil. Significa dizer que a autonomia do indivíduo exprime um valor que, notadamente no plano jurídico, jamais pode ser estimado de forma secundária¹⁰⁶ e que, no plano social, acaba por reafirmar o compromisso Estatal com o respeito às liberdades.¹⁰⁷

Essa visão não haveria de ser diferente no direito penal. Roxin é enfático ao asseverar que a finalidade desse mesmo ramo do direito “é unicamente impedir que alguém seja lesionado contra a sua vontade. O que ocorre de acordo com a vontade do lesionado é uma componente de sua autorrealização, que em nada interessa ao Estado”;¹⁰⁸ Schünemann assinala:

Se a ciência jurídica não quiser permanecer caolha, tem ela de reconhecer o papel da vítima como o de portador do bem jurídico, quanto como o daquele que renuncia ao bem e que não pode ser jurídico-penalmente protegido em caso de tal comportamento, extraindo daí as consequências interpretativas que, por vezes, levarão a consequências restritivas da punibilidade.¹⁰⁹

Com efeito, essas bases devem ser consideradas no âmbito específico do art. 234 do CP, pois o modelo exegético ora sugerido à compreensão do tipo apresenta a pessoa individual como sujeito passivo do delito. Assim, sempre que esse mesmo sujeito puder prestar

elas não as exclui da condição de sujeitos passivos do delito. Em comentários ao direito penal sexual lusitano, Anabela Miranda Rodrigues (Actos exhibicionistas. In: DIAS, Jorge de Figueiredo *et al.* *Comentário conimbricense do código penal*: parte especial: tomo I (artigos 131º a 201º). Dirigido por Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. p. 537-538) frisa que a referência expressa a determinada classe de sujeitos passivos “só teria razão de ser [...] se o legislador quisesse [...] considerá-los especialmente, por forma a que o crime cometido perante eles fosse punido com pena mais grave. A não ser assim, nenhuma razão subsiste para uma referência especial, nem a ausência dessa referência significa descriminalização total dos comportamentos praticados perante referidas pessoas”.

¹⁰⁵ Note-se o retorno às mais remotas origens: Hungria (*Comentários...*, v. VIII, p. 305), ao comentar sobre o histórico dos crimes previstos no Capítulo VI (Do ultraje público ao pudor), Título VI, da Parte Especial do CP, no qual o art. 234 está inserido, observa que “a *adtentatio pudicitiae* e o *convicium contra bonos mores*, de que nos falam ULPiano e PAULO, embora punidos *contemplatione morum et causa publicae honestitatis*, eram considerados como violação de um direito individual, antes que como lesão de um interesse público”.

¹⁰⁶ Schünemann (*Direito penal no Estado Democrático de Direito...*, p. 34) aduz que “da ideia do contrato social, como única possibilidade de legitimação do poder estatal, deriva o reconhecimento da autonomia e, com isso, da dignidade da pessoa, os quais [...] valem como fundamentos implícitos de todo estado democrático”.

¹⁰⁷ Nesse sentido, Manuel da Costa Andrade (*Consentimento...*, p. 485) assevera que “os crimes que erigem a liberdade um bem jurídico-penal estabelecem uma relação de congruência entre a autonomia individual e o sistema social. O desempenho do sistema social sobrepõe-se e confunde-se com a expressão da liberdade individual, realiza-se na e pela maximização desta liberdade”.

¹⁰⁸ ROXIN. Que comportamentos pode o Estado proibir sob ameaça de pena?..., p. 44.

¹⁰⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. A posição da vítima no sistema penal: um modelo em três colunas. Tradução de Luís Greco. In: _____. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coordenação e tradução de Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 117.

consentimento eficaz, a sua vontade, resultante da convergência entre a liberdade e a razão, não pode ser olvidada. Dois olhos, portanto, miram o aludido tipo: um enxerga a conduta do agente, enquanto o outro observa o sujeito passivo e o seu comportamento.

5.1.4.1.1 Do consentimento jurídico-penal: noção

Nulla injuria est quae volentem fiat. Inscrito no Digesto de Ulpiano — “o que se realiza com a vontade do lesado não constitui injusto”¹¹⁰ —, esse axioma soa atual e relevante à dogmática penal contemporânea.

Se, de acordo com a sintética definição manejada por Marine Carrière de Miranda, “o consentimento é a renúncia à proteção do bem jurídico”,¹¹¹ resta claro que nas situações em que o seu único titular, podendo fazê-lo, não quer — observados certos limites —, a tutela do direito penal, a aplicação de uma pena em desfavor daquele que lhe dirigiu conduta tipificada naquele mesmo direito é medida que conflita com o princípio da *ultima ratio*, inafastável no cenário jurídico-penal de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.¹¹² Por essa razão, segundo a melhor doutrina pátria,¹¹³ a falta de regras explícitas sobre o instituto do consentimento no CP não traduz embaraço ao seu reconhecimento entre nós.

5.1.4.1.2 Estatuto dogmático do consentimento jurídico-penal: terminologia e relevância

Suficiente aos escopos desta dissertação, Juarez Tavares acentua que

¹¹⁰ ULPIANO *apud* PIERANGELI, José Henrique. *Consentimento do ofendido: na teoria do delito*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 66.

¹¹¹ MIRANDA, Marine Carrière de. *Reflexos da vitimodogmática no consentimento em direito penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018. p. 8.

¹¹² Acentua Schünemann que o direito penal “não pode proteger o bem jurídico contra a vontade de seu titular. As até hoje difundidas tentativas de proteger o bem jurídico também contra o seu titular por meio de construções restritivas no poder de disposição parecem disfuncionais, sob a perspectiva da idoneidade ou adequação, e errôneas, por violarem a liberdade de ação do titular do bem jurídico”. (SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal. Tradução de Luís Greco. In: _____. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coordenação de Luís Greco, vários tradutores. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 86).

¹¹³ Nesse sentido, Luís Greco, Frederico Horta, Alaor Leite, Adriano Teixeira e Gustavo Quandt, ao apresentarem à debate proposta alternativa de atualização da Parte Geral do CP, pontificam acerca da regulação do consentimento do titular do bem jurídico: “Também exercitamos nossa máxima minimalista diante do instituto do consentimento. [...], assim, preferimos manter a figura como excludente supralegal do injusto (se da tipicidade ou da antijuridicidade, deixa-se aqui em aberto), e isso por duas razões. A uma, a expressa previsão legislativa do consentimento nos pareceu desnecessária, ante o amplo reconhecimento de que goza essa figura. A relevância do consentimento parece derivar da própria ideia de bem jurídico individual, que é uma dimensão da liberdade de seu titular, de modo que, em princípio, não há verdadeira lesão ao bem se ele é afetado em conformidade com essa liberdade. Além disso, [...] uma regulamentação geral poderia ter o efeito colateral de restringir os efeitos dessa relevante categoria jurídico-penal.” (GRECO, Luís *et al.* *Parte geral do código penal: uma proposta alternativa para debate; versão revista e ampliada*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 120-121).

O consentimento do ofendido não tem uma regulação uniforme na teoria do delito. A doutrina tradicional, resultante de uma concepção causal, neokantiana ou finalista do delito, insere-o como causa de justificação. A doutrina mais recente trata-o como causa excludente de tipicidade. Caso se adote a primeira postura, faz-se uma diferenciação entre consentimento e concordância. Enquanto o primeiro se subordina a uma norma permissiva e, portanto, se situa como matéria de antijuridicidade, a segunda resulta daqueles tipos penais que, pela descrição da conduta, pressupõem o dissenso do titular.¹¹⁴

Destarte, conquanto haja discrepâncias terminológicas referentes à estrita acepção jurídico-penal no tocante ao consentimento, contrapondo-o ao “acordo”,¹¹⁵ a posição ora adotada — registrada por Roxin¹¹⁶ — rechaça a diferenciação. Da mesma forma, malgrado o registro de divergências sobre a natureza jurídica do consentimento¹¹⁷ — *i.e.*, causa de atipicidade *versus* causa de justificação¹¹⁸ — o ponto de vista ora assumido toma-o como

¹¹⁴ TAVARES. *Fundamentos...*, p. 245.

¹¹⁵ Estribados em estudos de Polaino-Orts, autor que reúne os posicionamentos doutrinários sobre o manejo do termo “consentimento” em eventual contraposição ao “acordo”, Alessandra Orcesi Pedro Greco e João Daniel Rassi apontam a existência de três correntes sobre a distinção entre os institutos do “acordo” e do “consentimento”: a) a representada pela doutrina dualista, que diferencia entre “acordo” (causa de atipicidade) e “consentimento” (causa de justificação) e que tem como adeptos Friedrich Geerds, Manuel da Costa Andrade, José Henrique Pierangeli e Francisco de Assis Toledo; b) a chamada doutrina unitária que desconsidera as diferenças entre “acordo” e “consentimento”, pois ambos são causas de atipicidade (sendo esta a posição de Roxin e Antônio Luís Chaves Camargo); c) a doutrina que concebe o “acordo” como causa de atipicidade e estabelece, no “consentimento”, uma divisão diferenciadora, havendo então o consentimento excludente do tipo e o consentimento excludente da antijuridicidade (esta é a doutrina de Jakobs) — cf. GRECO; RASSI. *Crimes contra a dignidade sexual...*, p. 92-93.

¹¹⁶ Cf. ROXIN. *Derecho penal...*, t. I, p. 516.

¹¹⁷ A evolução das doutrinas penais denota um longo e controvertido percurso acerca da natureza jurídica do instituto do consentimento. Feurbach ensinava que o consentimento eliminava o próprio conceito de crime, posto que entendia que à pessoa era dado renunciar seus direitos através de um ato declaratório de sua vontade. Depois, ante a ausência de limites a essa noção, Zitelmann apresentou a “teoria do negócio jurídico”, que mais tarde fora retomada por Frank; em linhas gerais, essa teoria aceitava que o consentimento, mesmo em sede penal, deveria operar como um negócio jurídico de natureza privada: a tese foi refutada, basicamente, porquanto olvidava de que o direito penal se ocupa apenas de forma muito pontual à proteção de interesses estritamente privados. A “teoria da ação jurídica” veio em seguida e, resumidamente, enunciava que se o titular do bem consentia em sua afetação, a conduta que nele incidia era lícita. Edmund Mezger, na sequência, deu a essa teoria outra conotação, ao elaborar a exclusão do injusto fundada na falta de interesse do titular do bem juridicamente tutelado. De sua parte, Hans Welzel — ainda que próximo à teoria da ação jurídica — explicitava, em grandes rasgos, que, se a conduta estiver em conformidade com o consentimento (que não se confunde com o acordo, excludente do tipo), ela já não será antijurídica, enfatizando, com isso, a pertinência do instituto no campo da ilicitude penal. No sentido desta nota, cf. MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*. Traducción de la segunda edición alemana (München, 1933) y notas de derecho español por José Arturo Rodríguez Muñoz. Buenos Aires: Hammurabi, 2010. t. I, p. 365-368; WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán: parte general*. 11. ed. Traducción de Juan Bustos Ramírez y Sérgio Yáñez Pérez. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1970. p. 137-138; e, entre nós, PIERANGELI. *Consentimento...*, p. 66-74.

¹¹⁸ Enumerando expressamente vários autores, nacionais e estrangeiros, que distinguem entre um consentimento excludente de tipicidade e outro justificante (excludente da antijuridicidade), Eugenio Raúl Zaffaroni e outros também admitem que, nos últimos anos, houve ampliação do grupo de autores que consideram que o consentimento sempre exclui a tipicidade (cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro, segundo volume: teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2016. p. 237-239). Esses mesmos autores propõem a distinção entre “acordo”, que afeta a “tipicidade sistemática”, e “consentimento”, que afeta a “tipicidade conglobante” e que “produz efeitos com sua mera existência, independentemente de que o agente a conheça”. (*Ibidem*, p. 239-242); assim, mesmo diante da distinção que fazem entre “acordo” e

“fundamento da exclusão do tipo”.¹¹⁹ Daí decorre a própria relevância funcional do instituto, pois o exame do comportamento do portador do bem jurídico constitui, sob o ângulo prático-objetivo, dado determinante à caracterização do injusto.¹²⁰

5.1.4.1.3 Pressupostos de validade

Certos pressupostos devem ser verificados a fim de que o consentimento do sujeito passivo seja eficaz à exclusão do tipo.

De início, cabe destacar que nada impede que o consentimento do titular do bem jurídico inserto sob proteção penal compareça no tipo objetivo como um seu requisito tácito.¹²¹ Aliás, este é um dado frequente na realidade, inclusive na seara do direito penal sexual.¹²²

Ultrapassada essa premissa, releva enunciar que a aplicação da figura do consentimento jurídico-penal subordina-se à indeclinável reunião de uma série de pressupostos, que se sugere sejam divididos em duas classes complementares, “requisitos positivos” e “condições negativas”. Inserem-se no primeiro grupo: i) a natureza do bem jurídico; ii) a capacidade para consentir do titular do bem jurídico; iii) o momento de expressão do consentimento; iv) a forma de expressão do consentimento. Já as condições negativas do consentimento dizem sobre a ausência de vícios que interferem na formação da vontade do

“consentimento”, para os citados penalistas, ambos os institutos sempre excluem, embora sob diferentes aspectos, unicamente a tipicidade.

¹¹⁹ Sob esse mesmo formato, cf. a terminologia proposta por Roxin (*Derecho penal...*, t. I, p. 517). Para além da nomenclatura afeta à natureza jurídica do instituto, Jescheck e Weigend apontam, como “importantes” autores que concebem o consentimento como circunstância excludente do tipo, entre outros: Eser/Burkhardt, Armin Kaufmann, Kientzu, Maurach, Göbel, Kühne, Roxin, Rudolphi, Sax, Schmidhäuser, Schlehofer, Weigend, Zipf, Wimmer (cf. JESCHECK; WEIGEND. *Tratado...*, p. 402, nr. 19). Na doutrina nacional, registra Fábio Suardi D’Elia (*Tutela penal da dignidade sexual e vulnerabilidade*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2014. p. 80) que “a teoria de que o consentimento constitui causa de atipicidade da conduta é atualmente a mais difundida na doutrina. Isso porque o estudo voltado ao bem jurídico, que predomina no avanço dos estudos de Direito Penal, conforma a visão da disposição, ou melhor, a liberdade na disposição dos bens, o que interfere diretamente na conformação do tipo objetivo, ensejando a atipicidade da conduta”.

¹²⁰ A tomada de posição ora anunciada redundará num mesmo *locus* jurídico prático, *i.e.*, a não aplicação da pena. “Acordo” ou “consentimento”, percebidos como causas de exclusão da tipicidade ou da antijuridicidade, serão, ambos, em uma perspectiva dogmática mais abrangente, causas de exclusão do injusto: nesse sentido, pontifica Mezger (*Tratado...* t. I, p. 365-366) que “el consentimiento del ofendido constituye ejemplo clásico de la exclusión del injusto con arreglo al principio de la ausencia del interés. Pues supone el abandono consciente de los intereses por parte del que legítimamente tiene la facultad de disposición sobre el bien jurídico”.

¹²¹ Fernando Galvão (*Direito penal...*, p. 384) registra: “Mesmo nos casos não explícitos, a tipicidade será sempre excluída quando a elaboração do modelo de comportamento proibido fundamentar-se na vontade contrária da vítima e, diante do consentimento do ofendido, não se materializar à finalidade preventiva da norma.”

¹²² Cerezo Mir (*Derecho Penal: parte general*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Lima, PE: ARA Editores, 2007. p. 755-756), assevera: “En la moderna Ciencia del Derecho penal se considera que el consentimiento del portador del bien jurídico excluye ya em algunos casos la tipicidade de la acción o la omisión. Se trata de aquellos tipos en los que aparece como um requisito expreso o tácito, que la acción u omisión se realice en contra o sin la voluntad del sujeto pasivo. Este es el caso, sin duda, cuando el bien jurídico protegido es la libertad individual. [...]. En los delitos de agresiones sexuales [...] y de abusos sexuales [...], el consentimiento excluye el ataque a la libertad sexual y con ello, la tipicidade da conducta.”

titular do bem jurídico, vista desde o plano da autonomia que a fundamenta; assim, o erro, a fraude e a coação compõem o segundo grupo.

Apresentado esse panorama, compete registrar que o primeiro fator de redução teleológica do tipo é aquele diretamente implicado com a própria objetividade jurídica tutelada, pois, para que o sujeito possa renunciar validamente à proteção penal ao bem jurídico de que é titular, esse mesmo bem deve possuir natureza individual,¹²³ assim como ser disponível.¹²⁴

É verdade, porém, que a lei não estabelece um rol de infrações penais que indique quais são os bens jurídicos que podem ser objeto de disponibilidade por parte do titular. Nessa medida, a racionalidade é ferramenta indeclinável ao encontro das soluções dogmáticas, posto que demarca as fronteiras invioláveis de legitimação de um direito penal verdadeiramente democrático. José Henrique Pierangeli — em tópico destinado à distinção entre bens disponíveis e indisponíveis —, preceitua que o exegeta deve, na análise dos limites do consentimento, “percorrer não só um ramo do Direito, mas todos os princípios gerais que formam a base do ordenamento jurídico estatal”,¹²⁵ bem como “reportar-se a todas as fontes do direito (imediatas e mediatas), e, a partir daí, examinar os decretos, atos administrativos, regulamentos, portarias e pesquisar o direito consuetudinário”.¹²⁶ Esse último confim do dito percurso investigativo resvala na questão dos “bons costumes”, cogitados, sob determinados aspectos e dimensionados até certos marcos, como restritivos à validade do consentimento.

Os “bons costumes” (em especial, no plano de comportamentos sexuais, perquiridos sob uma inadmitida moral global) já não são admissíveis à objetividade jurídico-penal; logo, não podem, *per se*, limitar o exercício da liberdade, haja vista a distinção que há entre direito e moral, sobretudo no grave campo dos delitos e das penas. Oposições à liberdade são sempre excepcionais, circunscritas às hipóteses estritas e expressamente assinaladas pela lei: a indiscriminada aplicação do limitador dos bons costumes relativizaria a estrutura basilar do próprio direito penal comprometido com os fundamentos do Estado Democrático de Direito.

¹²³ Welzel (*Derecho penal alemán...*, p. 139) é assertivo: “sólo puede consentir aquel que sea titular único del interés jurídicamente protegido.” No mesmo sentido, na doutrina pátria, Alessandra Orcesi Pedro Greco e João Daniel Rassi assinalam que “quando se tratar de bens jurídicos cuja lesão se dirige contra a comunidade, o consentimento restará excluído. [...]. Serão objeto de consentimento os bens jurídicos individuais, excluindo-se, portanto, aqueles coletivos ou difusos, porque não estão à disposição de qualquer titular específico que possa exteriorizar sua vontade, como ocorre, por exemplo, no crime de denúncia caluniosa”. (GRECO; RASSI. *Crimes contra a dignidade sexual...*, p. 105).

¹²⁴ Fernando Galvão (*Direito penal...*, p. 384) acentua que o consentimento que exclui a tipicidade diz respeito a bens disponíveis. Esse posicionamento abona, na prática, a relevância do bem jurídico na teoria do delito, porquanto impede a separação do bem jurídico de seu titular, dado que poderia, em última análise, levar à negação do próprio conceito de bem jurídico (cf. ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR. *Direito penal brasileiro...*, v. 2, p. 237).

¹²⁵ PIERANGELI. *Consentimento...*, p. 111.

¹²⁶ PIERANGELI, *loc. cit.*

Ao contrário do que ocorre nas codificações penais alemã¹²⁷ e lusitana,¹²⁸ os bons costumes como obstáculos ao exercício do consentimento excludente do injusto sequer constam na ordem jurídico-penal pátria, motivo pelo qual a questão apresenta-se, entre nós, desvestida de

¹²⁷ Dita o § 228 do Código Penal Alemão: “Quem pratica lesão corporal com a concordância da pessoa ferida age de modo ilícito apenas quando a conduta, a despeito da concordância, ofende os bons costumes” (cf. DECOMAIN, Pedro Roberto. *Código penal alemão*: tradução, comparação e notas. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014. p. 277). De início, cabe apontar que, nos expressos termos do citado dispositivo apontado, os bons costumes somente poderiam constituir limites ao consentimento justificante. Além disso, o âmbito da restrição diz respeito somente às lesões corporais. Nesse sentido, Jakobs registra que a limitação dos bons costumes restrita ao âmbito das lesões corporais constitui o entendimento dominante, apontando, para fundamentar a sua anotação, os seguintes autores e respectivas obras: “Berz, GA 1969, p. 145 e ss., 150; Ceppert, ZStW 83, p. 947 e ss., 956 e ss.; Roxin, *Einwilligung*, p. 34; SK-Samson, n. marginal 45, perante o art. 32; Jescheck, AT, § 34, III, 1, com outras remissões; também Schmitt, Schröder-Gedächtnisschrift, p. 263 e ss” (cf. JAKOBS, Günther. *Tratado de direito penal*: teoria do injusto penal e culpabilidade. Luiz Moreira, coordenador e supervisor; Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho, tradutores. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 625, nr. 359). Vale destacar, ademais, o magistério de Roxin, pois o autor, além de assinalar que a sua opinião é a dominante na atualidade (i.e., aquela que restringe a limitação dos bons costumes à eficácia do consentimento justificante ao âmbito do delito de lesões, sem permitir a sua aplicabilidade a outros tipos), avalia a literalidade e a posição sistemática do aludido preceito, as quais não oferecem, segundo ele, pontos de apoio à analogia em outros casos de consentimento, com ensejo à ampliação da punibilidade (nesse sentido, cf. ROXIN. *Derecho penal...*, t. I, p. 532); nessa linha, hipóteses de bons costumes que impediriam reconhecimento do consentimento justificante seriam, v.g. e conforme Roxin, as lesões suportadas pelo sujeito passivo que pudessem redundar na sua própria morte, ou as que objetivassem frustrar obrigações militares, ou as que visassem ao recebimento de seguro, ou, ainda, as que levassem a um aborto, cujas manobras fossem permitidas a um curandeiro (cf. *Ibidem*, p. 530). No mesmo sentido, Polaino-Orts se posiciona contrariamente à interpretação ampliativa do citado dispositivo: de acordo com esse doutrinador, “os autores que defendem uma aplicação da cláusula restritiva da liberdade de autonomia individual mais além dos limites que marca o § 228 StBG se baseiam em uma interpretação extensiva desse parágrafo de forma não convincente, já que supõem uma limitação da liberdade de disposição de bens jurídicos pessoais, que também constitui uma analogia ampliadora *in malam partem*, que, duvidosamente, se pode considerar constitucional”. (cf. *apud* GRECO; RASSI. *Crimes contra a dignidade sexual...*, p. 103, nr. 109).

¹²⁸ O Código Penal Português reconhece que o consentimento opera como causa justificante, conforme estabelece o seu art. 38, 1, assim redigido: “Além dos casos especialmente previstos na lei, o consentimento exclui a ilicitude do facto quando se referir a interesses jurídicos livremente disponíveis e o facto não ofender os bons costumes.” Sobre essa cláusula, comenta Jorge de Figueiredo Dias (*Direito penal*: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2007. p. 481) que, “com ela, se não quer remeter para a contrariedade à moral do fato consentido nem — ainda menos — do consentimento como tal, parece absolutamente seguro. Pode acreditar-se que na origem da exigência tenha estado a oposição do sentimento comunitário dominante a certas práticas sexuais, nomeadamente a prática de sadomasoquistas e análogas, bem como a intervenções do tipo da esterilização ou interrupção consentida da gravidez. Mas, perante a função própria da intervenção penal no contexto social democrático, laico e pluralista, não pode mais ser esse o seu entendimento”. Desta feita, o autor considera que fatos consentidos constituem ofensas aos bons costumes sempre que (mas só quando) eles possuírem gravidade e, sobretudo, irreversibilidade que ultrapassem, segundo valorações assentadas pela própria lei, os interesses do consenciente; exemplos de consentimento ineficaz por ofensa aos bons costumes seriam aqueles que recaem sobre a disposição da própria vida e da integridade corporal em mutilações que não sejam simples e passageiras: com isso, o renomado penalista português pontua que, nesse mesmo âmbito, a cláusula dos bons costumes assume e praticamente esgota o seu relevo. (cf. *Ibidem*, p. 481-482). Ainda no Código Penal lusitano consta: “Art. 149. (Consentimento): 1 – Para efeito de consentimento a integridade física considera-se livremente disponível. 2 – Para decidir se a ofensa ao corpo ou à saúde contraria os bons costumes tomam-se em conta, nomeadamente, os motivos e os fins do agente ou do ofendido, bem como os meios empregados e amplitude previsível da conduta.” Diante do preceito, sobre os “bons costumes”, pontua Marine Carrière de Miranda (*Reflexos da vitimodogmática...*, p. 97) que “a sua aplicação, na realidade, limita-se à integridade física”.

perplexidades: o próprio princípio da proibição da analogia em matéria punitiva resolve-a muito bem, com acento no entendimento *pro libertate*.¹²⁹

Notabilizado desde esse prisma, o consentimento jurídico-penal evidencia a sua implicação com o primado de autorrealização da pessoa,¹³⁰ cuja autonomia merece ser dignificada até as divisas da autodeterminação alheia.¹³¹ A reboque disso, emerge o segundo requisito à validade do consentimento, pois o diagnóstico de sua eficácia demanda a certeza de que o titular do bem jurídico compreende o sentido e as consequências da vontade por ele exteriorizadas, em cuja base está a exigência de uma *integral* capacidade de discernir a natureza e o alcance da renúncia à tutela penal.¹³²

O terceiro requisito é de ordem cronológica: nada obstante divergência doutrinária a respeito, entende-se que o consentimento deve ser expresso em momento anterior ou pelo menos simultâneo à conduta,¹³³ mas sempre antecedente à produção do resultado.¹³⁴ Essa tendência, longe de desmerecer respeitáveis opiniões em sentido contrário,¹³⁵ é a que melhor se harmoniza com as balizas de um direito penal alicerçado na *ultima ratio*.

O quarto e último requisito positivo à validade do consentimento diz respeito à sua forma, que não depende de qualquer solenidade, podendo ser expressa ou tácita,¹³⁶ embora deva sempre se manifestar de maneira concludente.¹³⁷ Não há necessidade, pois, que o consentimento seja o resultado de uma anunciada vontade, nos moldes preconizados pela teoria do negócio jurídico.¹³⁸ Isso não quer dizer, porém, que o critério apontado por Mezger — o consentimento

¹²⁹ De toda sorte, insista-se: os bons costumes poderiam limitar a eficácia do consentimento justificante. No entanto, a linha dogmática que, por todos os motivos já expostos, figura mais consentânea ao direito penal como expressão da *ultima ratio* é a que considera o consentimento (sinônimo de acordo) como causa de exclusão do tipo. Assim, a alusão quanto ao apontado limite serve de registro à pesquisa, mas não comparece como obstáculo à aplicação do consentimento do ofendido na perspectiva temática da dissertação.

¹³⁰ “Se a relevância do consentimento advém do respeito pelo valor da autorrealização *personal*, só a pessoa (individual, em regra, mas podendo também tratar-se de pessoa coletiva, quando ela seja titular de um interesse juridicamente relevante lesado pela conduta: [...]), pode prestar de forma eficaz o seu consentimento” — conforme observa Jorge de Figueiredo Dias (*Direito penal...*, t. I, p. 479). Seja como for, não custa demarcar: a “sociedade” e/ou a “coletividade” não são, a rigor, pessoas coletivas, em acepção dogmático-penal: de logo, vê-se que lhes falta até mesmo personalidade jurídica e, bem por isso, podem ser, no máximo, reconhecidas como entidades político-sociológicas que servem de contraponto à indicação da pessoa humana individual.

¹³¹ Stratenwerth (*Derecho penal...*, v. 1, p. 129) pondera que “una desconsideración respecto de la autodeterminación ajena queda sin efecto por obra del consentimiento”.

¹³² Sobre a aptidão em consentir, Cerezo Mir (*Derecho Penal...*, p. 758) a concebe como “la capacidad para comprender el sentido y trascendencia de la resolución de voluntad en relación con el bien jurídico protegido”.

¹³³ Também adepto da validade do consentimento simultâneo à realização da conduta, cf. Cerezo Mir (*loc. cit.*). No mesmo diapasão, a posição de Marine Carrière de Miranda (*Reflexos da vitimodogmática...*, p. 78) ao aduzir que “o consentimento deve ser anterior ou, pelo menos, simultâneo à conduta do agente de ação consentida”.

¹³⁴ Nesse sentido, cf. MEZGER. *Tratado...*, t. I, p. 270.

¹³⁵ Nessa esteira, cf., v.g., o escólio de Fernando Galvão (*Direito penal...*, p. 385): “O consentimento não precisa ser expresso, mas é necessário que exista anteriormente ao início da conduta”.

¹³⁶ Nesse sentido, cf. CEREZO MIR, *loc. cit.*; TAVARES. *Fundamentos...*, p. 247; MIRANDA, *op. cit.*, p. 79.

¹³⁷ Para Roxin (*Derecho penal...*, t. I, p. 533): “Basta un consentimiento mediante una acción concluyente.”

¹³⁸ *Ibidem*, p. 534.

não precisa ser declarado, porquanto à sua verificação “es suficiente que exista en el ofendido como dirección de su voluntad”¹³⁹ — possa ser irrestritamente acolhido.¹⁴⁰ É que essa concepção, adstrita à ambiência puramente anímica do consenciente, não traduz níveis de aferição seguros, pois, conforme acentua Roxin, “un pensamiento no manifestado no es expresión de la voluntad y, por falta de comprobabilidad, no es adecuado para vincular consecuencias jurídicas al mismo”.¹⁴¹ Diante desse quadro, a visão da “teoria intermediária”, encampada pelo Professor catedrático da Universidade de Munique, figura juridicamente segura e suficiente: não exige que o titular do bem jurídico expresse a renúncia da proteção penal por palavras ditas ou escritas,¹⁴² mas assinala que o consenso possa ser, por qualquer meio, apreensível de seu comportamento.

Ademais, urge sublinhar que “não é necessário que o consentimento seja declarado frente a quem atua”,¹⁴³ uma vez que, consoante frisa Cerezo Mir, “el consentimiento excluye en estos casos la tipicidad de la conducta, aunque no fuera conocido por el sujeto activo del delito”.¹⁴⁴

Por fim, cabe o registro de que o consentimento é livremente revogável, mas, para tanto, já não basta a pura mudança de vontade interna, sendo exigível a manifestação exterior que a demonstre.¹⁴⁵

No que tange às condições negativas de validade ao consentimento jurídico-penal, Fernando Galvão sintetiza que,

nos casos de consentimento para fato doloso, a manifestação de vontade do ofendido só é válida se consciente das consequências da ação consentida. O consentimento válido é somente aquele que decorre da perfeita compreensão da situação fática. O ato de consentir é apenas válido se não for influenciado por erro, fraude ou coação.¹⁴⁶

¹³⁹ MEZGER. *Tratado...*, t. I, p. 367.

¹⁴⁰ Embora Roxin (*Derecho penal...*, t. I, p. 534) admita a hegemonia do entendimento, para os casos de acordo.

¹⁴¹ ROXIN, *loc. cit.*

¹⁴² “No es preciso que eso ocurra mediante palabras, pero se debe desprender de la reacción de la víctima”, consoante ensina Roxin (*loc. cit.*).

¹⁴³ GRECO; RASSI. *Crimes contra a dignidade sexual...*, p. 108.

¹⁴⁴ CEREZO MIR. *Derecho Penal...*, p. 760. A posição que atribui a toda aprovação eficaz do portador do bem jurídico o efeito excludente do tipo repercute no plano subjetivo do agente, pois, mesmo que este não conheça a aquiescência do sujeito passivo, no “acordo”, a conduta é atípica, ao passo que, no consentimento justificante, o seu conhecimento por parte do autor é requerido (cf., nesse sentido, PIERANGELI. *Consentimento...*, p. 111). De fato, a concepção ora apresentada no *corpus* do texto desta dissertação, melhor se ajusta à realidade do art. 234 do CP, pois não faz mesmo sentido que o artista, o galerista, o diretor etc. — que, no mais das vezes, não têm contato individual com as pessoas que fruem de suas obras — conheçam o consentimento daqueles que, diante das invenções por eles publicadas, aquiescem com os temas, formas e conteúdos que nelas constam.

¹⁴⁵ Nesse sentido, cf. ROXIN, *op. cit.*, p. 535.

¹⁴⁶ GALVÃO. *Direito penal...*, p. 385.

Considerados os limites desta pesquisa, basta destacar que as condições negativas de validade ao consentimento jurídico-penal possuem um denominador teleológico comum: aquele que está a dispor da proteção do bem jurídico não pode ser impedido de formar livremente, e por inteiro, a compreensão sobre a afetação do interesse de que é portador.

Destarte, a fim de que possa exercer o consentimento de forma eficaz, o sujeito passivo deve contar com informações claras disponibilizadas pelo sujeito ativo, nas quais nada de relevante lhe venha a ser omitido ou distorcido e, muito menos, imposto mediante ameaça ou violência. Quaisquer dessas circunstâncias tornam viciada¹⁴⁷ a liberdade do sujeito passivo: dela privado, desintegram-se as condições necessárias à formação da própria vontade, essencial ao consentimento.

De fato, ninguém consente com aquilo que não lhe foi posto a exatamente compreender (erro), com aquilo que lhe foi objeto de engano (fraude) ou com aquilo que lhe comprometeu a capacidade de resistência (*vis corporalis* ou *compulsiva* atuantes em detrimento do respeito à autonomia).

Logo, para que tenha a eficácia excludente da tipicidade,¹⁴⁸ a decisão de consentir, empenhada pelo sujeito passivo, jamais pode revelar que ele: *i*) não era detentor da plena compreensão quanto aos elementos do tipo; *ii*) apesar de possuir esse conhecimento, não exercitou livremente a vontade de renunciar à proteção do bem jurídico de que é portador.

Em arremate, é importante considerar que, ainda subordinado à totalidade dos pressupostos supraelencados, o consentimento poderá ser prestado “pelo curador ou tutor do incapaz, sempre que se trate de bens acerca dos quais esteja em posição de garantidor”.¹⁴⁹

¹⁴⁷ Observam Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar (*Direito penal brasileiro...*, v. 2, p. 241) que “a vontade de quem aquiesceu não deve estar viciada, ou seja, requer-se no aquiescente uma plena capacidade de compreensão da situação e que não intervenham fraude, violência, coação ou erro”.

¹⁴⁸ Segundo Alessandra Orcesi Pedro Greco e João Daniel Rassi (*Crimes contra a dignidade sexual...*, p. 104), “a exclusão do tipo se dá com a ocorrência do consentimento eficaz, já que não há desvalor do resultado e, com isso, o desvalor da ação. Até porque, na maioria das vezes, o titular se beneficia com a ação consentida que, no mais, é socialmente normal e aceita pela sociedade. Da mesma forma, ainda que a ação consentida não provoque um bem-estar no titular do bem jurídico ou não esteja no âmbito do que geralmente é aceito, não há que se falar em desvalor do resultado”. Como corolário desta percepção, ainda segundo autores, infere-se que “não só a ação do autor, mas também o resultado deve ser tido como objeto do consentimento, visto que é uma parte essencial do tipo”. (*Ibidem*, p. 109).

¹⁴⁹ Cf. ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, *loc. cit.* No entanto, os autores se referem não ao “consentimento”, mas à “aquiescência”. Seja como for, em que pese a terminologia empregada pelos citados autores, a doutrina que encampam é no sentido de que tanto o acordo como o consentimento excluem a tipicidade, embora sob diferentes aspectos (que, em suas sutilezas, não alteram a estrutura dos resultados práticos ora propostos nesta dissertação).

5.1.4.2 O consentimento do sujeito passivo em face do escrito e objeto obsceno

O dissenso do ofendido constitui a base dos delitos sexuais. Aplicável ao crime de escrito e objeto obsceno, em quaisquer de suas figuras, essa mesma proposição determina o exame do consentimento do titular do bem jurídico como possibilidade de exclusão do tipo.¹⁵⁰

Diz-se “possibilidade” porque nem sempre o consentimento do ofendido opera de modo eficaz no âmbito do art. 234 do CP. Porém, essa medida — parcelar, que apenas seja — reclama o discernimento dos limites que condicionam a liberdade das publicações obscenas, também considerando a ótica do titular do bem jurídico. São, pois, os próprios alicerces do Estado Democrático de Direito — cuja concretude se instaura mediante a efetividade de valores tais como a dignidade humana, a autonomia da vontade, a autorrealização pessoal, o pluralismo, a harmonia social, bem como em direitos fundamentais como a igualdade e liberdade de expressão — que justificam aquela distinção, reverberante do pensamento de Roxin:

El argumento decisivo para la aceptación de que todo consentimiento eficaz excluye el tipo radica en la teoría liberal, aquí desarrollada, del bien jurídico referido al individuo. Si los bienes jurídicos sirven para el libre desarrollo del individuo no puede existir lesión alguna del bien jurídico cuando una acción se basa en una disposición del portador del bien jurídico que no menoscaba su desarrollo, sino que, por el contrario, constituye su expresión.¹⁵¹

Destarte e na medida em que o consentimento do titular do bem jurídico pode, sob o atendimento de determinados pressupostos, reduzir o *jus puniendi* estatal, a verificação de seus efeitos no espectro do art. 234 do CP torna-se, em elogio à diferença que há entre a obscenidade da publicação e a própria autonomia sexual do fruidor,¹⁵² tarefa irremovível. Impende, então, primeiramente, examinar o modelo normativo que determina o modo pelo qual o conhecimento referente aos conteúdos sexuais ligados às diversas formas de expressão deve

¹⁵⁰ Inês Ferreira Leite (*Pedofilia...*, p. 89-92) assinala: “Inicialmente o assentimento apenas excluía a tipicidade quando fosse, por força da lei, elemento do tipo. Gradualmente, contudo, a eficácia do consentimento para excluir a tipicidade foi-se alastrando a outros tipos legais, devido à natureza do bem jurídico por eles protegido. Nesse grupo, podem incluir-se todos os crimes contra a liberdade, inclusivamente a liberdade sexual, sendo aceite pela maioria da doutrina que estes pressupõem o dissenso do portador do bem jurídico. Apesar das críticas que se podem tecer às concepções dualistas, cremos estarem certos os autores quando qualificam a concordância da vítima nos crimes sexuais como um caso de acordo que exclui a tipicidade. [...]. Ao direito penal caberá, no mínimo, reconhecer esse direito de livre actuação, não considerando como típicas condutas que se baseiam na livre vontade do portador do bem jurídico. [...]. A distinção radical entre os regimes do consentimento e do acordo foi já ultrapassada, em grande parte, pela doutrina.”

¹⁵¹ ROXIN. *Derecho penal...*, t. I, p. 571.

¹⁵² Inclusive no âmbito do consentimento jurídico-penal não se deve confundir objeto material com objeto jurídico, pois o efeito excludente do tipo reside imediatamente na liberdade de ação garantida constitucionalmente, cujo exercício por parte de quem consente impossibilita a lesão simultânea de um bem jurídico que a ele corresponde e consequentemente a realização do tipo (nesse sentido, cf. ROXIN, *op. cit.*, p. 517-518).

ser assegurado ao público e, em seguida, analisar como esse mesmo modelo pode impactar a eficácia do consentimento jurídico-penal, diante de representações obscenas.

5.1.4.2.1 O acesso à prévia informação alusiva às cenas de sexo e de nudez, nas publicações, como condição ao exercício do consentimento

A liberdade na vontade depende da perfeição do conhecimento.

Para que o consentimento jurídico-penal possa ser livremente exercitado, é imprescindível que ao sujeito passivo seja oportunizado conhecer aquilo que será objeto de renúncia à proteção do bem jurídico de que é portador. Por isso, nas palavras de Jorge de Figueiredo Dias, “necessário se torna, antes de mais, que o consentimento seja esclarecido”.¹⁵³

O exame da ordem jurídica pátria demonstra que toda publicação com temática sexual terá seu conteúdo descrito e antecipadamente informado, em estrita observância a certos padrões normatizados. Daí que as publicações com formas e conteúdos sexuais sempre requisitam o dever de prévio esclarecimento por parte de quem lhes pretender a circulação.

Essa diretriz, destituída de exceções, é vislumbrada desde o parágrafo único do art. 74 do ECA, que estabelece: “Os responsáveis pelas diversões e espetáculos públicos deverão afixar, em lugar visível e de fácil acesso, à entrada do local de exibição, informação destacada sobre a natureza do espetáculo e a faixa etária especificada no certificado de classificação.” Na mesma esteira, embora com referência às programações difundidas pelo rádio e pela televisão, o parágrafo único do art. 76 do mesmo Diploma Legal dispõe: “Nenhum espetáculo será apresentado ou anunciado sem aviso de sua classificação, antes de sua transmissão, apresentação ou exibição.” A completar esse cenário, o *caput* do art. 77 do referido Estatuto ainda prevê que: “Os proprietários, diretores, gerentes e funcionários de empresas que explorem a venda ou aluguel de fitas de programação em vídeo cuidarão para que não haja venda ou locação em desacordo com a classificação atribuída pelo órgão competente”, sendo certo que o parágrafo único do mesmo dispositivo determina que: “As fitas a que alude este artigo deverão exhibir, no invólucro, informação sobre a natureza da obra e a faixa etária a que se destinam.”

Ademais, ao determinar que os aparelhos de televisão contenham obrigatoriamente dispositivos que possibilitem o bloqueio temporário da recepção de programação inadequada, a Lei nº 10.359/2001, em seu art. 5º, assinala que: “As emissoras de televisão aberta e as operadoras de televisão por assinatura e a cabo deverão divulgar previamente suas

¹⁵³ DIAS. *Direito penal...* t. I, p. 484. O dever de esclarecimento sobre os fatos relevantes para a decisão do consenciente é também mencionado por Jakobs (*Tratado...*, p. 623).

programações, indicando de forma clara os horários e canais de exibição dos programas que contiverem cenas de sexo ou violência.”

Além disso, o art. 11 da Lei nº 12.485/2011 impõe: “Nenhum conteúdo veiculado por meio do Serviço de Acesso Condicionado será exibido sem aviso, antes de sua apresentação, de classificação informando a natureza do conteúdo e as faixas etárias a que não se recomende.”

A fim de conferir efetividade às referidas disposições legais, o Ministério da Justiça editou a Portaria nº 1.189/2018, integrada pelo *Guia Prático de Classificação Indicativa* (expressamente referido por ela), destinados a regulamentar “a informação fornecida aos pais e responsáveis acerca do conteúdo de obras e diversões não recomendáveis a determinadas faixas etárias, considerando-se três eixos temáticos: ‘sexo e nudez’, ‘drogas’ e ‘violência’”.¹⁵⁴

De acordo com a referida Portaria, “ficam sujeitos à classificação indicativa do Ministério da Justiça as obras audiovisuais destinadas à televisão e aos mercados de cinema e vídeo doméstico”.¹⁵⁵ Por outro lado, não estão sujeitos à classificação indicativa do Ministério da Justiça nem “as exibições ou apresentações ao vivo, abertas ao público, tais como as circenses, teatrais, shows musicais, exposições e mostras de artes visuais”,¹⁵⁶ nem “os programas radiofônicos”.¹⁵⁷ Todavia, mesmo os eventos públicos não submetidos à classificação indicativa do Ministério da Justiça devem, obrigatoriamente,¹⁵⁸ ser catalogados quanto à designação etária, mas “caberá aos responsáveis autoclassificar os eventos e informar a classificação indicativa, nos termos dos arts. 9º,¹⁵⁹ 11¹⁶⁰ e 12¹⁶¹ da já citada Portaria, respeitando-se, quanto à exibição, a autorização expedida pelos demais órgãos competentes”.¹⁶²

¹⁵⁴ Cf. art. 2º, inc. I, da Portaria nº 1.189/2018, do Ministério da Justiça: “Art. 2º Para os efeitos desta Portaria, considera-se: I - classificação indicativa: a informação fornecida aos pais e responsáveis acerca do conteúdo de obras e diversões não recomendáveis a determinadas faixas etárias, considerando-se três eixos temáticos: ‘sexo e nudez’, ‘drogas’ e ‘violência’; [...]”

¹⁵⁵ Cf. art. 3º, inc. I, da Portaria nº 1.189/2018, do Ministério da Justiça.

¹⁵⁶ Cf. art. 4º, inc. I, da Portaria nº 1.189/2018, do Ministério da Justiça.

¹⁵⁷ Cf. art. 4º, inc. II, da Portaria nº 1.189/2018, do Ministério da Justiça.

¹⁵⁸ Segundo o art. 4º, § 2º, da Portaria nº 1.189/2018, do Ministério da Justiça, “As obras especificadas nos incisos I e II do *caput* deste artigo, obrigatoriamente submetidas ao procedimento de autoclassificação, não necessitam de confirmação pelo Ministério da Justiça”.

¹⁵⁹ “Art. 9º A classificação indicativa tem como eixos temáticos: I - sexo e nudez; II - violência; e III - drogas. Parágrafo único. O grau de incidência dos critérios temáticos nos eixos definidos no *caput* deste artigo determinará as faixas etárias a que não se recomendam as obras, nos termos dos Guias Práticos da Classificação Indicativa.” Diz-se “Guias” pois a criação de guia específico para as artes visuais (art. 53) ainda resta pendente.

¹⁶⁰ “Art. 11. A informação da classificação indicativa deve observar os padrões de tamanho, cor, proporção, posicionamento e duração de exibição e os critérios de clareza, nitidez e acessibilidade especificados nos Guias Práticos de Classificação Indicativa. Parágrafo único. As obras não autoclassificadas ou que ainda não tiverem recebido classificação indicativa pelo Ministério da Justiça deverão apresentar a informação ‘verifique a classificação indicativa’.” Quanto à remissão aos “Guias”, aludidos no plural, vide nr. *supra*, *in fine*.

¹⁶¹ “Art. 12. É obrigatória a exibição dos descritores de conteúdo das obras, quando houver, independentemente de sua classificação indicativa.”

¹⁶² O art. 4º, § 1º, da Portaria nº 1.189/2018, do Ministério da Justiça, dispõe: “Nas hipóteses dos incisos I e II caberá aos responsáveis autoclassificar os eventos e informar a classificação indicativa, nos termos dos arts. 9º,

Assim, sempre haverá,¹⁶³ em momento anterior à publicação de obras em que sexo e nudez figurem como eixos temáticos, a necessária e respectiva indicação, inclusive com descrição acerca do seu conteúdo, conforme padrões indeclináveis e que são devidamente assinalados pelo próprio Ministério da Justiça, no *Guia Prático de Classificação Indicativa*, integrante da Portaria nº 1.189/2018,¹⁶⁴ do mesmo órgão.

Importante destacar, no entanto, que os termos do mencionado ato normativo *não se destinam exclusivamente* à proteção das crianças e dos adolescentes, embora tenha nisso o seu mote primordial. A literalidade do art. 6º da aludida Portaria é inequívoca em afirmar que “a classificação indicativa tem natureza pedagógica e informativa, capaz de garantir à pessoa e à família conhecimento prévio para escolher diversões e espetáculos públicos adequados à formação de seus filhos, tutelados ou curatelados.” Note-se que, ao se referir à *pessoa*, a norma também garante a quem quer que seja o acesso à informação que possibilita, de forma prévia, o conhecimento dos conteúdos publicados: esse saber antecipado é que permite a opção livre e consciente que fundamenta a eficácia do consentimento excludente do tipo.

Essa mesma perspectiva é confirmada em favor daqueles a quem incumbe, mais diretamente, o dever de proteção integral assegurado às crianças e aos adolescentes, prevenindo

11 e 12 desta Portaria, respeitando-se, quanto à exibição, a autorização expedida pelos demais órgãos competentes.”

¹⁶³ A confirmar o enunciado categórico, cf. o teor dos arts. 21, *caput*, 26, 29 e 39 da Portaria nº 1.189/2018, do Ministério da Justiça, assinalados doravante:

“Art. 21. As obras audiovisuais destinadas a salas de exibição e ao mercado de vídeo doméstico devem ser classificadas por análise prévia, [...]”

“Art. 26. A obra audiovisual somente poderá ser veiculada após a publicação da autoclassificação no sítio eletrônico do Ministério da Justiça.”

“Art. 29. A programação do serviço por acesso condicionado (televisão por assinatura ou a cabo) e do vídeo por demanda deverá apresentar os símbolos e as demais informações da classificação indicativa conforme o Guia Prático da Classificação Indicativa.”

“Parágrafo único. O serviço de que trata o *caput* deverá:

I - disponibilizar sistema de bloqueio de canais ou de programas conforme especificação no Guia Prático da Classificação Indicativa;

II - divulgar aos assinantes, objetiva e amplamente, a forma de utilização dos sistemas de controle e de bloqueio;

III - possibilitar aos assinantes acessar a qualquer tempo, durante a exibição de um programa, a informação completa de sua classificação indicativa no guia de programação.”

“Art. 39. As obras audiovisuais destinadas a mostras e festivais de cinema podem ser autoclassificadas, devendo apresentar os símbolos e as demais informações da classificação indicativa conforme o Guia Prático da Classificação Indicativa, sendo dispensadas da inscrição de processo de autoclassificação no Departamento de Promoção de Políticas de Justiça.”

¹⁶⁴ Aliás, as instruções sobre o modo de exibição da classificação indicativa estão exaustivamente detalhadas no reportado *Guia*. A sobredita padronização dita a definição e especificação de tamanho, cor, proporção, posicionamento, tempo de duração da exibição, referentes aos símbolos da classificação indicativa. Essas informações padronizadas devem estar visíveis e claramente apresentadas e/ou transmitidas em qualquer meio que veicule, contenha ou anuncie o produto classificável, o que se dá mediante a prévia apresentação de caixas de informação interativa, nas quais constem os respectivos descritores de conteúdos publicados.

que estes experienciem danos de toda ordem.¹⁶⁵ Nessa linha, o parágrafo único do acima transcrito art. 6º sublinha que: “O poder familiar se exerce pela liberdade de escolha de conteúdos, com possibilidade de controle e bloqueio de acesso a programas, canais de televisão ou vídeos por demanda, quando providos por distribuidora” (inc. I), assim como mediante a “autorização de acesso a diversões e espetáculos públicos, seja por meio do ingresso a salas de cinema, exposições e mostras de artes visuais, compra ou aluguel de vídeos e de jogos para uso doméstico” (inc. III).

Apresentado esse panorama geral que, sem embargo de sua notável preocupação com a infância e juventude, também diz respeito a toda pessoa, compete examinar em que medida as diferenças inerentes ao próprio público podem impactar a aplicação do art. 234 do CP, mesmo diante do consentimento do titular do bem jurídico.

5.1.4.2.2 O consentimento exercido pelo conhecimento da publicação, segundo os diferentes titulares do bem jurídico protegido

Disponibilizar ao público o esclarecimento prévio sobre o conteúdo da publicação portadora de temática sexual, em obediência à normativa aludida no tópico precedente, constitui indeclinável dever.

No entanto, o cumprimento dessa mesma obrigação não basta, pois nem toda pessoa pode, livremente, acessar as referidas publicações: justo em razão das desigualdades que caracterizam os diferentes titulares dos bens jurídicos protegidos pelo art. 234 do CP, as consequências referentes à eficácia do consentimento que eles emitem variam dramaticamente.

¹⁶⁵ O sistema de classificação indicativa cumpre relevante papel jurídico-social porquanto permite que o direito-dever de educar seja exercido com a necessária responsabilidade, em resguardo à integridade sexual das pessoas com idade inferior a 18 anos. Nessa esteira, a Terceira Turma do STJ já afirmou que “a classificação indica previamente o que esperar de determinado espetáculo, de modo a informar para viabilizar a prevenção a danos. Com essa sistemática, evita-se que pais, responsáveis e educadores em geral surpreendam-se ao assistir a espetáculo público, expondo involuntariamente crianças e adolescentes à programação imprópria. A classificação tem, portanto, nítido caráter pedagógico e preventivo. A princípio, ela não limita nem se opõe à liberdade de educação, mas a auxilia, atuando como seu instrumento”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial nº 1.209.792. Relatora: Min.^a Nancy Andrighi. Brasília, Acórdão de 8 de nov. de 2011. *Diário do Judiciário*, Brasília, 28 mar. 2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201001568769&dt_publicacao=28/03/2012. Acesso em: 13 abr. 2019). Frise-se, no entanto, que a dignidade das pessoas com idade inferior a 18 anos é princípio que limita e norteia todas as regras concernentes ao direito-dever dos pais e responsáveis em educá-las, inclusive em assuntos relacionados à temática sexual. Daí que a autonomia educacional não é ilimitada, pois, em nome da liberdade de educar crianças e adolescentes insertos sob sua responsabilidade, a ninguém é dado franquear-lhes o alcance a toda e qualquer sorte de representações marcadas por conteúdos sexuais, cujo acesso é somente permitido, sem restrições, aos adultos. Nesse sentido, no mesmo voto do referido acórdão, restou decidido *in verbis*: “A classificação é indicativa para as faixas inferiores a 18 anos; para esta é proibitiva.”

5.1.4.2.2.1 Consenciente adulto e capaz

Com efeito, na medida em que o art. 234 do CP guarda, em uma das dimensões de sua dúplici objetividade jurídica, bem jurídico individual e passível de livre disposição (*i.e.*, a autodeterminação sexual de adultos capazes de externar consentimento jurídico-penal eficaz à exclusão do tipo), não há sentido em desconsiderar o próprio *thelos* político-criminal que informa uma dogmática penal comprometida com a exclusiva proteção de bens jurídicos, epistemologicamente ancorada na efetividade do princípio da *ultima ratio*.

O indivíduo maior de 18 anos, portador da plenitude de suas faculdades mentais, tem o direito constitucional de vivenciar a sua autorrealização, tanto no terreno das suas preferencias estéticas quanto no campo da própria sexualidade.

Isso considerado, cabe rever, primeiramente, que o Estado não pode — ressalvadas as hipóteses de violações de legítimos bens jurídicos (*v.g.*, a especial proteção devida à infância e à juventude, a integridade física e mental, a liberdade e a honra das pessoas em geral etc.) — interferir na liberdade de autorrealização sexual do adulto capaz de renunciar à proteção de seus próprios bens jurídicos, pena de violar a autonomia do indivíduo, cuja dignidade deve ser impreterivelmente respeitada, sobretudo no seio de uma sociedade que detém como valores supremos, entre outros, a igualdade e o pluralismo.

Por outro lado, a ninguém é dada a pretensão de se superpor a outrem, em desvalia aos limites de que este último está permanentemente investido em matéria de liberdade sexual. A autodeterminação sexual, resultante da dignidade e da autonomia no plano da própria sexualidade, jamais comporta intervalos e, bem por isso, é constantemente inatacável.

Diante desse quadro, cabe a pergunta: em que hipóteses um adulto capaz¹⁶⁶ tem lesionada a sua autodeterminação sexual em face da apresentação de uma expressão obscena? Em uma palavra, a resposta é: sempre que a sua livre vontade não for efetivamente levada em conta pelo sujeito ativo. Aqui, pois, fulgura a importância do consentimento, e mesmo no plano do art. 234 do CP, cumpre garantir que quem consente detenha condições de “avaliar o significado do consentimento e o sentido da ação típica”.¹⁶⁷

¹⁶⁶ O quadro de normalidade psíquica por parte do sujeito passivo há de ser aferido no mesmo momento em que presta o consentimento. Nessa esteira, convém ponderar que a temporária supressão da capacidade do consenciente também pode decorrer, por exemplo, da ingestão de álcool ou do consumo de narcóticos: forçados ou não esses mesmos usos — não importa —, se o responsável pela publicação obscena puder perceber a incapacidade de consentir por parte do interessado, em face daquelas circunstâncias, não deve lhe permitir o acesso ao conteúdo que está sendo divulgado. É que nesses casos ressaí clara a impossibilidade do pretenso expectador em deliberar livremente se deseja ou não ser confrontado em sua dignidade sexual, que, presumivelmente, há de permanecer intocada em situações deste naipe. Cf., neste Capítulo 5, item 5.1.4.2.2.2.1.

¹⁶⁷ Cf. DIAS. *Direito penal...*, t. I, p. 483.

A primeira hipótese de afronta à autodeterminação sexual, pertinente ao art. 234 do CP, incompatível com a liberdade de que deve gozar o consenciente, é a que se estabelece mediante o exercício de violência ou de ameaça por parte do sujeito ativo. Compelir alguém a presenciar uma manifestação obscena, impor-lhe essa atitude, exigir pela via da força que a pessoa seja subjugada ao confronto indesejado com a manifestação sexual alheia, tudo isso, sob o epíteto geral da coação, anula a eficácia do consentimento do ofendido.¹⁶⁸

Depois, a fraude.¹⁶⁹ Ninguém pode prestar consentimento eficaz na medida em que está sendo enganado:¹⁷⁰ assim, a maliciosa sinalização de classificação indicativa, ou, no caso de sua ausência, o aviso, sob qualquer formato, destinado ao engodo do sujeito passivo, também derribam os pilares da livre vontade de disposição do bem jurídico.

A questão do erro suscita soluções diversas conforme tenha sido provocado (engano) ou espontâneo (erro em sentido estrito, não estimulado).¹⁷¹ Sobre o primeiro, vibra com suficiência aquilo que foi consignado no parágrafo anterior; a respeito do último, em observância aos limites desta dissertação, calha o escólio de Jorge de Figueiredo Dias, uma vez que abrangente das variantes doutrinárias alusivas ao tópico:

Em caso de estrito erro (espontâneo, não provocado), [...], a doutrina se divide. Querem uns que o erro seja irrelevante e, por conseguinte, o consentimento eficaz (salvo quando o erro seja conhecido do agente e por ele aproveitado ou quando sobre este impenda um dever jurídico de esclarecimento). Enquanto outros sustentam que deve valer para estas hipóteses uma doutrina paralela à que vale para o engano, sendo por conseguinte irrelevante para a questão da eficácia ou ineficácia do consentimento o problema da origem do erro. A favor desta última solução invoca-se que quem dispõe do bem jurídico de que é concreto portador com base em um qualquer erro relativo ao bem jurídico não exprime, relativamente a ele, a sua autonomia pessoal. Mas a verdade é que ele, por suposto, a exprimiu, embora de forma errada: do autor do fato nada mais se pode exigir senão que se deixe conduzir pela expressão da vontade do titular do bem jurídico, salvo se ele souber que radica num erro.¹⁷²

Assim, a solução para o problema do erro espontâneo por parte do consenciente retoma, naquilo que toca ao interesse central desta pesquisa, o próprio dever de esclarecimento

¹⁶⁸ Roxin (*Derecho penal...*, t. I, p. 551) adverte que a ameaça obsta a eficácia do consentimento nas hipóteses em que ela “afecte seriamente a la libertad de decisión del titular del bien jurídico, de modo que el suceso ya no es expresión de su libertad de acción”.

¹⁶⁹ Nos delitos sexuais, de acordo com Acosta Patiño (De los delitos de exhibicionismo, provocación sexual y pornografía: estudio de los artículos 431 y 432 del código penal. *Revista de derecho penal y criminología*, Madrid, n. 2, p. 139, 1992), “la libertad abarca cualquier forma posible de manifestación del instinto sexual de la persona individualmente considerada. En lo que concierne a la faceta negativa, la facultad de resistir a presiones externas se circunscribe típicamente aquellos supuestos de empleo de fuerza o violencia o de utilización de medios fraudulentos, que vayan encaminados a menospreciar, en unos supuestos, y a coartar, en otros, la voluntad o a obtener un consentimiento válido de parte del sujeto pasivo”.

¹⁷⁰ Welzel (*Derecho penal alemán...*, p. 138) é assertivo: “una renuncia a la protección jurídica obtenida mediante engaño o amenaza no constituye consentimiento.”

¹⁷¹ Cf., a propósito da terminologia (a mesma aqui empregada), DIAS. *Direito penal...*, t. I, p. 485.

¹⁷² *Ibidem*, p. 476-487.

por parte do sujeito ativo: este, ao trazer a público a expressão obscena, assume a automática responsabilidade de cumprir com as determinações normativas referentes à veiculação clara e prévia das classificações indicativas, em acordo com os parâmetros inerentes ao eixo temático sexual. O pensamento de Roxin confere fiabilidade à assertiva:

Para el principio de que los errores no debidos a engaño no ponen en duda la eficacia del consentimiento, rige, de todas formas, una excepción cuando el receptor de la manifestación tiene el deber jurídico de eliminar posibles representaciones equivocadas del titular del bien jurídico mediante una aclaración o información pericial. [...]. En un caso así, el consentimiento basado en la falta de información y debido a error, es ineficaz.¹⁷³

Destarte, na dimensão do art. 234 do CP, o problema do erro que interfere no consentimento do sujeito passivo adulto capaz pode ser resolvido da seguinte maneira: i) se o erro foi provocado pelo agente, o consentimento é ineficaz; ii) se o erro não foi provocado, mas o agente se omite em prestar as devidas informações, ou, ainda, aproveita-se daquele mesmo erro, abstendo-se de esclarecê-lo, o consentimento será igualmente ineficaz. É que, em nenhuma dessas hipóteses, o sujeito passivo exercitou, a rigor, a sua autodeterminação sexual;¹⁷⁴ mas, se ao consenciente tudo foi devidamente informado e, mesmo assim, ele próprio se equivocou e se portou como se houvera bem compreendido o esclarecimento se lhe prestado pelo sujeito ativo, nessa hipótese, o erro em sentido estrito não repercute em desfavor desse último.

Nesse diapasão, cabe ressaltar o magistério de Díez Ripollés, cuja aplicabilidade soa pertinente ao art. 234 do CP. Segundo o nominado penalista espanhol, a manifestação da vontade do ofendido no âmbito do exibicionismo, da pornografia e de outras condutas sexuais provocadoras é de crucial importância, pois o elemento de configuração do atentado à liberdade sexual é a “oposição” do sujeito passivo.¹⁷⁵ Assim, para o citado autor, naqueles mencionados supostos, a conduta será típica quando se realize “sin darle la oportunidad de manifestar su voluntad a víctima, o en contra de ella”;¹⁷⁶ inversamente, e como via de consequência, “quedarían atípicos los supuestos en que haya dado un consentimiento expreso o tácito, o bien, teniendo la oportunidad de manifestar su voluntad, no ha querido expresar o ha adoptado una actitud indiferente.”¹⁷⁷ Ou seja: a inserção do ofendido em contexto sexual que deliberadamente contrarie a sua vontade, ou que a desconsidere,¹⁷⁸ ou realizada sem lhe propiciar chances de

¹⁷³ ROXIN. *Derecho penal...*, t. I, p. 550.

¹⁷⁴ Cf., nesse sentido, ROXIN, *loc. cit.*

¹⁷⁵ Cf., nesse sentido, DÍEZ RIPOLLÉS. *Exhibicionismo, pornografía...*, p. 403.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 411.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 411-412.

¹⁷⁸ A exibição de obscenidades a outrem que não as deseja não pode ser unicamente perscrutada sob a ótica de uma atitude de confronto, devendo ser perquirida, também, na perspectiva da desconsideração à autodeterminação sexual alheia, pois, em supostos deste jaez, conforme acentua Díez Ripollés

livremente aderir à expressão obscena, sempre ensejará o dissenso, invariavelmente relevante no marco do direito penal sexual.¹⁷⁹

A importância do consentimento manifestado pelo portador de autodeterminação sexual, no âmbito do art. 234 do CP, portanto, decorre do próprio dever de coerência que a indicação desse mesmo bem jurídico (concernente a sujeitos passivos adultos capazes¹⁸⁰) enseja em seus desdobramentos dogmáticos. No particular, é incabível o exacerbado paternalismo estatal (que, ao tratar adultos como crianças, desmerece a exclusão do tipo em face do consentimento eficaz),¹⁸¹ assim como é incongruente à funcionalidade penal a indiscriminada chancela a publicações de obscenidades que, sem peias e em todo lugar, resultem em desvalia à autonomia das pessoas maiores de 18 anos, a quem a liberdade sexual, no seio de uma

(*Exhibicionismo, pornografía...*, p. 413), “no hay ninguna duda que la forma primaria de expresar esa no atención a la voluntad del sujeto pasivo es no dando ocasión a que ésta se manifieste. Y es precisamente ese nivel desde que se parte con el requisito típico que pretendemos introducir. Se pena la involucración de una acción sexual realizada por el autor sin tener en cuenta, sin averiguar, la voluntad del involucrado, o bien en contra de ella, acción que posee un inequívoco contenido de lo injusto si pensamos en el marco valorativo en que, a través del bien jurídico de la libertad individual, hemos inserto a la actividad sexual”.

¹⁷⁹ Díez Ripollés (*Ibidem*, p. 412) ainda destaca: “Lo decisivo para la inclusión de la conducta del sujeto activo en el tipo es precisamente su actuación al margen de la voluntad de la víctima o, con mayor razón aún, en contra de ella. Prueba que no estamos partiendo de una determinada presunción sobre la actitud de la víctima es que la conducta será típica siempre que no se dé a la víctima oportunidad para manifestar su voluntad, siendo irrelevante todo juicio general, y aun particular, relativo a la actitud interna, imposibilitada de expresar, que la víctima posee, sea de conformidad, de oposición o de indiferencia. Por otro lado, la actitud indiferente del sujeto pasivo, es decir, aquella en que la persona pudiendo hacerlo, ni se opone ni consiente expresa o tácitamente, parece lógico pensar que no ha de convertir en típica la conducta del autor. Si nos deseamos mantener al margen de toda presunción y partir siempre de la efectiva expresión de la voluntad de la víctima, el que una persona que ha podido expresar su voluntad no lo haga, muestra que no está interesada en defender un bien jurídico del que ella es titular, y no parece lógico cargar sobre las espaldas del autor tal actitud.”

¹⁸⁰ Na doutrina penal pátria, se bem que em apreciação crítica referente ao ato obsceno (cujo conteúdo é também pertinente ao crime de escrito e objeto obsceno), Tadeu Antônio Dix Silva (*Crimes sexuais...*, p. 349-350) sugere a reformulação do delito e, nessa toada, acentua: “A conduta típica deve ser realizada *sem o consentimento* do sujeito passivo, partindo-se do pressuposto de que apenas se afigura um delito sexual com a ausência do consenso da pessoa que sofre a conduta — sendo perfeitamente válida a inversão dessa assertiva, qual seja, a anuência manifestada pela vítima elide a configuração do crime. [...]. Como ressalta Boldova Pasamar, o conteúdo do injusto no delito em comento se concentra em envolver uma pessoa em um ‘contexto sexual através da imposição à vítima da percepção ocular de uma ação exibicionista’. Esse comportamento supõe uma ‘ingerência na esfera sexual alheia, que se produz com menosprezo da vontade da vítima’, ferindo o bem jurídico da autodeterminação sexual, e de maneira tangente, a liberdade de autoconformação de vontade da pessoa que vem a sofrer a conduta, assim como a sua *privacy-dignity*.”

¹⁸¹ Em resgate ao pensamento de Feinberg (que, em estudo sobre os limites morais do Direito Penal, analisou o paternalismo estatal em tópico alusivo ao “dano em si mesmo”), Heloisa Estellita (Paternalismo, moralismo e direito penal: alguns crimes suspeitos em nosso direito positivo. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 15, n. 179, p. 17, out. 2007) lembra as seguintes categorias: “1. Paternalismo presumivelmente censurável, que consiste em tratar adultos como se fossem crianças, [...], forçando-os a agir ou deixar de agir de certas maneiras, seja: a. (paternalismo benevolente) para seu próprio bem, não importando os desejos na matéria [...], ou b. (paternalismo não benevolente) para o bem de outras partes (p. ex., professores ou gerentes de indústrias), não importando seus próprios desejos na matéria (geralmente entendido como censurável). 2. Paternalismo presumivelmente não censurável, que consiste em defender pessoas relativamente impotentes ou desamparadas ou vulneráveis de perigos externos, incluindo danos provenientes de outras pessoas quando as partes protegidas não consentiram voluntariamente com o risco, e fazendo-o de maneira análoga, em motivação e vigilância, aquilo que os pais fazem para proteger seus filhos.”

sociedade harmônica e democrática, deve ser permanentemente assegurada.¹⁸² Em síntese: nem o direito penal máximo e tampouco a inexistência do direito penal, mas a sua efetiva prevalência atrelada ao princípio da *ultima ratio*, cujos limites são indeclináveis à convivência social pacífica e plural.

5.1.4.2.2.2 Menoridade e vulnerabilidade do sujeito passivo

Pelo próprio exame de seus pressupostos, infere-se que o consentimento prestado por pessoas com idade inferior a 18 anos e por aquelas reputadas vulneráveis não exclui o tipo do inculpado no art. 234 do CP. Todavia, ante as sutilezas que fundamentam a assertiva em um e em outro caso, a análise compartimentada de cada um deles soa mais profícua.

5.1.4.2.2.2.1 Vulneráveis

A Lei nº 12.015/2009 instituiu, na codificação penal pátria, a figura do vulnerável sexual, cujo conceito não se estabelece de maneira uniforme.¹⁸³

¹⁸² Destaca Natscheradetz (*O direito penal sexual...*, p. 151) que “a referência à liberdade ou à vontade do sujeito na esfera sexual, como bem jurídico protegido pelo direito penal sexual, tem como consequência a criminalização de condutas sexuais gravemente ofensivas da livre autodeterminação sexual”. Entre tais condutas, o autor aponta aquelas que são realizadas: “i) através da sua indução em erro que, provocando uma representação inexata ou a ignorância de uma determinada circunstância, vicia de forma essencial a formação da vontade da vítima na esfera sexual [...]; ii) das condutas realizadas por meio de coacção física ou moral, em que existe uma oposição expressa da vítima cuja liberdade de decisão é, por meio de violência, desrespeitada [...]; iii) implica a criminalização de condutas que, não ofendendo o livre exercício da vontade do sujeito, quer quanto à sua formação, quer quanto à sua manifestação, implicam todavia desprezo pela vontade deste que é contrária à ingerência de um terceiro na sua esfera sexual, desconsiderando-se assim a vontade do sujeito que deve ser tomada em conta antes de ele ser colocado perante uma acção sexual em que não consentiu — concretizando, e sempre sem o seu consentimento, (o sujeito), passou a ser um mero objecto de prazer sexual alheio, nas condutas exibicionistas, e, no que diz respeito às condutas escandalosas não exibicionistas e às que consistem na exibição e acesso ao público de material pornográfico, passou a desempenhar um papel de mero mecanismo instintivo susceptível de excitação sexual, vendo-se inserido numa acção predominantemente a não considerar e a desprezar a opção pessoal que tomou e à qual adapta o seu comportamento, num dos âmbitos vitais mais gratificantes para o seu próprio desenvolvimento; iii) finalmente, a punição de condutas sexuais em que, embora existindo consentimento, este não é considerado válido [...]” (*Ibidem*, p. 152). A lição, conforme se denota, completa o quadro referente à eficácia do consentimento no âmbito do art. 234 do CP, tal como propõe a sua ressignificação hermenêutica ora manejada, pois, além dos vícios normalmente apontados como decisivos à ineficácia do consentimento, também indica — e em coesão com os termos da normativa pátria (Portaria nº 1.189/2018, do Ministério da Justiça) — que a falta de oportunidade ao conhecimento do conteúdo sexual das representações publicadas é importante à verificação do tipo.

¹⁸³ O conceito de “vulnerável” é, pois, na codificação penal brasileira, estabelecido *ex vi legis*. De todo modo, constata-se que, mesmo *intra legem*, citado conceito varia. Por isso, conforme aduz Fábio Suardi D’Elia (*Tutela penal da dignidade sexual...*, p. 132), “da polissemia que se instala no conceito de vulnerabilidade, tem-se que esta comportará diversos graus, e portanto, apontará consequências penais distintas. [...] Na esfera normativa do Código Penal, pode-se propor, para fins analíticos, uma divisão voltada à teoria do consentimento, de modo a trabalhar a variedade conceitual do vulnerável sob a ótica de sua natureza jurídica, que ora se destacará como capacidade de compreensão, ora como vício de consentimento”. Assim, a vulnerabilidade afetaria a eficácia do consentimento pelo flanco da “falta de capacidade de compreensão” no âmbito do art. 217-A do CP, e pelo flanco do “vício de consentimento” no âmbito do art. 218-B do mesmo diploma legal (nesse sentido, cf. GRECO; RASSI. *Crimes contra a dignidade sexual...*, p. 112).

Com efeito, os arts. 217-A,¹⁸⁴ 218,¹⁸⁵ 218-A¹⁸⁶ e 218-B,¹⁸⁷ todos do CP e nele introduzidos pela mencionada lei, apontam quem são as pessoas sexualmente vulneráveis, sujeitos passivos em favor dos quais a normatividade jurídico-penal — a despeito do fato de que congregam características notavelmente diversas, considerado o ponto de vista da própria realidade humana que lhes toca — dedica significativa proteção.

Extraí-se, do exame dos referidos dispositivos, que são sexualmente vulneráveis, para o direito penal brasileiro: *i*) os menores de 14 anos de idade; *ii*) independentemente da idade, os portadores de enfermidade ou deficiência mental que não possuem o necessário discernimento para decidir sobre as experiências sexuais que lhes envolvam; *iii*) as pessoas impossibilitadas, por qualquer causa e independentemente de idade, de oferecer resistência ao exercício de atividades que denotem, por sua própria natureza, o sentido sexual.

É bem verdade que a Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018, incluiu o art. 218-C¹⁸⁸ no CP, em cuja tipificação há o emprego do termo “vulnerável”. Contudo, ao fazê-lo, não

¹⁸⁴ “*Estupro de vulnerável*:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no *caput* com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

§ 2º [Vetado]

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§ 4º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

§ 5º As penas previstas no *caput* e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime. (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018).”

¹⁸⁵ “*Corrupção de menores*:

Art. 218. Induzir alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.”

¹⁸⁶ “*Satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente*:

Art. 218-A. Praticar, na presença de alguém menor de 14 (catorze) anos, ou induzi-lo a presenciar, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.”

¹⁸⁷ “*Favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável*:

Art. 218-B. Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone:

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se o crime é praticado com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

§ 2º Incorre nas mesmas penas:

I - quem pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos na situação descrita no *caput* deste artigo;

II - o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verifiquem as práticas referidas no *caput* deste artigo.

§ 3º Na hipótese do inciso II do § 2º, constitui efeito obrigatório da condenação a cassação da licença de localização e de funcionamento do estabelecimento.”

¹⁸⁸ “*Divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia*:

adicionou outro ou novo conceito quanto ao particular, limitando-se a figura delitiva recém-criada a pronunciar mera referência à citada designação, específica àqueles diferentes grupos de sujeitos passivos dos delitos sexuais codificados na ordem jurídica brasileira.

De todo modo, impende assinalar que, em comum, aos vulneráveis não é dado consentir, de forma eficaz, em matéria jurídico-penal. As razões para tanto, embora atreladas sempre à impossibilidade de o ofendido (de qualquer sexo) elaborar a sua própria vontade, são de três ordens: *i*) a falta de maturidade (em face da idade inferior a 14 anos, nas hipóteses dos arts. 217-A, 218 e 218-A¹⁸⁹); *ii*) a ausência de normalidade psíquica (referente aos portadores de enfermidades ou de deficiências mentais, desprovidos do necessário discernimento); *iii*) a impotência de resistir para preservar, em contrapartida ao obrar de outrem, a sua própria dignidade como sujeito (detentor de livre cognição e volição), de modo a não ser rebaixado à condição de mero objeto sexual.

Quanto às pessoas que, por qualquer causa, não podem oferecer resistência ao seu envolvimento em uma conduta sexual manejada por outrem, basta assinalar que, se não têm condições de — em razão daquela mesma causa que lhes suprime a liberdade, essencial ao exercício da vontade —, decidir e agir de acordo com a sua própria autonomia, obviamente, o consentimento que eventualmente expressarem será de todo ineficaz.

Art. 218-C. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio — inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática — fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave.

Aumento de pena:

§ 1º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se o crime é praticado por agente que mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima ou com o fim de vingança ou humilhação.

Exclusão de ilicitude:

§ 2º Não há crime quando o agente pratica as condutas descritas no *caput* deste artigo em publicação de natureza jornalística, científica, cultural ou acadêmica com a adoção de recurso que impossibilite a identificação da vítima, ressalvada sua prévia autorização, caso seja maior de 18 (dezoito) anos.”

¹⁸⁹ Muito embora, conforme nr. 183 *supra*, haja respeitável doutrina que indique o menor de 18 anos como “vulnerável”, no âmbito do art. 218-B do CP, calha observar que a rubrica do dispositivo também faz alusão destacada à criança e ao adolescente (ambos menores de 18 anos, aludidos no *caput* do dispositivo), distinguindo-os, assim, do “vulnerável” (a pessoa que, “por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato”, expressamente indicada no preceito primário do dispositivo). Diante disso, entendemos que, para fins do art. 218-B do CP, nem todo adolescente com mais de 14 anos é sexualmente vulnerável, dado que justifica a apontada diferenciação, muito embora crianças e adolescentes com idade situada entre 12 completos e 14 anos incompletos sejam portadores daquela especial condição jurídico-penal. Note-se, ainda, a fórmula adotada pelo legislador no art. 217-A do CP: em harmonia com a rubrica da disposição, elencou somente o menor de 14 anos no preceito primário do enunciado típico e, no § 1º do mesmo artigo, enumerou as demais pessoas reputadas sexualmente vulneráveis.

No que tange aos indivíduos que, por enfermidade ou doença mental, não têm o necessário discernimento, o cálculo também não deixa de ser simples: se, ao tempo¹⁹⁰ da conduta de ordem sexual que lhes envolve, estiverem privados da capacidade de compreensão, o consentimento que porventura manifestarem não surtirá qualquer efeito excludente do tipo.¹⁹¹

Relativamente à vulnerabilidade das pessoas com idade inferior a 14 anos, a codificação penal considera que lhes falta o necessário grau de compreensão e juízo¹⁹² para, por si mesmas, renunciarem, no âmbito do direito penal sexual, à especial proteção do bem jurídico de que são portadoras, sendo irrelevante o consentimento jurídico-penal por elas externado.¹⁹³

É importante notar, nesse cenário, que a epígrafe do Capítulo II do Título VI da Parte Especial do CP já não corresponde àquela do Capítulo I do mesmo Título (Dos crimes contra a liberdade sexual), mas é outra bem diversa: “Dos crimes sexuais contra vulneráveis”. Depreende-se, pois, que a liberdade sexual (bem jurídico disponível) não consiste (ou, no mínimo, não preenche com exclusividade¹⁹⁴) na objetividade jurídica dos “crimes contra os

¹⁹⁰ Diz-se “no momento” porque, consoante bem observa Luiz Regis Prado (*Tratado...*, v. III, p. 209), “essa condição de vulnerabilidade emerge da incapacidade de compreensão por parte da vítima, que se encontra privada de sua razão ou sentido de forma permanente, temporária ou mesmo acidental”.

¹⁹¹ Essa análise decorre da literalidade do § 1º do art. 217-A e do *caput* do art. 218-B, ambos do CP. A mesma opinião é registrada por Alessandra Orseci Pedro Greco e João Daniel Rassi (*Crimes contra a dignidade sexual...*, p. 118), que, a propósito, acentuam: “se o portador de enfermidade ou deficiência mental tiver discernimento para a prática do ato, seu consentimento será válido, não havendo qualquer ofensa à sua liberdade sexual.”

¹⁹² Luís Augusto Sanzo Brodt (*Dos crimes contra a dignidade sexual...*, p. 18) entende que “à constatação da vulnerabilidade não bastam a mera comprovação da idade cronológica ou diagnóstico de doença mental”, pois — segundo ele — “a exigência da responsabilidade penal subjetiva, requisito imprescindível à observância do princípio da culpabilidade entendido *lato sensu*, afasta, na hipótese, o emprego manifesto da presunção *jure et de jure*”. De sua vez, Alessandra Orseci Pedro Greco e João Daniel Rassi (GRECO; RASSI, *op. cit.*, p. 116) compreendem que “a elementar da idade da vítima não é absoluta quando se estiver diante de um menor entre 12 e 14 anos, caso em que sua vulnerabilidade será constatada no caso concreto”. Fábio Suardi D’Elia (*Tutela penal da dignidade sexual...*, p. 135) ressalta que “o Código Penal também não se utilizou do termo ‘criança’, mas sim menor de 14 anos, de modo que interpretar esse claro ponto da lei de maneira diversa pode constituir afronta à legalidade”; com isso, o autor entende que a proteção do menor de 14 anos é absoluta, pelo que enfatiza: “A questão de alta indagação que se apresenta toca à possibilidade de interpretar a vulnerabilidade como sendo relativa, traçando-se um paralelo com a presunção de violência relativa, que predominou durante muito tempo na doutrina e na jurisprudência. Em que pese a possibilidade de se fazer a mesma exegese que se fazia para relativizar a vulnerabilidade, esta não se demonstra adequada. A vulnerabilidade afastou do texto legal a figura da presunção, motivo que, por si só, já teria o condão de minar a questão, e surge como correspondência da dignidade da pessoa humana nos crimes contra a dignidade sexual. Sua relativização importa, necessariamente, no aumento da desdita da vítima, a provocar um seletivo Direito Penal com viés a desproteger os menos favorecidos. A constatação da vulnerabilidade real não importa em relativização de seu conceito, mas sim de adequação à realidade, em momento posterior, com base empírica e fundamentação idônea, que não acabe por violar a dignidade da pessoa humana, fator orientador da reforma instituída.” (*Ibidem*, p. 165-166). Também no sentido de que a vulnerabilidade sexual do menor de 14 anos é absoluta, cf. MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. *Crimes contra a dignidade sexual: comentários ao Título VI do Código Penal*. 3. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 173.

¹⁹³ A Lei nº 13.718/2018 acrescentou o § 5º ao art. 217-A (transcrito na nr. 184 deste capítulo), no qual consta, por expresse, a cabal irrelevância do consentimento externado pelo ofendido menor de 14 anos.

¹⁹⁴ No sentido de que a indenidade ou intangibilidade sexual da criança e do adolescente também integra a objetividade jurídica dos arts. 218 e 218-A, ambos do CP, cf. Luiz Regis Prado (*op. cit.*, p. 214, 218). No que tange, especificamente, ao art. 218-A (que mais se aproxima do art. 234 do CP), o autor, no que se refere ao

vulneráveis”. Logo, considerando que a integridade sexual dos vulneráveis está abrangida no objeto de tutela dos tipos previstos no Capítulo II, do Título VI da Parte Especial do CP, e ainda considerando a indisponibilidade desse mesmo bem jurídico, entende-se que o consentimento do ofendido sexualmente vulnerável é desprovido de eficácia no âmbito do direito penal sexual.

5.1.4.2.2.2 Menores de 18 e maiores de 14 anos

Simplificações são sempre tentadoras. Seria fácil propor: vulneráveis jamais podem consentir em face do crime de escrito e objeto obsceno, adultos capazes sempre o podem, enquanto que o grupo intermediário — composto pelos menores de 18 e maiores de 14 anos — poderá ou não exercitar consentimento eficaz, conforme a capacidade natural de cada pessoa, a ser aferida no caso concreto. Malgrado conciliadora, essa solução não satisfaz.

Tem razão Renato de Mello Jorge Silveira quando acentua que, muito embora “sustentem alguns que teriam as crianças e adolescentes, sim, liberdade sexual, é inegável que esta tem contornos diversos da liberdade de autodeterminação dos adultos. Justamente por tal razão se infere um trato diferenciado.”¹⁹⁵

A própria ordem jurídica¹⁹⁶ considera que os adolescentes não possuem plena compreensão e juízo acerca dos assuntos relacionados à autonomia sexual e a eles confere tratamento diverso daquele que dispensa a adultos, fazendo-o, inclusive, na seara penal.¹⁹⁷

Evidentemente, pessoas menores de 18 e maiores de 14 anos possuem algum conhecimento sobre os temas sexuais, mas isso não significa dizer que possuam também a completa maturidade para avaliar, quanto a si mesmas, o que lhes convém ou não em termos de vivência sexual. Daí que a liberdade sexual (e, conseqüentemente, a autodeterminação sexual)

bem jurídico protegido, anota: “A tutela penal, no caso em epígrafe, visa preservar a liberdade sexual em sentido amplo, inclusive a integridade e autonomia sexual dos menores de 14 (catorze) anos (indenidade ou intangibilidade de pessoa vulnerável). [...]. Com esse tipo penal, busca-se tutelar os processos naturais de formação e socialização de crianças e adolescentes, repudiando interferências externas e traumáticas que possam influenciar negativamente o desenvolvimento da personalidade.” (PRADO. *Tratado...*, v. III, p. 218).

¹⁹⁵ SILVEIRA. *Crimes sexuais...*, p. 381.

¹⁹⁶ A começar pelo CP, que em seu vigente art. 247, inc. II, dispõe: “Art. 247. Permitir alguém que menor de dezoito anos, sujeito a seu poder ou confiado à sua guarda ou vigilância: [...] II - frequente espetáculo capaz de pervertê-lo ou de ofender-lhe o pudor, ou participe de representação de igual natureza; [...]: Pena - detenção, de um a três meses, ou multa.” A literalidade do dispositivo demonstra que a pessoa com idade inferior a 18 anos não é inteiramente livre para decidir sobre o seu próprio acesso aos espetáculos referidos no aludido tipo.

¹⁹⁷ Mesmo nos campos específicos concernentes à obscenidade e à pornografia, a distinção no tratamento jurídico que deve ser dispensado às pessoas com idade inferior a 18 anos. Nesse viés, Guilherme de Souza Nucci (*Prostituição, lenocínio e tráfico de pessoas: aspectos constitucionais e penais*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 119) considera que “por mais imoral ou antiética que a pornografia represente para uns, na essência, somente é buscada por quem tem interesse nela, simbolizando reflexo do direito inalienável à intimidade e à vida privada. O Direito Penal somente deveria tutelar única e tão somente a atividade envolvendo violência, grave ameaça e menores de dezoito anos.”

de jovens cuja idade está situada na referida franja etária não é admitida como integral, pela própria ordem jurídica, em defesa da especial proteção constitucionalmente assegurada, sem exceções, aos adolescentes.¹⁹⁸ Com efeito, as disposições penais previstas no ECA fundamentam a assertiva, pois seus arts. 240,¹⁹⁹ 241,²⁰⁰ 241-A,²⁰¹ 241-B,²⁰² 241-C²⁰³ e 241-D²⁰⁴

¹⁹⁸ Cf. art. 227, *caput*, da CR, transcrito no item 3.1.7 do Capítulo 3 desta dissertação.

¹⁹⁹ “Art. 240. Produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornográfica, envolvendo criança ou adolescente:

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

§ 1º Incorre nas mesmas penas quem agencia, facilita, recruta, coage, ou de qualquer modo intermedeia a participação de criança ou adolescente nas cenas referidas no *caput* deste artigo, ou ainda quem com esses contracenar.

§ 2º Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) se o agente comete o crime:

I – no exercício de cargo ou função pública ou a pretexto de exercê-la;

II – prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade; ou

III – prevalecendo-se de relações de parentesco consanguíneo ou afim até o terceiro grau, ou por adoção, de tutor, curador, preceptor, empregador da vítima ou de quem, a qualquer outro título, tenha autoridade sobre ela, ou com seu consentimento.”

²⁰⁰ “Art. 241. Vender ou expor à venda fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente: Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.”

²⁰¹ “Art. 241-A. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I – assegura os meios ou serviços para o armazenamento das fotografias, cenas ou imagens de que trata o *caput* deste artigo;

II – assegura, por qualquer meio, o acesso por rede de computadores às fotografias, cenas ou imagens de que trata o *caput* deste artigo.

§ 2º As condutas tipificadas nos incisos I e II do § 1º deste artigo são puníveis quando o responsável legal pela prestação do serviço, oficialmente notificado, deixa de desabilitar o acesso ao conteúdo ilícito de que trata o *caput* deste artigo.”

²⁰² “Art. 241-B. Adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 1º A pena é diminuída de 1 (um) a 2/3 (dois terços) se de pequena quantidade o material a que se refere o *caput* deste artigo.

§ 2º Não há crime se a posse ou o armazenamento tem a finalidade de comunicar às autoridades competentes a ocorrência das condutas descritas nos arts. 240, 241, 241-A e 241-C desta Lei, quando a comunicação for feita por:

I – agente público no exercício de suas funções;

II – membro de entidade, legalmente constituída, que inclua, entre suas finalidades institucionais, o recebimento, o processamento e o encaminhamento de notícia dos crimes referidos neste parágrafo;

III – representante legal e funcionários responsáveis de provedor de acesso ou serviço prestado por meio de rede de computadores, até o recebimento do material relativo à notícia feita à autoridade policial, ao Ministério Público ou ao Poder Judiciário.

§ 3º As pessoas referidas no § 2º deste artigo deverão manter sob sigilo o material ilícito referido.”

²⁰³ “Art. 241-C. Simular a participação de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica por meio de adulteração, montagem ou modificação de fotografia, vídeo ou qualquer outra forma de representação visual:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem vende, expõe à venda, disponibiliza, distribui, publica ou divulga por qualquer meio, adquire, possui ou armazena o material produzido na forma do *caput* deste artigo.”

²⁰⁴ “Art. 241-D. Aliciar, assediar, instigar ou constranger, por qualquer meio de comunicação, criança, com o fim de com ela praticar ato libidinoso:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem:

consideram que adolescentes jamais podem, independentemente do consentimento que expressarem, participar de cenas de sexo explícito ou pornográficas. Ora, essa restrição somente é válida porque a lei assinala que adolescentes não são detentores de plena autodeterminação sexual. Ao que se tem notícia, jamais os referidos dispositivos do ECA tiveram sua constitucionalidade questionada para que se garantisse, *v.g.*, a uma pessoa com 15 ou 16 anos o “direito” de participar de um filme pornográfico, pois, com base na sua autodeterminação sexual, ela teria o desejo de figurar nas cenas de sexo explícito da referida película.²⁰⁵

Além disso, os delitos tipificados no Título VI da Parte Especial do CP conformam-se sob quatro modelos diferentes, tomando-se como referencial a idade do sujeito passivo: i) a menoridade inferior a 14 anos é a única destacada no âmbito do tipo (arts. 217-A, 218, 218-A);²⁰⁶ ii) o tipo assinala, como seu elemento específico, idade do ofendido maior de 14 e menor de 18 anos (arts. 213, § 1º,²⁰⁷ 218-B, § 2º, inc. I,²⁰⁸ 227, § 1º,²⁰⁹ 230, § 1º²¹⁰); iii) a menoridade

I – facilita ou induz o acesso à criança de material contendo cena de sexo explícito ou pornográfica com o fim de com ela praticar ato libidinoso;

II – pratica as condutas descritas no *caput* deste artigo com o fim de induzir criança a se exhibir de forma pornográfica ou sexualmente explícita.”

²⁰⁵ Em coerência com as disposições do ECA, note-se que o § 2º do art. 218-C é explícito quanto à exclusão da possibilidade de o ofendido com idade inferior a 18 anos em consentir com a publicação de cena de sexo que lhe envolva. Cf., a propósito, o teor do dispositivo, transcrito na nr. 188.

²⁰⁶ Os dispositivos supracitados já foram transcritos nesta pesquisa: cf. nrs. 184, 185 e 186 deste Capítulo 5.

²⁰⁷ “*Estupro*:

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

§ 2º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.”

²⁰⁸ O dispositivo supracitado já foi transcrito nesta pesquisa: cf. nr. 187 deste Capítulo 5.

²⁰⁹ “*Mediação para servir a lascívia de outrem*:

Art. 227. Induzir alguém a satisfazer a lascívia de outrem:

Pena - reclusão, de um a três anos.

§ 1º Se a vítima é maior de 14 (catorze) e menor de 18 (dezoito) anos, ou se o agente é seu ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro, irmão, tutor ou curador ou pessoa a quem esteja confiada para fins de educação, de tratamento ou de guarda:

Pena - reclusão, de dois a cinco anos.

§ 2º Se o crime é cometido com emprego de violência, grave ameaça ou fraude:

Pena - reclusão, de dois a oito anos, além da pena correspondente à violência.

§ 3º Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa.”

²¹⁰ “*Rufianismo*:

Art. 230. Tirar proveito da prostituição alheia, participando diretamente de seus lucros ou fazendo-se sustentar, no todo ou em parte, por quem a exerça:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 1º Se a vítima é menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos ou se o crime é cometido por ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou por quem assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

§ 2º Se o crime é cometido mediante violência, grave ameaça, fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação da vontade da vítima:

inferior a 18 anos é a única destacada no âmbito do tipo (art. 216-A, § 2º,²¹¹ 218-C, § 2º²¹²); iv) nenhuma referência o tipo faz quanto à idade da vítima (arts. 213, *caput*,²¹³ 215,²¹⁴ 215-A,²¹⁵ 216-B,²¹⁶ 227,²¹⁷ 228,²¹⁸ 229,²¹⁹ 230,²²⁰ 232-A,²²¹ 233,²²² 234²²³).

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, sem prejuízo da pena correspondente à violência.”

²¹¹ “*Assédio sexual*:

Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função.

Pena - detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos.

Parágrafo único. [Vetado].

§ 2º A pena é aumentada em até um terço se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos.”

²¹² O dispositivo supracitado já foi transcrito nesta pesquisa: cf. nr. 188 deste Capítulo 5.

²¹³ *Idem*, nr. 207 deste Capítulo 5.

²¹⁴ “*Violação sexual mediante fraude*:

Art. 215. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

Parágrafo único. Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.”

²¹⁵ “*Importunação sexual*:

Art. 215-A. Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o ato não constitui crime mais grave.”

²¹⁶ “*Registro não autorizado da intimidade sexual*:

Art. 216-B. Produzir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado sem autorização dos participantes:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem realiza montagem em fotografia, vídeo, áudio ou qualquer outro registro com o fim de incluir pessoa em cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo.”

²¹⁷ O dispositivo supracitado já foi transcrito nesta pesquisa: cf. nr. 209 deste Capítulo 5.

²¹⁸ “*Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual*:

Art. 228. Induzir ou atrair alguém à prostituição ou outra forma de exploração sexual, facilitá-la, impedir ou dificultar que alguém a abandone:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

§ 1º Se o agente é ascendente, padrasto, madrastra, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos.

§ 2º Se o crime, é cometido com emprego de violência, grave ameaça ou fraude:

Pena - reclusão, de quatro a dez anos, além da pena correspondente à violência.

§ 3º Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa.”

²¹⁹ “*Casa de prostituição*:

Art. 229. Manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente:

Pena - reclusão, de dois a cinco anos, e multa.”

²²⁰ O dispositivo supracitado já foi transcrito nesta pesquisa: cf. nr. 210 deste Capítulo 5.

²²¹ “*Promoção de migração ilegal*:

Art. 232-A. Promover, por qualquer meio, com o fim de obter vantagem econômica, a entrada ilegal de estrangeiro em território nacional ou de brasileiro em país estrangeiro:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

§ 1º Na mesma pena incorre quem promover, por qualquer meio, com o fim de obter vantagem econômica, a saída de estrangeiro do território nacional para ingressar ilegalmente em país estrangeiro.

§ 2º A pena é aumentada de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço) se:

I - o crime é cometido com violência; ou

II - a vítima é submetida a condição desumana ou degradante.

§ 3º A pena prevista para o crime será aplicada sem prejuízo das correspondentes às infrações conexas.”

²²² O dispositivo supracitado já foi transcrito nesta pesquisa: cf. nr. 57 do Capítulo 3.

²²³ O dispositivo supracitado já foi transcrito nesta pesquisa: item 2.2 do Capítulo 2.

A partir de uma visão de conjunto, portanto, verifica-se que o Título VI da Parte Especial do CP é vacilante no tratamento sistemático que toma a idade da vítima como referencial penal (inclusive no que concerne à gravidade da pena que eventualmente venha a ser aplicada), pois, enquanto no “grupo i” a idade superior a 14 anos completos do adolescente envolvido com a conduta sexual torna esta última atípica, nos “grupos ii e iii”, a idade da vítima, inferior a 18 anos, serviu, até mesmo, como causa de aumento de pena. Em uma palavra: no universo do direito penal sexual pátrio, em consideração à idade do ofendido, o que se tem é que, para cada delito, há a sua própria especificidade.

Ademais, há o argumento histórico: apesar de sucessivas reformas legislativas haverem, em passado recente (em 2005, Lei nº 11.106; em 2009, Lei nº 12.015; em 2018, Lei nº 13.718), incidido no Título VI da Parte Especial do CP, muitas vezes alterando as faixas etárias dos sujeitos passivos nos crimes que lhe integram, o fato expressivo é que, mesmo também situado no referido Título, o art. 234 do CP sempre permaneceu intocado, inclusive no que diz respeito à idade do ofendido.

O art. 234 do CP não faz, quanto à idade do ofendido, qualquer alusão à faixa inferior aos 14 anos (mencionada nos arts. 217-A, *caput*, 218 e 218-A, todos do CP), e tampouco faz referência àquele interstício etário situado entre os 14 e 18 anos (destacado no inc. I do § 2º do art. 218-B e, ainda, nos arts. 213, § 1º, 227, § 1º e 230, § 1º, todos também do CP). Com isso, resta claro que ao art. 234 do CP é aplicável o marco geral referente à capacidade cognitiva e volitiva (que não foi expressamente excepcionado pelo próprio legislador), para quaisquer fins penais. Nesse sentido, a lição de José Henrique Pierangeli:

Adquire, pois, o indivíduo a sua capacidade penal aos 18 anos. Mas, não a adquire tão somente o imputado, mas também o consenciente, porquanto seria inadmissível que em um mesmo Código se estabelecessem duas idades para uma mesma capacidade penal, ou, por outras palavras, uma para a prática do fato e outra para consentir em fato que a justifica.²²⁴

Entretanto, há mais.

Se é verdade que o art. 234 do CP está, sob o aspecto *subject*, conectado ao art. 27 do CP,²²⁵ é também bastante claro, pelo que se deduz da literalidade desse último dispositivo, que as regras da legislação especial também intervêm no exame da capacidade de quaisquer dos sujeitos que integram a *pareja penal*, agente e ofendido. Conforme já assentado, o acesso

²²⁴ PIERANGELI. *Consentimento...*, p. 126.

²²⁵ “Art. 27. Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.”

de crianças e adolescentes às publicações de cenas de sexo e de nudez, que podem, muitas vezes, aludir ao obsceno, é disciplinado pelo ECA, que, por sua vez, é atualmente regulamentado pela Portaria nº 1.189/2018 do Ministério da Justiça. Desses diplomas normativos — que veiculam regras específicas ao tema²²⁶ — ressaltai, de forma patente, a certeza de que pessoas com idade inferior a 18 anos não podem validamente consentir em ser confrontadas com toda a sorte de representações sexuais. Tanto isso é verdade que compete aos pais ou responsáveis decidir pelos menores de 18 anos o que eles podem ou não acessar, em termos daqueles referidos conteúdos, seja autorizando-os, seja acompanhando-os.²²⁷

Afora o exposto, urge, novamente, voltar à noção basilar: o consentimento do ofendido somente pode ter lugar diante de bens jurídicos disponíveis. Adolescentes com mais de 14 e com menos de 18 anos possuem sim alguma liberdade sexual, mas não plena. Logo, não é somente a autodeterminação sexual que fulgura, em relação a eles, como objeto de tutela penal no âmbito do art. 234 do CP. Também a integridade sexual (indenidade sexual, intangibilidade física e psíquica dos citados adolescentes, postas no plano da sexualidade e voltadas à concretude da especial proteção que se lhes é assegurada desde a matriz constitucional) compõe a objetividade jurídica do tipo em relação a eles. E esse domínio, tão gravemente afetado por interesses sociais que transcendem os desejos das pessoas com idade inferior a 18 anos, não comporta qualquer ato de disposição, qualquer renúncia protetiva, razão pela qual, ausente esse pressuposto, o consentimento que eles eventualmente pudessem manifestar ante as condutas tipificadas no art. 234 do CP é de todo irrelevante, para fins jurídico-penais.

²²⁶ A natural capacidade para consentir (não determinada de forma geral) prevalece, entretanto — segundo Jakobs (*Tratado...*, p. 352) —, “na falta de regras especiais”. Na espécie, existe normatividade específica que disciplina o consentimento dos menores de 18 anos em face de representações cujo conteúdo diga respeito a cenas de sexo e de nudez, com potencial obsceno e pornográfico.

²²⁷ No Capítulo I (Dos Fundamentos), Seção III (Da autorização dos pais, tutores, curadores e responsáveis), da Portaria nº 1.189/2018 do Ministério da Justiça, consta o art. 7º, *in verbis*:

“Art. 7º A autorização de acesso a obras classificadas como ‘não recomendado para menores de 18 (dezoito) anos’ poderá ser feita apenas para adolescentes com idade igual ou superior a 16 (dezesesseis) anos.

§ 1º A autorização de acesso a obras classificadas como ‘não recomendado para menores de 16 (dezesesseis) anos’ ou inferior poderá ser feita para crianças e adolescentes com idade igual ou superior a 10 (dez) anos.

§ 2º Em conformidade com o art. 75, parágrafo único, da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, as crianças menores de 10 (dez) anos somente poderão ingressar e permanecer nos locais de apresentação ou exibição quando acompanhadas dos pais ou responsável.

§ 3º A autorização deverá ser feita:

I - no caso da presença do acompanhante legal durante o transcorrer do evento, pela apresentação da documentação que identifica o menor de idade, comprovando o vínculo; ou,

II - por escrito, assinada exclusivamente pelos pais, tutores, curadores ou responsáveis, no caso de menores desacompanhados.”

Outrossim, por revestir-se de valimento pragmático dedicado à integral proteção devida aos jovens, inclusive na via preventiva,²²⁸ a solução ora apresentada afina-se com o escopo de realização axiológica de valores constitucionais, cujo olvido jamais pode tocar ao direito penal.

Portanto, pessoas com idade entre 14 a 18 anos não podem consentir de forma eficaz à exclusão do tipo, no âmbito do art. 234 do CP, pois, quanto ao acesso delas às representações obscenas, a curiosidade e a vontade que lhes tocam não bastam.

5.1.4.3 Síntese do tópico

Em coerência com a objetividade jurídica do art. 234 do CP, nos moldes ora apontados, o sujeito passivo do crime de escrito e objeto obsceno será sempre a pessoa individual, independentemente do sexo, da idade e da condição psicofísica. É em consonância à racionalidade jurídico-penal que adultos capazes de expressar consentimento eficaz recebam, como é próprio de um direito penal comprometido com o princípio da *ultima ratio* e avesso a um paternalismo estatal censurável,²²⁹ tratamento protetivo diverso daquele dispensado às crianças, aos adolescentes e aos vulneráveis.

De fato e *de jure*, as publicações inseridas na temática sexo e nudez, conforme parâmetros normativos instituídos pela Portaria nº 1.189/2018 do Ministério da Justiça, devem obrigatoriamente contar com prévia informação acerca de seus conteúdos. Isso reforça a ideia

²²⁸ De fato, seria bastante complexa, *v.g.*, a triagem incidente sobre uma multidão de indivíduos, entre 14 e 18 anos, que se apinha para ter acesso à estreia do show de um astro da moda; no mundo das realidades, é inviável a realização de exame minimamente sério que afira *in concreto* a capacidade natural de cada um daqueles adolescentes, que se acotovelam, eufóricos e aos borbotões, no funil de entrada daquele mesmo espetáculo imaginado neste modelo hipotético. Certo que daí duas objeções poderiam ser feitas: a primeira, no sentido de que a falta de estrutura dos organizadores de eventos públicos não pode dar azo à aplicação do direito penal, já que tal deficiência não é tipificada como crime; a segunda, no sentido de que a aferição da capacidade natural, no caso concreto, poderia ser objeto de exame *ex post*, dedicado a investigar apenas as suspeitas específicas, vislumbráveis desta ou daquela situação pontual. Os dois argumentos, com efeito, ensejam incursões de ordem dogmática. Quanto ao primeiro deles, basta dizer que o crime do art. 234 do CP pode ser também punível a título de dolo eventual (cf. item 5.2 deste Capítulo 5): por isso, permitir, com nítida assunção de risco, que este ou aquele jovem tenham acesso à obscenidade porque talvez sejam capazes de compreender o alcance da disposição do bem jurídico e o sentido da ação típica é situação que não elide, mas antes conclama, a concreta realização do tipo. O segundo argumento, ao seu turno, é ainda mais prejudicial à liberdade do sujeito ativo, assim como também é mais lesivo aos interesses do sujeito passivo: a aferição *ex post* da capacidade natural desse último é sim possível, mas: *i*) motiva custos processuais desnecessários (*v.g.*, perícias), *ii*) acarreta indesejável *streptus forii* para os dois sujeitos, *iii*) redundando no risco de condenação criminal ao primeiro, *iv*) ao mesmo tempo em que pode diagnosticar, em relação ao jovem, que a norma penal não cumpriu, preventivamente, o seu papel protetor em relação a ele, como seria inclusive melhor, sob todos os ângulos.

²²⁹ Que em matéria sexual impõe condições morais globais e em matéria estética impõe concepções obrigatórias. Assim, e apartado desse paternalismo estatal pernicioso, o direito ao exercício da autorrealização sexual, inerente ao adulto livre e consciente tanto das potencialidades de sua própria personalidade, como dos limites traçados pela lei, não deixa de fundamentar um juízo social acerca do que é razoável em termos de tolerabilidade das publicações obscenas, dimensionando o alcance do *jus puniendi* alusivo ao art. 234 do CP.

de que o acesso às publicações obscenas deve ser uma opção do consenciente ou de quem exerce esse mesmo papel, em relação à responsabilidade legal alusiva às crianças, adolescentes e pessoas reputadas sexualmente vulneráveis: daí que o sujeito ativo jamais pode deixar de conceder efetiva oportunidade de livre escolha sobre o envolvimento em ações e contextos de natureza sexual ao sujeito passivo, ou a quem o represente.

A compreensão e aplicação do art. 234 do CP há de respeitar as evidências que o bom senso imprime na própria realidade social. Assim, não cabe impor pena em desfavor de quem, mesmo recolhendo tributos ao Poder Público e cumprindo com as exigências administrativas, oferece ao público, atento a todos os critérios jurídico-normativos, os elementos materiais que podem interessar à tipificação ora examinada. Um adulto que, livre e conscientemente, entra em um *sex shop*, ou ingressa em uma sala de cinema pornográfico, ou em um espetáculo de *streap-tease*, ou, ainda, que busca uma exposição de artes visuais ou uma peça teatral e sabe, previamente, que, nesses lugares, há a exibição de temas sexuais, não é lesionado na sua autodeterminação sexual: ao contrário, exercita-a. Não há, pois, sentido algum em punir com detenção de seis meses a dois anos, ou multa, o agente que proporciona ao público, cumprindo as determinações normativo-jurídicas e sem lesão a bem jurídico de outrem, o acesso a representações, materiais ou conteúdos obscenos a quem quer e pode fazê-lo.

Destarte, a análise da postura do suposta “vítima” é crucial, porquanto consente com a publicação obscena (exercendo postura excludente do tipo) quem, maior de 18 anos e provido de discernimento — mesmo já sabendo do que se trata²³⁰ — vai ao decidido encontro com aquela (inclusive pagando pelo ingresso),²³¹ ou quem, sem quaisquer ônus, pode evitar a aludida publicação, mas insiste no contato com ela.²³² Eis concretos sinais de adesão à

²³⁰ Não raro, mostras de artes visuais marcadas por polêmicas, peças teatrais controvertidas, filmes que dividem a opinião pública quanto ao seu caráter ideológico e moral são amplamente noticiados na imprensa, em matérias que conferem notoriedade aos pontos que suscitam as discórdias. Ora, quem procura deliberadamente por tais formas e conteúdos expressivos, seja por curiosidade, seja mesmo para se indignar, exercita livremente o desejo de acessar a matéria problemática e, portanto, manifesta consentimento eficaz à exclusão do tipo, de modo a obstar a aplicação das consequências do art. 234 do CP.

²³¹ Em comentário ao art. 128 do Código Penal Argentino (cf. transcrição do dispositivo constante na nr. 57 deste Capítulo 5), declara Carlos Borinsky (Cinematografía, ley penal y obscenidad. *Doctrina Penal: teoría y práctica en las ciencias penales*, Buenos Aires, v. 9, n. 33/36, p. 90, 1986) que “la validez constitucional del precepto sólo puede defenderse aceptando que tutela un bien jurídico individual: [...]. No puede considerarse transgredida la norma, entonces, si el espectador concurre voluntariamente a presenciar la muestra cinematográfica a una sala especial, advertido de que allí se difunden películas de exhibición condicionada: el acuerdo del titular del bien jurídico excluye la tipicidad”. O comentário aplica-se inteiramente ao art. 234 do CP e não se restringe, no que toca à sua pertinência, às exibições cinematográficas, servindo também às exposições de artes visuais, às peças teatrais, aos shows “eróticos”, aos programas de televisão bloqueáveis etc.

²³² Nesse sentido, Cancio Meliá (*Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal: estudios sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*. 2. ed. Barcelona: J. M. Bosch, 2001. p. 336) destaca que “debe estimarse — y existe un consenso generalizado en la doctrina — que tratándose de una conducta por parte de la víctima que implica la dejación de medidas esenciales y elementales de neutralización del riesgo inicial, no puede producirse imputación del resultado a la conducta do autor”. De fato,

obscenidade, assumidos pelo consenciente, que apontam para um exagero punitivo, em caso de condenação criminal do sujeito ativo.

Em relação à tutela das crianças, dos adolescentes e dos vulneráveis, o exame da realização do tipo deve ser empreendido sob outra ótica, pois a indisponibilidade do bem jurídico — integridade sexual — impede que tais ofendidos prestem consentimento eficaz no confronto com formas e conteúdos obscenos.

Ademais, não há de ser admitida como em conformidade aos fins de proteção da norma penal pertinente ao art. 234 do CP qualquer expressão, mesmo a pretensamente artística, que subtrai de seus expectadores a condição de sujeitos fruidores, rebaixando-os a meros objetos do *mise-en-scène* que os envolve. As liberdades, sexual e de acesso à expressão de quem vê, ouve ou sente uma obra de arte, valem tanto quanto as liberdades, sexual e de manifestação, de quem apresenta uma invenção artística. Daí que, *v.g.*, as relações sexuais, os atos de masturbação, a nudez completa e a exibição genital etc., perpetrados em inobservância ao prévio dever de informar ao público, não estão *a priori* imunes aos efeitos da lei penal. Soa socialmente intolerável, *in exemplis*, a cópula explícita de um casal, realizada no interior de um ônibus lotado, com crianças e com pessoas que não desejam ver a cena, ao argumento de que se trata de “arte performática”, garantida pela cláusula constitucional da liberdade de expressão.

De forma prévia à mostra da obra, deve sempre o agente informar, nos termos da correspondente normativa jurídica, o conteúdo daquilo que está a publicar, pois essa postura garante àqueles que podem livremente optar pelo acesso à referida obra e àqueles a quem compete decidir sobre esse mesmo acesso por outrem o exercício eficaz do consentimento. Promove-se, nos limites do art. 234 do CP, a conciliação de interesses: o de se expressar, por parte do sujeito ativo, e o de decidir sobre o acesso à expressão, por parte do sujeito passivo; ao agente jamais será dado coagir (pela violência ou pela ameaça), não informar (omitir), desinformar (enganar), informar imperfeitamente (concorrer para a falsa representação),

quem publica expressão de caráter obsceno, sem observância das formalidades exigidas pela normativa pertinente e que se relacionam às condutas tipificadas no art. 234 do CP, cria risco de lesão a bens jurídicos de terceiros. No entanto, em fatos desse jaez, pode ocorrer que “la creación de riesgo imputable al autor esté localizada en un ámbito físico del que a víctima puede alejarse o no entrar en él y neutralizarlo de este modo — o, mejor dicho, evitar la concreta puesta en riesgo respecto de sus bienes”. (CANCIO MELIÁ. *Conducta...*, p. 337). À vista disso, não se defende que a vítima adote comportamentos heroicos ou que suporte gravames significativos em sua liberdade (de ir e vir e permanecer, ou mesmo de natureza sexual) para evitar o confronto com a expressão obscena. Pondera-se, isso sim, no sentido de que, se a vítima tem ao seu alcance a adoção de uma medida muito simples, que em nada lhe afeta (*v.g.*, não ir até a obra, que sequer está situada em seu trajeto; mudar o canal ao invés de nele permanecer sintonizado; deixar de visualizar, pelo “olho mágico”, ou se abster de escutar, pelos fones de ouvido, disponíveis na sala de exposições, a obra que somente mediante esses recursos pode ser efetivamente percebida etc.), o agir da vítima adotado em sentido contrário — *i.e.*, procurando ou insistindo deliberadamente no confronto com a obra — pode ensejar o reconhecimento de seu consentimento, tácito no mínimo, em fruir daquilo que é publicado.

surpreender (apresentar sem dar a oportunidade de livre exercício da vontade), ou aproveitar-se do erro do destinatário da obra, uma vez que a conduta *ex improviso* empreendida na publicação de formas e conteúdos sexuais, a depender de sua monta, pode ofender ou pôr sob risco de lesão o bem jurídico-penal de que o receptor é titular. Nesses moldes, o crime de escrito ou objeto obsceno, em quaisquer de suas modalidades, nada tem a ver com censura: efetiva, ao contrário, os postulados basilares do pluralismo democrático.

A visão de conjunto referente às conclusões ora externadas rompe com o modelo tradicional de interpretação do art. 234 do CP (aferrado em apontar a coletividade como sujeito passivo do delito) e, nessa perspectiva, ressalta princípios como exclusiva proteção de bens jurídicos, proporcionalidade e *ultima ratio*, essenciais a um direito penal legítimo no Estado Democrático de Direito. A exegese ora proposta, destarte e por um lado, insere a aplicação do art. 234 do CP em patamar de subsidiariedade, consideradas as faltas administrativas previstas no ECA;²³³ por outro lado, o teor do art. 55 da Portaria nº 1.189/2018 do Ministério da Justiça é bastante claro: “O descumprimento dos dispositivos desta Portaria sujeita o responsável às prescrições da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e do Código Penal.” Convivem, assim, infrações administrativas e o crime ora estudado. Mas em qual medida? Desde que o agente não observe o dever de previamente informar, em obediência aos termos e padrões exigidos pela

²³³ No Título VII (Dos crimes e das infrações administrativas), Capítulo II (Das infrações administrativas), do ECA, vigem as seguintes disposições que interessam ao tema desta dissertação:

“Art. 252. Deixar o responsável por diversão ou espetáculo público de afixar, em lugar visível e de fácil acesso, à entrada do local de exibição, informação destacada sobre a natureza da diversão ou espetáculo e a faixa etária especificada no certificado de classificação:

Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.”

“Art. 253. Anunciar peças teatrais, filmes ou quaisquer representações ou espetáculos, sem indicar os limites de idade a que não se recomendem:

Pena - multa de três a vinte salários de referência, duplicada em caso de reincidência, aplicável, separadamente, à casa de espetáculo e aos órgãos de divulgação ou publicidade.”

“Art. 254. Transmitir, através de rádio ou televisão, espetáculo em horário diverso do autorizado ou sem aviso de sua classificação: (Expressão declarada inconstitucional pela ADI 2.404).

Pena - multa de vinte a cem salários de referência; duplicada, em caso de reincidência, a autoridade judiciária poderá determinar a suspensão da programação da emissora por até dois dias.”

“Art. 255. Exibir filme, *trailer*, peça, amostra ou congênere classificado pelo órgão competente como inadequado às crianças ou adolescentes admitidos ao espetáculo:

Pena - multa de vinte a cem salários de referência; na reincidência, a autoridade poderá determinar a suspensão do espetáculo ou o fechamento do estabelecimento por até quinze dias.”

“Art. 256. Vender ou locar a criança ou adolescente fita de programação em vídeo, em desacordo com a classificação atribuída pelo órgão competente:

Pena - multa de três a vinte salários de referência; em caso de reincidência, a autoridade judiciária poderá determinar o fechamento do estabelecimento por até quinze dias.”

“Art. 257. Descumprir obrigação constante dos arts. 78 e 79 desta Lei:

Pena - multa de três a vinte salários de referência, duplicando-se a pena em caso de reincidência, sem prejuízo de apreensão da revista ou publicação.”

“Art. 258. Deixar o responsável pelo estabelecimento ou o empresário de observar o que dispõe esta Lei sobre o acesso de criança ou adolescente aos locais de diversão, ou sobre sua participação no espetáculo:

Pena - multa de três a vinte salários de referência; em caso de reincidência, a autoridade judiciária poderá determinar o fechamento do estabelecimento por até quinze dias.”

referida Portaria e pelo *Guia Prático de Classificação Indicativa* (que a complementa), incorrerá em infração administrativa aquela que for pertinente à espécie, prevista no ECA. Todavia, a ausência do cumprimento daquele mesmo dever não determina a automática concretização do tipo penal do 234 do CP, pois, ainda que não devidamente informado sobre a obscenidade que lhe está sendo apresentada, o adulto capaz, que manifesta o seu consentimento, promoverá, com essa sua postura, o reconhecimento da atipicidade da conduta porventura questionada. O tipo também não se realizará — malgrado a ocorrência da falta administrativa — se, apesar da ausência das informações devidas, não forem efetivamente confrontados com as publicações obscenas crianças, adolescentes e vulneráveis. Ademais, infração administrativa e crime haverá, simultaneamente, se o conteúdo exibido, com cenas de sexo e nudez, não corresponder à permissão da faixa etária indicada, e o acesso a ele se der, tanto por pessoas com idade situada abaixo da respectiva classificação, quanto por indivíduos adultos capazes de expressar consentimento jurídico-penal eficaz que não o desejavam.²³⁴

É, portanto, o pluralismo democrático de uma sociedade justa, livre de preconceitos e interessada na autonomia individual de adultos aptos a eleger o que lhes convém no plano da autorrealização sexual, assim como compromissada com a devida proteção de crianças, de adolescentes e das pessoas designadas como vulneráveis pelo direito penal sexual pátrio, que ilumina a presente proposta de ressignificação hermenêutica, no tocante ao ponto em epígrafe.

5.1.5 Elemento material

Os elementos meramente descritivos contidos no tipo objetivo do art. 234 do CP não ensejam nenhuma ressignificação hermenêutica. De fato, todas as mídias nele elencadas podem veicular expressões obscenas.²³⁵

Não obstante, incrustrado no art. 234 do CP, o vocábulo “obsceno” apresenta-se como “elemento normativo”²³⁶ do tipo, uma vez que o termo traz à carga aspectos que

²³⁴ Inobstante a verificação do tipo estabeleça-se mediante a perspectiva da unidade, a consequência prática que se extrai da presente análise passa por um movimento mental importante: a retirada de ênfase da averiguação do próprio obsceno. Não haverá sentido em perquirir acerca desse predicado de valor se a representação publicada houver sido em atendimento às determinações normativas, e, mesmo se não o for, tiver contado, da parte de quem pode expressar consentimento eficaz, com a renúncia à proteção penal em homenagem ao bem jurídico de que é titular. Assim, o que diz respeito ao homem (a sua autonomia) eleva-se como elemento primacial na perquirição do tipo, e o que se refere ao objeto material (o caráter obsceno ou não da representação publicada) é fixado em plano secundário.

²³⁵ Sobre as referidas mídias, cf. item 4.1.5.1 do Capítulo 4 desta pesquisa.

²³⁶ Essa é a terminologia empregada pela doutrina tradicional. Melhor seria designar os “elementos normativos do tipo” como “predicados de valor” (cf., nesse sentido, PUPPE, Ingeborg. *Error de hecho, error de derecho, error de subsunción*. Traducción del artículo “Tatirrtum, Rechtsirrtum, Subsumtionsirrtum”, publicado en *Goldammer’s Archiv für Strafrecht*, realizada por Manuel Cancio Meliá. In: FRISCH, Wolfgang et al. *El error en el derecho penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2010. p. 126 et seq.). Calha, aqui, a ponderação de Mezger:

extrapolam a mera realidade da natureza, exigindo valorações arraigadas na ordem do cultural. Nessa ótica, compreender a significação do citado predicado de valor, considerando-o não como um dado simplesmente perceptível pelos sentidos visual ou auditivo, corresponde a uma postura epistemológica irrenunciável. A propósito, ensina Frederico Horta que,

ao distinguir na realidade os aspectos pertinentes à cultura daqueles que só pertencem à natureza, a filosofia neokantista forneceu a base para a distinção dos elementos normativos em relação aos elementos descritivos do fato incriminado, como sendo aqueles que não podem ser conhecidos apenas com o recurso à percepção sensorial, mas que só são acessíveis pela compreensão da sua significação, esta, por sua vez conferida pelos valores a que fazem referência.²³⁷

Diante dessa perspectiva, é apropriado assumir que a obscenidade, ainda segundo o citado autor, “só pode ser compreendida com base em padrões extraleais de comportamento, fundados na ordem moral e na mentalidade hegemônicas, de determinação tão mais difícil e problemática quanto mais conflituosa, pluralista ou multicultural for uma sociedade”.²³⁸

Com efeito, a observação destaca a importância do elemento cultural na definição do obsceno, diz da dificuldade (e não da impossibilidade) da definição do termo, bem como ressalta que, no marco do multiculturalismo e do pluralismo social, simplificações indevidas não são bem-vindas.

Destarte, à demarcação do conteúdo e dos limites do tipo objetivo cabe distinguir entre o erótico, o obsceno e o pornográfico, uma vez que à caracterização de quaisquer dos supostos tipificados no art. 234 do CP não basta que a expressão problematizada apenas remeta à percepção de formas e temas com viés sensual.

5.1.5.1 O erótico

“A atividade sexual dos homens não é necessariamente erótica. Ela só o é quando deixa de ser rudimentar, simplesmente animal”, afirma Bataille.²³⁹

“Incluso debe darse razón a ERIK WOLF cuando afirma que, en el fondo, todos los elementos del tipo tienen carácter normativo; pues todos en absoluto son conceptos jurídicos y, por tanto, conceptos valorativos teleológicamente edificados.” (MEZGER *apud* HORTA, Frederico Gomes de Almeida. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo*: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 154-155).

²³⁷ *Ibidem*, p. 153.

²³⁸ *Ibidem*, p. 68.

²³⁹ BATAILLE, Georges. *O erotismo*. Tradução, apresentação e organização de Fernando Scheibe. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017. p. 54.

O erotismo, portanto, é expressão essencialmente humana:²⁴⁰ nele, a atividade sexual ultrapassa o seu natural motriz reprodutor²⁴¹ e, inserida na cultura em forma de discurso,²⁴² já não se limita ao carnal, uma vez que transcende a corporeidade e eleva a sexualidade a uma zona que bordeia a metafísica.²⁴³

Conquanto sedutoras, as abreviações que enunciam que o erotismo é a face nobre do sexo²⁴⁴ e que nele o sexo é implícito²⁴⁵ não satisfazem e muito menos têm cabimento no orbe jurídico-penal. Primeiro, porque o diagnóstico da nobreza depende de uma avaliação unicamente moral; depois, porque a pornografia *soft core*²⁴⁶ desmente o segundo aspecto.

Nos domínios do erótico, todavia, o interdito e a sua transgressão conjugam-se,²⁴⁷ sem implicar constante reproche jurídico-penal.

Nem toda expressão da sexualidade rompe com as regras que primam por instituir uma vida social segura e livre, na qual vige a garantia de que todos os direitos humanos e civis sejam concretamente fruídos por cada um na sociedade; claro, pois, que nem toda manifestação erótica corresponde à ofensa de um interdito *criminal*.

Assentada essa primeira noção, urge grifar que, no universo representacional — aquele que toca diretamente aos interesses da pesquisa —, o erótico, embora constitua a

²⁴⁰ “El erotismo, al ser expresión humana del amor carnal, dignifica la sexualidad, y en último término dignifica al amor.” (PELLEGRINI, Aldo. Lo erótico como sagrado. In: LAWRENCE, D. H.; MILLER, H. *Pornografía y obscenidad*. Traducción y notas de Aldo Pellegrini. Buenos Aires: Ediciones Nueva Visión, 1967. p. 29).

²⁴¹ Para Bataille (*O erotismo...*, p. 35), “apenas os homens fizeram de sua atividade sexual uma atividade erótica, ou seja, uma busca psicológica independente do fim natural dado na reprodução e no cuidado com os filhos”.

²⁴² “O sexo é a ação do corpo e o remete ao estado de natureza; já o erótico é expressão — representação — do corpo e o insere na cultura, por isso é discurso, cuja finalidade é comunicar ao outro uma vontade de continuidade que será compreendida graças aos códigos de comportamento social. O erótico pressupõe uma interação entre interlocutores que estabelecem uma relação de diálogo, ou seja, sujeito-sujeito. No entanto, quando o sexo realiza-se no corpo e para o corpo, numa relação de coisificação — sujeito-objeto, ou objeto-objeto —, estamos diante do que comumente denominamos pornografia.” (CAMARGO, Francisco Carlos; HOFF, Tânia Márcia Cezar. *Erotismo e mídia*. São Paulo: Expressão & Arte, 2002. p. 42).

²⁴³ “No se puede dejar de señalar la íntima relación que existe entre desarrollo espiritual y erotismo.” (PELLEGRINI, *loc. cit.*).

²⁴⁴ Na medida em que erótico, em sentido etimológico, deriva da referência a Eros, o deus grego do amor.

²⁴⁵ Cf., nesse sentido, CASTELLO BRANCO, Lúcia. O que é erotismo. In: MILAN, Betty *et al.* *O que é amor, erotismo e pornografia*. São Paulo: Brasiliense/Círculo do Livro, 1984. p. 72.

²⁴⁶ A expressão sexual comporta níveis de sugestão: o *softcore*, o *hardcore* e o *realcore*. “Em comparação ao *softcore*, que indica o sexo completamente simulado, e o *hardcore*, que indica o sexo de verdade, mas desempenhado para a câmera, o *realcore* expressa a comunicação de pessoas comuns nas suas práticas cotidianas.” (DE CASTRO, Ana Lara Camargo; SYDOW, Spencer Toth. *Perversão, pornografia e sexualidade: reflexos no direito criminal informático*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018. p. 97).

²⁴⁷ Bataille (*op. cit.*, p. 282) é enfático: “Antes de tudo, o erotismo difere da sexualidade dos animais na medida em que a sexualidade humana é limitada por interditos e em que o domínio do erotismo é o da transgressão desses interditos.”

categoria geral,²⁴⁸ difere-se — em que pese a fluidez das fronteiras, em certas ocasiões²⁴⁹ — tanto do obsceno,²⁵⁰ quanto do pornográfico.²⁵¹ Nesse sentido, destaca María Mercedes Gómez:

Lo erótico es evocación antes que provocación, es expresión antes que causa de la excitación sexual, es seducción antes que producción, es resorte del conocimiento y gozo del cuerpo antes que respuesta sexual desesperada. En otras palabras, es reciprocidad con el mundo y no masturbación compulsiva, es diálogo y no monólogo sexual.²⁵²

Ademais, a representação erótica comporta a metáfora, transparece o predomínio da harmonia formal, bem como pode exercer funções informativas, ideológicas e mágicas.²⁵³ No erótico, o desejo anda com a poesia e, sublimado, não se rebaixa ao mero objeto de consumo.

²⁴⁸ Cf. POSNER, Richard. Arte erótico, pornografía y desnudez. In: MacKINNON, Catharine A.; POSNER, Richard. *Derecho y pornografía*. Introducción de María Mercedes Gómez. Traducción de Isabel Cristina Jaramillo. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Facultad de Derecho; Universidad de los Andes, 1996. p. 89.

²⁴⁹ Lê-se em Daniel Kiecol (*Erotic art*. Paris: Koenemann, 2018. p. 6-8): “What is erotic art? Few other genres in Western art as difficult to define erotic art. What is eroticism and what is pornography? The only thing that can be said with any certainty is that each era has to deal with the question of setting the line between eroticism and the obscene or pornographic. It would be easy to say that eroticism emphasizes interpersonal aspects such as sensuality, shame, or seduction, while pornography focuses much more on the depictions of sexual acts and sexual organs. In pornography, the aesthetic of the human body that is central to eroticism recedes. But it soon becomes clear just how fluent the boundaries are between the two and the extent to which they have shifted over the centuries. It was not just the aesthetic aspects such as changes in fashion and body ideals, but also especially shifts in religious and philosophical ideas and ethical boundaries. There was also strong influence from the other arts, especially literature, which were often able to make fundamental changes to a culture’s concepts, ideas, and symbols of erotic.” Em suma: o erótico, o obsceno e o pornográfico, mesmo nas artes, não se confundem, malgrado entre eles seja bastante difícil traçar, de forma precisa, em razão de variantes éticas e estéticas, a linha que os distingue.

²⁵⁰ Segundo Afonso Medeiros (*O imaginário do corpo, entre o erótico e o obsceno*: fronteiras líquidas da pornografia. Goiânia: FUNAPE, 2008. p. 32-33), “o obsceno constitui uma física — algo imanente, que permanece no âmbito da experiência sensível e da dimensão concreta —, enquanto que o erótico constitui uma metafísica — relativa ao transcendente, como visão que extrapola e projeta, para além da concretude da existência, certas dimensões da corporeidade humana”.

²⁵¹ Considerando que “ao erotismo é deixada uma porta aberta ao sentimento amoroso”, Nuno César Abreu (*O olhar pornô: a representação do obsceno no cinema e no vídeo*. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: Alameda, 2012. p. 24-25) escreve: “André Rouillé afirma que a metonímia, que designa o todo por um de seus elementos, é a figura de retórica por excelência do erotismo. Com ela, o sexo não é objeto visual, mas mental. A metonímia se refere aos objetos parciais (no sentido freudiano do termo), suscitando por seu deslocamento uma tensão e uma dinâmica: uma expectativa de desejo. [...] Na imagem pornográfica, ao contrário, tudo é ofertado sem dificuldade, sem retorno, sem véu nem mistério; somente uma mecânica do prazer plena de incerteza e perturbação. O imaginário e a fantasia são cedidos à aparência trivial. Porque ela mostra, descreve, exhibe com uma prodigalidade extraordinária de signos e de detalhes, [...] Quanto ao sexo, ele não é mais do que um objeto ordinário e banal, um acessório de *mises-en-scène* do prazer e das *performances*.”

²⁵² GÓMEZ, María Mercedes. La mirada pornográfica. In: MacKINNON, Catharine A.; POSNER, Richard. *Derecho y pornografía*. Introducción de María Mercedes Gómez. Traducción de Isabel Cristina Jaramillo. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Facultad de Derecho; Universidad de los Andes, 1996. p. 18.

²⁵³ Cf. POSNER, *op. cit.*, p. 93. O autor ainda admite que o erótico pode assumir funções afrodisíacas. Parece-nos, contudo, que, se a representação é “apenas” afrodisíaca (i.e., se traduz a excitação sexual pela excitação sexual), ela será pornográfica (cf. item 5.1.5.3). Todavia, na medida em que o autor aceita o erótico a abarcar o obsceno e o pornográfico, sua visão — a rigor — não está incorreta. Para Posner, a pornografia deve ser entendida “como erotismo que ofende” (*Ibidem*, p. 95), embora também, quanto a ela, o autor não negue os objetivos afrodisíacos (*Ibidem*, p. 108).

5.1.5.2 O obsceno

Dizer: “o obsceno é o ofensivo ao pudor” não é equivocado, mas é insuficiente.²⁵⁴

Na falta de um tipo explicativo que declare o que seja o obsceno, a sua aferição jurídico-penal não prescinde dos costumes para o seu reconhecimento, pois ele não é um dado incontroverso da natureza e sim o resultado de uma valoração empírico-cultural. Posto que a perspectiva contextual é indispensável à identificação do obsceno, resta claro que o pudor *per se* não o define, embora informe-o²⁵⁵ na seara que interessa à pesquisa.

Permitir o obsceno, ou usufruir de suas “competências”, significa — ainda que temporariamente — despojar-se daquilo que preserva a própria intimidade,²⁵⁶ abrir mão do sentimento de reserva, na ordem do sexual, em cujo âmago vige a discrição.²⁵⁷

O obsceno sempre agita os afetos, pois os catalisa, seja na direção do escândalo, seja na direção da lubricidade. Assim, o obsceno — quando não pretendido — interfere na autonomia sexual da pessoa, em ofensa ao seu direito de livremente optar pela manifestação inquietante ao senso de reserva sexual de que é portadora. Daí que, na dimensão integral do obsceno, conforme bem observa Rodolfo Venditti, “questo senso di riservatezza viene offeso no soltanto dalle manifestazioni sessuali disgustose o ripugnanti, ma anche dalle manifestazioni sessuali eccitanti, stimolanti”.²⁵⁸ Ou seja, o obsceno, independentemente do apelo à explícita genitalidade,²⁵⁹ pode aflorar tanto pela via do apelo lascivo afrodisíaco quanto pela via do agravo repulsivo à lubricidade.²⁶⁰

²⁵⁴ Predicar que “o obsceno é o ofensivo ao pudor”, além da vagueza que encerra, pode levar a uma definição circular do termo, pois “o ofensivo ao pudor é a imoralidade sexual”, e “a imoralidade sexual é obscena”.

²⁵⁵ Díez Ripollés (*El derecho penal ante el sexo...*, p. 225) reconhece que insita aos elementos normativos presentes nos crimes sexuais está a existência de valorações morais, razão pela qual elas não podem ser de todo abstraídas, embora devam ser situadas “en un segun plano e introducido de modo indirecto y limitado en los tipos”.

²⁵⁶ Segundo Jean Guitton e Jean-Jacques Antier (*O livro da sabedoria e das virtudes redescobertas*. Tradução de José Luiz Miranda. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003. p. 176), “o pudor preserva a intimidade da pessoa”.

²⁵⁷ Ao vocábulo “pudor” podem ser associadas as palavras “discrição” e “reserva” (nesse sentido, cf.: GUITTON; ANTIER, *loc. cit.*).

²⁵⁸ VENDITTI, Rodolfo. *La tutela penale del pudore e della pubblica decenza*. Milano: Giuffrè, 1962. p. 10.

²⁵⁹ Nesse sentido, assevera Rodolfo Venditti (*Ibidem*, p. 9): “Non si tratterà allora di cercare necessariamente nell’osceno il crudo richiamo all’atto sessuale (cioè all’esercizio della genitalità).”

²⁶⁰ O obsceno é o devasso sexual, o patentemente lúbrico e que, em razão desse caráter, turba a quietude íntima, ao irromper em oposição ao recato. O obsceno provoca o pudor: se o choca, se com ele atrita pela via da negação, se é o torpe, será o obsceno em sentido estrito; se o excita, se assanha-o pela via do desejo, se é o prazer luxurioso, será o pornográfico (variante do obsceno, que nele está contida). Mas note-se: o desejo pertence a cada um, toda pessoa tem o direito de escolher com quem, onde e como sentir o desejo sexual, e essa opção pela experiência do desejo traduz a plenitude da liberdade sexual, inclusive nos planos da catarse interior e das reações fisiológicas exteriores. Consequentemente, não querer o desejo sexual (e seus efeitos) nada tem de paradoxal, porquanto esse desejo não é fruto da vontade pessoal, mas produto da provocação advinda de terceiro que desconsiderou a individualidade alheia. Por isso, a pessoa pode (e tem o direito de) não querer experimentar o desejo sexual naquele momento e naquele lugar, com aquela pessoa que o envolve nessa atmosfera: não consentir com o despertar de um desejo sexual é afirmar a autonomia sexual, e nada há de contraditório nisso, em sentido jurídico-penal.

Todavia, afirmar que “o obsceno é aquilo que é asqueroso ou excitante sob o prisma sexual”, embora mais palpável que simplesmente dizer que o obsceno é “o que fere o pudor”,²⁶¹ ainda não satisfaz. Nesse sentido, os critérios integrantes do teste de Miller podem contribuir à ressignificação hermenêutica do citado tipo legal.

5.1.5.2.1 Teste de Miller

O debate sobre a obscenidade, no âmbito da Suprema Corte de Justiça Norte-Americana, quase sempre²⁶² vem conectado à liberdade de expressão referida na Primeira Emenda,²⁶³ garantidora da circulação, inclusive, de ideias desagradáveis ou mesmo odiosas.²⁶⁴

Os critérios que vigem na definição jurídica do obsceno foram instituídos, nos Estados Unidos, por ocasião do julgamento *Miller vs. California* (413 U.S. 15),²⁶⁵ ocorrido em

²⁶¹ Cf. FERREIRA. *Novo dicionário Aurélio...*, p. 1.210.

²⁶² Desfilam-se também argumentos com base no direito à “igualdade”, da Décima Quarta Emenda: na visão de grupos feministas, a pornografia — que, em muitos dos seus aspectos, entrelaça-se com a obscenidade — denigre o valor das mulheres na sociedade, aprofundando a crise discriminatória de gêneros. A propósito, Andrea Dworkin e Catherine MacKinnon (*Pornography and Civil Rights: a new day for women's equality*. Minneapolis, Organizing Against Pornography, 1988. p. 73) dizem que “pornography sexualizes inequality and the hatred of women so that men get sexual pleasure from hurting women and putting women down”.

²⁶³ A Primeira Emenda (*First Amendment*) da Constituição dos Estados Unidos da América do Norte está assim redigida: “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Constitution of the United States* (1787). Disponível em: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm. Acesso em: 26 jan. 2019).

²⁶⁴ Em célebre excerto constante em *opinion* que proferiu em *United States vs. Schwimmer*, 279 U.S. 644 (1929), o Justice Holmes assim se pronunciou: “Some of her answers might excite popular prejudice, but if there is any principle of the Constitution that more imperatively calls for attachment than any other it is the principle of free thought—not free thought for those who agree with us but freedom for the thought that we hate.” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of The United States. *United States vs. Schwimmer* (279 U.S. 644, 1929). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/279/644/>. Acesso em: 26 jan. 2019).

²⁶⁵ Em 1971, Marvin Miller — proprietário de um comércio de filmes e livros pornográficos — enviou pelos correios materiais de divulgação de seus produtos, os quais acabaram por aportar em um restaurante em Newport Beach: o dono do estabelecimento e a mãe dele abriram o envelope, tiveram acesso às imagens reputadas obscenas e, por isso, acionaram as autoridades locais. O Código Penal da Califórnia (cuja redação é bastante semelhante àquela do art. 234 do CP), então vigente na localidade dos fatos, dispunha: “§ 311.2 Sending or bringing into state for sale or distribution; printing, exhibiting, distributing or possessing within state: (a) Every person who knowingly: sends or causes to be sent, or brings or causes to be brought, into this state for sale or distribution, or in this state prepares, publishes, prints, exhibits, distributes, or offers to distribute, or has in his possession with intent to distribute or to exhibit or offer to distribute, any obscene matter is guilty of a misdemeanor. [...]” Um júri da Superior Court of Orange County condenou a conduta de Miller, e o California Court of Appeal for the Third District manteve o veredicto. Marvin Miller, então, levou o caso à Supreme Court, que lhe concedeu o *certiorari* e o julgou, no dia 21 de junho de 1973, de forma emblemática: muito mais importante do que a confirmação da condenação (por cinco votos a quatro), foi a instituição dos novos critérios definidores da obscenidade, que passaram a ser (e persistem sendo) o padrão judicial norte-americano para o trato do assunto. Para conhecer os fatos, o direito aplicável e as razões jurídicas do julgamento, cf. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. *Miller vs. California* (413 U.S. 15, 1973). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/413/15/>. Acesso em: 26 jan. 2019.

1973.²⁶⁶ Nesse precedente, a Supreme Court reafirmou o entendimento de que a obscenidade não está protegida pela garantia da liberdade de expressão, bem como estabeleceu que a manifestação do pensamento somente pode ser considerada obscena, do ponto de vista jurídico, se: i) segundo o homem médio e aplicando-se os padrões contemporâneos da comunidade, provocar, desde que integralmente considerada, o interesse lascivo; ii) retratar ou descrever, de modo patentemente ofensivo, conduta sexual nos termos da legislação estadual aplicável; iii) como um todo, não possua um sério valor literário, artístico, político ou científico.²⁶⁷

Para efeitos deste tópico, ao menos dois dados se notabilizam na aplicação dos critérios cumulativos consubstanciados naquele que ficou conhecido como “Miller-test”: o primeiro sublinha que eles têm resistido à prova do tempo, em uma democracia extremamente exigente com a efetividade da liberdade de expressão;²⁶⁸ o segundo ressalta a versatilidade com que podem ser manejados em um país de dimensões continentais, marcado pela vigência de diferenças culturais significativas, presentes simultaneamente em diversos de seus entes federados.²⁶⁹ Esses aspectos credenciam a transposição do Teste de Miller à experiência jurídica

²⁶⁶ É relevante sublinhar que o padrão instituído nesse precedente representa a síntese pragmática decorrente da evolução crítica recaída sobre testes e *standards* propostos em outros julgamentos que lhe antecederam. Nesse sentido, podem ser citados — em rol exemplificativo — os seguintes *cases*: *Rosen vs. United States* (161 U.S. 29, 1896), *Roth vs. United States* (354 U.S. 476, 1957), *Jacobellis vs. Ohio* (378 U.S. 184, 1964), *Memoirs vs. Massachusetts* (383 U.S. 413, 1966), *Ginzburg vs. United States* (383 U.S. 463, 1966), *Mishkin vs. New York* (383 U.S. 502, 1966), *Redrup vs. New York* (368 U.S. 767, 1967), *Ginsberg vs. New York* (390 U.S. 629, 1968), *Cohen vs. California* (403 U.S. 15, 1971) e *Paris Adult Theatre I vs. Slaton* (413 U.S. 49, 1973), este último julgado no mesmo dia em que se deu o veredicto de *Miller vs. California* (413 U.S. 15), ou seja, em 21 de junho de 1973. Em suma: o Teste de Miller não nasceu pronto, mas traduz o resultado histórico conquistado a partir do aperfeiçoamento de diversas experiências progressas paradigmáticas.

²⁶⁷ “1. Obscene material is not protected by the First Amendment. [...], reaffirmed. [...]; 2. The basic guidelines for the trier of fact must be: (a) whether ‘the average person, applying contemporary community standards’ would find that the work, taken as a whole, appeals to the prurient interest, *Roth, supra*, at 354 U.S. 489, (b) whether the work depicts or describes, in a patently offensive way, sexual conduct specifically defined by the applicable state law, and (c) whether the work, taken as a whole, lacks serious literary, artistic, political, or scientific value. If a state obscenity law is thus limited, First Amendment values are adequately protected by ultimate independent appellate review of constitutional claims when necessary. Pp. 423 U.S. 24-25; [...]” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. *Miller vs. California*...).

²⁶⁸ A propósito, Anthony Lewis (*Liberdade para as ideias que odiamos: uma biografia da Primeira Emenda à Constituição americana*. Tradução de Rosana Nucci. São Paulo: Aracati, 2011. p. 9) assinala: “Os americanos são mais livres do que qualquer outro povo para pensar o que quiserem e dizer o que pensam, e mais livres hoje do que no passado. [...]. Há pouquíssima chance de sermos impedidos por um tribunal de publicar o que quisermos: na mídia impressa, no rádio, na televisão ou na internet. Expressões odiosas e chocantes, políticas ou artísticas, são quase todas livres para ingressar no mercado de ideias. [...]. De onde vem nossa liberdade extraordinária? A resposta mais comum é ‘da Primeira Emenda’.” Na mesma obra, o autor ainda destaca que, em 1986, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos valeu-se da experiência dos juízes estadunidenses em causa relacionada à liberdade de expressão. (*Ibidem*, p. 13-14).

²⁶⁹ Cumpre reconhecer, ademais, que, mesmo com essas características (bastante similares àquelas ostentadas do ponto de vista geopolítico pelo Brasil), os Estados Unidos figuram — pelo menos desde a segunda metade do Século XX — entre as mais importantes referências para a arte ocidental, e assim permanecem na contemporaneidade. Na medida em que arte e obscenidade podem ser assuntos tangentes, as discussões em torno do tema frequentemente despontam na sociedade norte-americana. Assim, se a questão revela, no particular, um fundo fático semelhante e, na medida em que a Supreme Court não crava uma definição categórica do que venha a ser a obscenidade em acepção jurídica, mas enumera apenas critérios para o seu

brasileira,²⁷⁰ uma vez que ela — assim como a estadunidense — é também pautada por um constitucionalismo que tem na liberdade de expressão um valor fundamental.²⁷¹

O STF, aliás, já avalizou o emprego do Teste de Miller no orbe judicante pátrio. Em 17 de agosto de 2016, no RE 898.450/SP - São Paulo, sob a relatoria do Min. Luiz Fux, o Tribunal Pleno, incidentalmente, examinou os limites da liberdade de expressão frente à obscenidade, ocasião na qual os requisitos que consubstanciam o referido teste foram, inclusive, expressamente enumerados no apontado julgamento.²⁷²

Invocado categoricamente pelo STF, o Miller-Test pode contribuir para a ressignificação hermenêutica do art. 234 do CP, na medida em que os seus *standards* incrementam o coeficiente argumentativo exigível no reconhecimento jurídico-penal do obsceno, presente no tipo objetivo do apontado dispositivo. Destarte, sobrelevam-se os níveis de segurança jurídica na aplicação do preceito incriminador, porquanto, também por essa via, resta ela sujeita a parâmetros passíveis de alguma aferição concreta, cujas conseguintes chances de refutação soerguem-se em prol da liberdade.²⁷³

reconhecimento, nada impede que tais parâmetros, neutros *per se* — e, portanto, adaptáveis a diferentes cenários regionais —, possam ser utilizados na realidade brasileira, uma vez que os conteúdos de tais indicadores comportam ser preenchidos pela carga axiológica que informa os horizontes culturais vigentes em cada uma das localidades pátrias, eventualmente envolvidas com a problemática ora tratada.

²⁷⁰ Em clássico escólio, Carlos Maximiliano (*Hermenêutica e aplicação do direito*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 179) pontifica que “o estudo dos julgados aproveita, sobretudo, como elemento de hermenêutica”. Aliás, o art. 4º do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (“Lei de Introdução às normas do direito brasileiro”, com redação dada pela Lei nº 12.376, de 30 de dezembro de 2010 e com alterações veiculadas pela Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018), não conferiu à jurisprudência o *status* de “fonte do direito”, na ordem jurídica pátria. Ora, se, mesmo para nós, a própria jurisprudência nacional — ressalvados o art. 103-A e seus §§ 1º, 2º e 3º da CR (incluído pela EC nº 45, de 30 de dezembro de 2004, e regulamentado pela Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006), que dispõem sobre as Súmulas Vinculantes, emitidas pelo STF — não é exatamente fonte do direito, inexistem, *a fortiori*, razões sérias para crer que o precedente estrangeiro o fosse. Nessa toada, esvaziavam-se as preocupações de que a incorporação, em nossa jurisprudência, da *ratio decidendi* de um julgamento da Supreme Court ensejasse, por via oblíqua, a aplicação obrigatória do direito alienígena.

²⁷¹ Como corolário do fundamento da soberania da República Federativa do Brasil (art 1º, inc. I, da CR), a jurisprudência estrangeira não opera efeitos vinculantes na ordem jurídica pátria, em face da própria autonomia da jurisdição brasileira na resolução de casos concretos, relativos à matéria ora versada. Jamais se postula a incorporação automática do precedente estrangeiro à ordem jurídica nacional; pondera-se, isso sim, no sentido de que a vasta experiência da Suprema Corte Norte-Americana, no enfrentamento do tema que conjuga “obscenidade” e “liberdade de expressão”, não pode ser de todo olvidada: nessa medida é que a *ratio decidendi* inserta no precedente *Miller vs. California* (413 U.S. 15) pode, sem maiores entraves e naquilo em que for passível de transposição, servir como proveitoso manancial informativo à jurisprudência brasileira.

²⁷² No caso concreto, decidiu-se que a exclusão de candidato em concurso público para o preenchimento de vagas na Polícia Militar do Estado de São Paulo não poderia ser justificada em razão da tatuagem que possuía, uma vez que ela não contrariava as restrições constantes no edital do certame. Desta feita, constou no item 16 do apontado Acórdão, constou, *in verbis*: “A tatuagem considerada obscena deve submeter-se ao *Miller-Test*, que, por seu turno, reclama três requisitos que repugnam essa forma de pigmentação, [...]”. Em seguida foram transcritos (mediante tradução) os critérios do referido teste (Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 898.450. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF, Acórdão de 17 de ago. de 2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311915149&ext=.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2019).

²⁷³ Com efeito, “alguma segurança jurídica” significa algo muito melhor que “segurança jurídica alguma”; assim, até que o legislador penal brasileiro demarque a fórmula para a definição do obsceno penalmente relevante, a utilização de parâmetros consagrados em uma democracia constitucional importante não deixa de ser oportuna.

5.1.5.2.2 “Texto” e “contexto” da obscenidade

Os parâmetros do Teste de Miller, conquanto não estejam imunes às críticas,²⁷⁴ ainda assim traduzem a virtude de reafirmar que o exame jurídico da manifestação obscena não pode abstrair o entorno social em que foi proferida, como também não pode ficar adstrito a juízos unicamente estéticos, sobretudo os que desconsiderem a totalidade da expressão.²⁷⁵

Impende abalizar, conforme acentuam Dimitri Dimoulis e Dimitris Christopoulos que “a arte tem formas e justificativas de exercício diferentes das demais espécies de manifestação do pensamento. [...]. Aquilo que em condições normais seria obsceno deixa de ser percebido como tal se for representado em uma tela ou no teatro”.²⁷⁶

Obsceno é aquilo que não pode constar na cena.²⁷⁷ Desde a sua raiz etimológica, portanto, o obsceno indica uma relação²⁷⁸ e um *modus*:²⁷⁹ um contexto, portanto.

O obsceno, assim, não existe *eo ipso*. A afirmação da obscenidade não se faz pelo exame *in vitro* da expressão, mediante abstrações da realidade circundante. O obsceno exige

²⁷⁴ Embora não seja absolutamente perfeito, o Teste de Miller ao menos exige o manejo de maior nível argumentativo na subsunção do fato à norma, bem como a explicitação dos elementos de convicção, que tanto podem ser passíveis de contraste, quanto devem ser transcendentais às idiossincrasias, aos gostos e preconceitos dos operadores jurídicos.

²⁷⁵ Essa percepção já havia sido sublinhada no âmbito do STF, no RMS 18.534-SP (j. em 1º out. 1968, Segunda Turma), pois, com acentuado grau de semelhança com os *standards* do *Miller-Test*, o Min. Aliomar Baleeiro antecipava: “À falta de conceito legal do que é pornográfico, obsceno ou contrário aos bons costumes, a autoridade deverá guiar-se pela consciência do homem médio de seu tempo, perscrutando os propósitos dos autores do material suspeito, notadamente a ausência, neles, de qualquer valor literário, artístico, educacional ou científico que o redima de seus aspectos mais crus e chocantes.” (BALEEIRO *apud* HORBACH, Beatriz Bastide. Liberdade artística, obscenidade e o Supremo Tribunal Federal: HC 83.996. In: HORBACH, Beatriz Bastide; FUCK, Luciano Felício (Coord.). *O Supremo por seus assessores*. São Paulo: Almedina, 2014. p. 76-77). No mesmo julgamento, o Min. Evandro Lins e Silva externou em seu voto: “Conceito de obscenidade é variável no tempo e no espaço. O que era considerado obsceno, há bem pouco tempo, deixou de o ser, com a mudança de costumes e o conhecimento que a juventude passou a ter de problemas que lhe eram proibidos estudar e conhecer, até recentemente.” (LINS E SILVA *apud* HORBACH. Liberdade artística..., p. 74).

²⁷⁶ DIMOULIS, Dimitri; CHRISTOPOULOS, Dimitris. O direito de ofender: sobre os limites da liberdade de expressão artística. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 3, n. 10, p. 51, abr./jun. 2009.

²⁷⁷ “A palavra ‘obsceno’ deriva do latim *scena* e significa ‘fora de cena’ — de acordo com Haverlock Ellis, um dos pioneiros nos estudos científicos da sexualidade humana no começo do século XX. Já o termo latino *obscenu* significa ‘mau agouro’ — trazendo certa conotação negativa, depois incorporada pelos dicionários.” (GERACE, Rodrigo. *Cinema explícito: representações cinematográficas do sexo*. São Paulo: Perspectiva; Edições Sesc, 2015. p. 33). Assim, em sentido sexual, o obsceno é sexo sinistro, sombrio, aziago, que, por sua negatividade, ao invés de ficar no lugar do não dizível e do escondido, veio às claras e, contra a ordem estabelecida, está imprópriamente posto em cena. (nesse sentido, DUFOUR, Dany-Robert. *A cidade perversa: liberalismo e pornografia*. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 18).

²⁷⁸ Bataille (*O erotismo*..., p. 243) é taxativo: “A obscenidade é uma relação. Não há ‘obscenidade’ como há ‘fogo’ ou ‘sangue’, [...]. Nesse sentido, podemos definir situações tais que nelas certos aspectos sejam, ou ao menos pareçam, obscenos. [...]. Nada podemos fazer além de reservar domínios em que a atividade sexual não possa entrar. Assim, há lugares, circunstâncias, pessoas reservadas: todos os aspectos da sexualidade são obscenos nesses lugares, nessas circunstâncias, ou em relação a essas pessoas.”

²⁷⁹ “A obscenidade não diz respeito às coisas em si, mas a um modo de vê-las ou representá-las”, pontua Scruton (*Desejo sexual: uma investigação filosófica*. Tradução de Marcelo Gonzaga de Oliveira. Campinas: VIDE Editorial, 2016. p. 197).

mais do que a “leitura” do texto isolado, mais do que a apreciação da imagem sem entorno, mais do que a audição da palavra solteira. Avaliar as circunstâncias objetivas de tempo e espaço, bem como as condições subjetivas referentes ao emissor e ao receptor da expressão questionada é sempre imprescindível. Nesse panorama, no que toca especificamente à manifestação artística, cumpre ver que os critérios e tendências estéticas são vertiginosamente versáteis, dotados de dinâmica dramaticamente variável: aquilo que pode ser percebido como obsceno em determinada rua de uma cidade pode já não ser em local bem próximo dali, inclusive no mesmo horário; a performance feita por artistas completamente despidos em uma praia de nudismo não será nem um pouco controversa se comparada ao *happening* levado a termo por pessoas que exibem, em hora de *rush*, as suas genitálias em plena avenida central. Por isso, nas exatas palavras de Beatriz Bastide Horbach, “é evidente que o conceito de obscenidade e pornografia é relativo, e varia de acordo com a época, o contexto e a sociedade”.²⁸⁰

Nem o puritanismo, nem a devassidão servem à avaliação daquilo que a sociedade tem por tolerável ou não em termos de expressão da sexualidade. São os costumes em matéria sexual, aceitos em certa localidade e em conjunturas específicas, que informam a possibilidade de um consenso intersubjetivo na valoração do que possam ser, em conformidade com as características socioculturais regionais, “os padrões contemporâneos da comunidade” e o “modo patentemente ofensivo da conduta sexual”, aludidos no Teste de Miller. Isso não implica, porém, o retorno dos bons costumes como objeto de tutela penal, especialmente para fins do art. 234 do CP.

Não será qualquer representação marcada por conotação sexual que poderá, porque apresentada sem maiores cautelas àquele que se diz ofendido, tornar esse último autêntica “vítima” de conduta prevista no delito do art. 234 do CP. A respeito, Natscheradetz assevera:

[...] não penso que a concretização do elemento normativo constituído pela gravidade ou relevância da conduta sexual através do recurso aos costumes sexuais implique de modo algum que o objeto de proteção dos crimes sexuais seja também constituído pelo pudor [...] ou pelos sentimentos de moralidade sexual. Tal gravidade não se baseia na circunstância de a conduta se opor às concepções socialmente dominantes acerca do papel da sexualidade e das suas formas de manifestação: apenas se recorre à ética sexual vigente para determinar as características em termos de relevância que uma acção sexual deve revestir, para que se possa afirmar a sua aptidão geral para provocar nas pessoas uma grave limitação da liberdade sexual. Os hábitos e costumes sexuais produzem um determinado sistema de expectativas de comportamento sexual, ou seja, determinadas convicções acerca da conduta sexual que se há de esperar de terceiros, que assumem uma importância predominante na concretização do conteúdo do elemento típico normativo, tendo todavia como objectivo a proteção da liberdade sexual individual e não a da moral sexual social. A exibição dos órgãos genitais masculinos ou femininos a uma pessoa, sem que esta tenha a oportunidade de manifestar a sua vontade, ou mesmo contra a sua vontade, não possui certamente a

²⁸⁰ HORBACH. Liberdade artística..., p. 74.

mesma gravidade para a liberdade da referida pessoa em não ser confrontada com a referida acção sexual sem o seu consentimento, quando tal exibição é feita no palco do “Ritz Club”, ou numa praia em que se sabe que o nudismo é praticado, por um lado, ou no centro da cidade, por outro lado. Considerar-se que somente neste caso estamos perante uma acção exibicionista jurídica e penalmente relevante, não significa proteger a ética sexual vigente, mas introduzi-la de modo indirecto para conhecer a opinião da sociedade a respeito de quais as condutas que ofendem gravemente a livre autodeterminação sexual.²⁸¹

Assim, em prol da máxima efetividade da liberdade de expressão artística, a avaliação daquilo que pode justificar a intervenção penal deve estar comprometida com razoabilidade, considerado o contexto em que essa mesma apresentação se manifesta. Daí por que a figura do *homo medius* não deixa de ser relevante, desde que não se apresente como referencial definitivo. É que, primeiramente, o suposto obsceno deve ser perquirido sob o aspecto sexual que lhe é inerente, mas apartado de padrões extremos;²⁸² com isso procura-se aferir o aspecto “patentemente ofensivo” da expressão; complementarmente, com o intento de estimar o valor cultural da expressão questionada e considerado o princípio da unidade da invenção artística, deverá esta última ser também analisada em acordo com o olhar da pessoa artisticamente interessada,²⁸³ pois é da essência da expressão artística a provocação reflexiva, inclusive sobre os mais dissonantes aspectos da vida.

O reconhecimento jurídico-penal do obsceno perpassa, enfim, pela estimativa da magnitude ou da gravidade da ação ou do resultado afrontosos ao bem jurídico: o desvalor que neles há constitui dado que “tiene la función de deslindar entre las conductas insignificantes, que por ello han de quedar al margen del Derecho Penal”,²⁸⁴ consoante aduz Díez Ripollés.

Desde esse último prisma, *v.g.*, meras grosserias (um palavrão inoportuno), metáforas irreverentes (uma banana introduzida numa maçã), manifestações de afeto socialmente toleráveis no seio de uma sociedade pluralista (um delicado beijo na boca, tanto faz se entre pessoas do mesmo sexo ou não) etc. entram no cálculo da proporcionalidade que

²⁸¹ NATSCHERADETZ. *O direito penal sexual...*, p. 148-150.

²⁸² No que se refere às tipificações penais voltadas contra “publicaciones y espectáculos obscenos”, assevera Soler (*Derecho Penal Argentino*. 4. ed. Buenos Aires: TEA, 2000. v. III, p. 353) que, por meio delas, “no se trata de proteger ni un sentido muy depurado del pudor (el de una monja) ni solamente las formas más groseras de ofensa (la que puede sentir una prostituta). En este sentido es preciso que el juez se coloque en un término medio normal, para lo cual deberá tomar especialmente en cuenta las circunstancias históricas y de lugar, ya que éstas son variables”. Eis, pois, o sentido jurídico da expressão “homem médio”, ora manejada.

²⁸³ A compreensão da expressão artística não cabe nas mesmas bitolas de entendimento de outras formas de expressão. Por conseguinte, de acordo com Buchholz (¿Cuanto es deshonesto el arte? In: BAUER, Fritz; BÜRGER-PRINZ, Hans; GIESE, Hans; JÄGER, Herber (Ed.). *Sexualidad y crimen*. Versión de la 3ª edición alemana por Enrique Gimbernát. Madrid: REUS, 1969. p. 353), “en la cuestión de la deshonestidad de una obra de arte, habrá que orientarse a la persona abierta al arte, o, por lo menos, preocupada por su comprensión, esto es: a la persona artísticamente interesada”.

²⁸⁴ DÍEZ RIPOLLÉS. *El derecho penal ante el sexo...*, p. 224.

afere a insignificância do desvalor referente à conduta ou ao resultado que dela decorre.²⁸⁵ A intolerância radical e a *pruderie* exagerada não ingressam no âmbito de proteção da norma.

O obsceno relevante ao art. 234 do CP não pode ser inferido do mero isolamento do “texto”²⁸⁶ que contém a expressão publicada: o contexto social que a abarca é que se revela determinante à configuração daquele obsceno e de seu conseqüente reconhecimento jurídico-penal, independentemente da hipersensibilidade moral de quem possa se pretender “vítima”.

5.1.5.3 O pornográfico

“A pornografia e o obsceno se sobrepõem largamente”,²⁸⁷ assevera Lynn Hunt. De fato, “o efeito pornográfico também depende do contexto”,²⁸⁸ sendo de igual modo indubitável que, justamente por isso, a pornografia²⁸⁹ não há de ser manifesta, tal qual se dá em relação ao obsceno, em qualquer momento e lugar, ou dirigida indistintamente a qualquer pessoa, somente em razão do querer unilateral de quem a expressa.

Exclusivamente libidinosa, a pornografia caracteriza-se pela sua aptidão de excitar sexualmente.²⁹⁰ Essa é, com efeito, a nota primacial que lhe confere vulto.²⁹¹ Destarte, e em

²⁸⁵ Em resumo: elimina-se do tipo, consoante Díez Ripollés (*Exhibicionismo, pornografia ...*, p. 300), “las meras impertinencias indecentes, los contactos o inoportunidades insignificantes, las meras groserias repugnantes”.

²⁸⁶ Quanto às expressões dotadas de “duplo sentido”, parece claro que, na medida em que elas *realmente* possam permitir ao menos duas possibilidades interpretativas (e com uma que não seja necessariamente obscena), a subsunção penal será afastada, pois a hipótese *pro libertate* deve sempre prevalecer em razão da inviabilidade da presunção de delitos, independentemente da qualidade estética da expressão veiculada.

²⁸⁷ HUNT, Lynn. *A invenção da pornografia: obscenidade e origens da modernidade, 1500-1800*. Tradução de Carlos Szlak. São Paulo: Hedra, 1999. p. 220.

²⁸⁸ *Ibidem*, p. 221.

²⁸⁹ Segundo Dany-Robert Dufour (*A cidade perversa...*, p. 28), “em ‘pornográfico’ existe o grego *pornê*, ‘prostituta’, e *graphie*, ‘escrito’. E ‘prostituir’ vem do latim *prostituere*, ‘expor em público’, por sua vez, composto de *pro*, ‘adiante’, e *statuere*, ‘colocar’. A porno-grafia é, portanto, escrever, ou pôr adiante, ou encenar o que geralmente não é exposto em público”. Também sob o prisma filológico, o pornográfico e o obsceno aproximam-se, razão pela qual escreve Ariel Arango: “obscenidade e pornografia são palavras que, frequentemente, andam juntas. São vocábulos afins. Pornografia vem do grego *pronographos*, que significa literalmente ‘escrever sobre as rameiras’. Ou seja, a descrição da vida das prostitutas. E a obscenidade, a sexualidade impudica, é justamente o *métier* dessas mulheres. A obscenidade é, portanto, o gênero e a pornografia, uma de suas espécies.” (ARANGO *apud* SILVA, José Afonso da. *Liberdade de expressão cultural*. In: ESTUDOS em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover. Coordenação de Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes. São Paulo: DPJ Editora, 2005. p. 251).

²⁹⁰ Escreve Inês Ferreira Leite (*Pedofilia...*, p. 4) que, “por pornografia, deverá então entender-se toda a representação ou descrição de actividades sexuais, sem um contexto científico, que seja objectivamente adequada à provocação ou excitação sexual”.

²⁹¹ Nesse sentido, cf. Díez SANCHEZ, Juan José. Los delitos de exhibicionismo y provocación sexual. *Cuadernos de política criminal*, Madrid, n. 37, p. 107, 1989; GÓMEZ, María Mercedes. La mirada pornográfica. In: MacKINNON, Catharine A.; POSNER, Richard. *Derecho y pornografía*. Introducción de María Mercedes Gómez. Traducción de Isabel Cristina Jaramillo. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Facultad de Derecho; Universidad de los Andes, 1996. p. 14; ACOSTA PATIÑO, Rafael. De los delitos de exhibicionismo, provocación sexual y pornografía: estudio de los artículos 431 y 432 del código penal. *Revista de derecho penal y criminología*, Madrid, n. 2, p. 125, 1992; POLAINO-ORTS, Miguel. Los delitos sexuales a la luz del código penal de 1995: especial referencia a la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril. *Cuadernos de política criminal*, Madrid, n. 67, p. 179, 1999. Na literatura jurídica nacional, essa noção se faz também presente: disserta Leandro

reforço ao argumento elaborado por Rodolfo Venditti (cf. item 5.1.5.2, *supra*), cabe invocar Pisapia: “mentre se tutta la pornografia può risultare oscena, non tutto ciò che è osceno è pornografico. Per esempio, una descrizione dell’atto di defecazione può essere classificato nella categoria dell’osceno, ma non é generalmente ritenuto idoneo a provocare desideri sessuali.”²⁹²

Na excitação sexual que particulariza a pornografia — sem embargo do reconhecimento de que a sua capacidade estimulante possa estar restrita às preferências de um grupo específico apenas (v.g., coprófilos, pedófilos, zoófilos etc.) — ressaí outra peculiaridade: a destruição da metáfora ou da metonímia; nisso, aliás, o erotismo se aparta da pornografia, pois, nesta última, conforme pontua Nuno César Abreu, parece restar “somente a denotação pura. Uma vez que ela se evidencia pelo excesso, é uma construção reiteradamente superlativa do objeto, [que] talvez possa ser tomada pela figura da hipérbole”.²⁹³ Na pornografia, a resposta de excitação é decorrente da comunicação direta²⁹⁴ dos conteúdos sexuais apresentados, e nisso ela se distancia do erotismo, em cuja essência sobressai, de forma notoriamente invulgar, o gênio capaz de “esprimire eventi della vita a contenuto sessuale anche indipendentemente dal

Ricardo Lopes (*Exploração sexual e publicação obscena*. 4. ed. Poços de Caldas: CBCN, 2016. p. 23) que “a pornografia se relaciona diretamente à excitação sexual humana”. Citado autor, ademais, reconhece “a correlação entre o obsceno e a pornografia, evidenciando que a pornografia é obscena”. (*Ibidem*, p. 22).

²⁹² PISAPIA *apud* GULOTTA, Guglielmo. *Presentazione: l’osceno: considerazioni psico-socio-giuridiche*. In: GOLDSTEIN, Michael J.; KANT, Harold S.; HARTMAN, John J. *Pornografia e comportamento sessuale deviante*. Milano: Giuffrè Editore, 1978. p. XII.

²⁹³ ABREU. *O olhar pornô...*, p. 24. Na sintaxe pornográfica, são frequentes os seguintes recursos: o discurso e o registro da transgressão de normas sociais e de tabus (cf., nesse sentido, GERACE. *Cinema explícito...*, p. 63), relações sexuais explícitas e muitas vezes reais (*Ibidem*, p. 36), fragmentação do corpo a partir de close em genitálias (cf., nesse sentido, ABREU, *op. cit.*, p. 161), ejaculação feita fora das cavidades corporais (*Ibidem*, p. 119), ausências de enredos em histórias com narrativas circulares que terminam com finais bruscos (cf., nesse sentido, MORAES, Eliane Robert; LAPEIZ, Sandra Maria. O que é pornografia. In: MILAN, Betty *et al.* *O que é amor, erotismo e pornografia*. São Paulo: Brasiliense/Círculo do Livro, 1984. p. 143), necessidade de evidenciar um insaciável desejo de continuar tendo/consumindo mais e mais prazer (cf., nesse sentido, ABREU, *op. cit.*, p. 221), repetições excessivas (*Ibidem*, p. 129), natureza fortuita dos encontros que envolvem personagens/*performers* dotados de resistência e destreza físicas (*Ibidem*, p. 127, 221), superficialidade das relações (cf., nesse sentido, CASTELLO BRANCO. O que é erotismo..., p. 77), pauperismo de diálogos que se reduzem na emissão de monossílabos, meras interjeições ou somente gemidos (cf., nesse sentido, ABREU, *op. cit.*, p. 121), exagero caricatural atrelado à vulgaridade dos arquétipos (cf., nesse sentido, GERACE, *op. cit.*, p. 39), exacerbação do desejo em estado bruto (cf., nesse sentido, MORAES; LAPEIZ, *op. cit.*, p. 142), rejeição da fórmula monogâmica e a orgia como inventário de infinitas possibilidades de excitação sexual (cf., nesse sentido, ABREU, *op. cit.*, p. 155). Evidentemente, essa tipologia meramente exemplificativa não exige cumulatividade de seus itens; ademais, quaisquer desses elementos — icônicos, por que não admitir? — são, a rigor, acidentais à caracterização da pornografia: o timbre essencial desta, independentemente dos conteúdos ou das formas que nela se manejam (e do juízo de gosto de quem a analisa), dizem sobre a capacidade da expressão em causar excitação sexual (ao menos para determinados grupos de pessoas, inclinados a essas ou àquelas preferências).

²⁹⁴ Segundo o fotógrafo Olaf Martens, “the line between erotic and pornographic: erotic – mysterious and fascinating; pornographic – direct, vulgar and boring”. (MARTENS *apud* HANSON, Dian; KROLL, Eric. *The new erotic photography*. Köln: Taschen, 2013. p. 196).

fatto che ciò possa suscitare delle emozioni a carattere sessuale, che rappresentano però una delle varie sensazioni, come la commozione, il pianto ed riso”,²⁹⁵ segundo Guglielmo Gulotta.

Nessa toada, vale enfatizar que a pornografia, consoante Rodrigo Gerace, “é usualmente relacionada aos prazeres do corpo, à deflagração sexual, à exploração explícita do prazer, ao consumo, ao mundo da prostituição e da excitação efêmera”.²⁹⁶ Já o erotismo, com algum ou com extraordinário mistério, comunica ao intelectual ou ao emotivo, sempre apartado da obviedade da excitação sexual (cuja frivolidade pode ser, inclusive, mercadejada). Porém, na medida em que — não necessariamente (mas recorrentemente) — o pornográfico exprime a sexualidade como objeto de consumo,²⁹⁷ a excitação que dele decorre esgota-se com rapidez e é tanto descartável,²⁹⁸ quanto pode ser imediatamente reposta.²⁹⁹ Essa urgência, aliás, permite à pornografia a utilização do meio expressivo em um nível, no mais das vezes, apenas instrumental à matéria estritamente descritiva que ela veicula.³⁰⁰ Mas isso não é tudo. A sexualidade, posta como mercadoria, induz a própria “negação do sujeito humano”³⁰¹ e é nessa perspectiva que a pornografia “transforma sujeitos em objetos e pessoas em coisas”;³⁰² ela — no dizer de Acosta Patiño — “explota y deshumaniza el sexo”.³⁰³ Por isso, no pornográfico, o *par* pode ser substituído pela *cadeia*,³⁰⁴ pois, fora do erotismo, os corpos se equivalem feitos máquinas de gozo e nada mais são que peças intercambiáveis.³⁰⁵ Na pornografia, por conseguinte, o “interesse pela pessoa corporificada” cede lugar ao “interesse pelo corpo”.³⁰⁶ não por todo corpo e nem por um corpo específico, mas por qualquer corpo que possa ser reduzido ao sexo,³⁰⁷ dado que explica a ênfase concedida aos órgãos genitais³⁰⁸ e ao clímax genésico.³⁰⁹

²⁹⁵ GULOTTA. *Presentazione: l’osceno...*, p. XIV.

²⁹⁶ GERACE. *Cinema explícito...*, p. 41.

²⁹⁷ “É importante assinalarmos que a cumplicidade do consumidor com o texto e as imagens pornográficas não é de forma alguma de caráter intelectual. Pelo contrário: a pornografia quer como interlocutor de seu discurso o próprio corpo do indivíduo”, escrevem Eliane Robert Moraes e Sandra Maria Lapeiz (*O que é pornografia...*, p. 143).

²⁹⁸ *Ibidem*, p. 114.

²⁹⁹ *Ibidem*, p. 136.

³⁰⁰ Cf., nesse sentido, ABREU. *O olhar pornô...*, p. 150.

³⁰¹ SCRUTON, Roger. *Beleza*. Tradução de Hugo Langone. São Paulo: É Realizações, 2013. p. 170.

³⁰² *Ibidem*, p. 174.

³⁰³ Cf. ACOSTA PATIÑO, Rafael. De los delitos de exhibicionismo, provocación sexual y pornografía..., p. 125.

³⁰⁴ Cf., nesse sentido, ABREU, *op. cit.*, p. 155.

³⁰⁵ Cf., nesse sentido, ABREU, *loc. cit.*

³⁰⁶ Cf., nesse sentido, SCRUTON, *op. cit.*, p. 169.

³⁰⁷ Cf. nesse sentido, GERACE, *op. cit.*, p. 43.

³⁰⁸ Cf. nesse sentido, CASTELLO BRANCO. O que é erotismo..., p. 76.

³⁰⁹ O orgasmo, real, em muitas ocasiões, não é tão somente representado na pornografia, mas verdadeiramente documentado como estímulo à cumplicidade lúbrica do *voyeur*.

5.1.5.3.1 Pornografia infantojuvenil (ou pedopornografia)

A pornografia infantojuvenil, na ordem jurídica pátria, é legalmente definida pelo art. 241-E do ECA (com redação dada pela Lei nº 11.829, de 25 de novembro de 2008), que, de modo descritivo,³¹⁰ dita que, para efeito dos crimes previstos na Lei nº 8.069/1990,

a expressão “cena de sexo explícito ou pornográfica” compreende qualquer situação que envolva criança ou adolescente em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou exibição de órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais.³¹¹

A pornografia infantojuvenil pode ser excitante aos depravados sexuais, mas o é apenas para eles; no universo da vida social, parece inexistirem maiores divergências quanto ao caráter abjeto da pedopornografia,³¹² razão pela qual ela jamais deixa de ser, sob a perspectiva cultural, essencialmente obscena. Todavia, é preciso distinguir: sempre que a expressão obscena envolver crianças e adolescentes reais (e não simples representações), o art. 234 do CP cede passo às tipificações penais que coíbem a pornografia infantojuvenil, desdobrada nos arts. 240, 241, 241-A, 241-B, 241-C e 241-D do ECA.³¹³

Note-se que, entre referidos tipos penais, previstos na legislação penal extravagante, e o art. 234 do CP, inexistente relação de identidade ou de contradição. O que se estabelece, entre as apontadas disposições, é um conflito aparente de normas penais, resolvido pelo princípio da especialidade. Nesse passo, cabe o magistério de Frederico Horta:

Haverá relação de especialidade entre duas normas sempre e somente quando os pressupostos de incidência de uma, a norma geral, estiverem explícita ou implicitamente entre os pressupostos de incidência da outra, a norma especial, e, portanto, não apenas entre normas incriminadoras privilegiadas, qualificadas ou *sui generis* de determinado delito e as que preveem suas respectivas formas básicas, mas também entre normas que preveem crimes complexos e as que punem autonomamente um elemento constitutivo, bem como entre as que punem crimes progressivos e as que punem autonomamente seus antecedentes necessários, ainda quando incidentes num contexto de progressão criminosa.³¹⁴

³¹⁰ Contrariando o ponto de vista de Díez Ripollés (*Exhibicionismo, pornografía...*, p. 287), que crê que “nos es posible definir el concepto de pornografía de un modo puramente descriptivo”.

³¹¹ BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 16 jul. 1990, retificado em 27 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 22 mar. 2019.

³¹² Termo equivalente à pornografia infantojuvenil, manejado por Inês Ferreira Leite (*Pedofilia...*, p. 54).

³¹³ Os dispositivos supracitados já foram transcritos nesta pesquisa: cf. nrs. 199 *usque* 204 deste Capítulo 5.

³¹⁴ HORTA, Frederico Gomes de Almeida. *Do concurso aparente de normas penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 174-175.

Com isso, *ex vi* do princípio da especialidade, reitor do conflito aparente de normas penais, o obsceno que veicula representações cujos protagonistas sejam crianças e adolescentes “de carne e osso” não é subsumível à tipificação constante no art. 234 do CP, e sim, a depender de suas particularidades, às tipificações enunciadas nos arts. 240, 241, 241-A, 241-B, 241-C e 241-D do ECA, pois o art. 241-E, do mesmo Diploma Legal, define a pedopornografia.

É importante destacar: a definição legal de pornografia infantojuvenil, contida no art. 241-E do ECA, embora não se preste a descrever, com exatidão, o obsceno tipificado no art. 234 do CP, não implica a derrogação deste último dispositivo. Nas situações em que a expressão se refira à representação fetichista de crianças ou adolescentes tão somente imitados, a aplicação do art. 234 do CP pode ter lugar. Desse modo, *v.g.*, uma cena de sexo explícito entre adolescentes em uma pintura ou com bonecos que os representassem não seria exatamente pedopornografia (que exige a presença de crianças e adolescentes reais), mas poderia, em tese, configurar obscenidade jurídico-penal.³¹⁵

Releva sublinhar, ademais, que nem toda retratação de nudez envolvendo crianças ou adolescentes é *per se* objeto de incriminação. Basta pensar, hipoteticamente, na fotografia de um garoto indígena exercitando, nu, seus dotes de hábil caçador no meio da floresta, ou, ainda, na imaginária religiosa que, na composição de uma cena mais ampla e provida de significações que transcendem o apelo lascivo, insere a estátua de uma criança nua, em um presépio, também representada por meio de escultura figurativa. Nesses dois casos, a liberdade de expressão artística afastaria a incidência de tipos penais, uma vez que não há, em quaisquer supostos, nem pornografia infantojuvenil (a fotografia não foi feita para fins primordialmente sexuais, e a estátua não é efetivamente um infante, mas a representação de uma criança), nem obscenidade jurídico-penal (uma vez que o contexto comunicacional das expressões não traduz situações reputadas pela sociedade como afrodisíacas ou sexualmente repugnantes).

5.1.5.3.2 Pornografia entre adultos imputáveis

Ao contrário do que se passa com a pedopornografia, a pornografia entre adultos não necessariamente se caracteriza pela percepção dos órgãos genitais³¹⁶ da figura humana

³¹⁵ *I.e.*, se, em sua essência comunicativa, as representações abordassem o tema da sexualidade de crianças e de adolescentes como uma meta em si mesma ou, consideradas em suas unidades, fizessem da genitalidade infantojuvenil um assunto lúbrico de caráter dominante, nessas hipóteses, a depender das condições e circunstâncias pelas quais se dessem as publicações, o art. 234 do CP poderia, em tese, ser convocado. Não pela imoralidade da cena *per se*, mas pela afronta ao bem jurídico nele tutelado, observados os limites da ressignificação hermenêutica supra-apresentada (cf. item 5.1.1 deste Capítulo 5).

³¹⁶ Observa Scruton (*Desejo sexual...*, p. 198): “Qualquer parte do corpo humano pode ser representada sem obscenidade: até mesmo os órgãos genitais.”

representada, fotografada, filmada ou que se dispõe a encenar, performar ou agir em determinados contextos. A nudez de um adulto jamais será objeto de automático interesse jurídico-penal, o que não significa dizer que alguém esteja autorizado a se despir, onde e quando bem quiser, diante de outras pessoas que não consentam com essa postura ou que não possam expressar consentimento eficaz para tanto. A questão, pois, passa pela avaliação do contexto (cf. item 5.1.5.2.2 desta pesquisa), e a sua solução no orbe penal, infensa a juízos estritamente estéticos ou exclusivamente morais, é pautada na proteção de bens jurídicos.

De todo modo, a pornografia praticada ou utilizada por imputáveis, em ambiente privado, e experimentada com a aquiescência dos envolvidos, por mais imoral e disforme que possa ser reputada, é sempre impunível do ponto de vista jurídico-penal. Esse o ponto medular.

5.1.5.4 Síntese do tópico

Nem tudo o que diz respeito ao sexo é necessariamente erótico, cujo significado é inconfundível com o obsceno e com o pornográfico. O obsceno integra a tipificação do art. 234 do CP, assim como o pornográfico, porque a ele atrelado;³¹⁷ já o erótico, não.

Muitas vezes, são mesmo tênues as fronteiras havidas entre o erótico, o obsceno e o pornográfico. De modo a evitar que esses lindes sejam etéreos demais e fiquem situados apenas no juízo do gosto — infenso a qualquer avaliação objetiva — a definição jurídico-penal do obsceno pode ser estabelecida com base nos critérios instituídos no *Miller-Test*, já admitidos pelo STF, no RE 898.450/SP. Conquanto possam não ser absolutamente perfeitos, os parâmetros cumulativos do referido teste exigem argumentação que não se baseie em elementos exclusivamente subjetivos e, bem por isso, comportam refutação lastreada na racionalidade.

A pedopornografia, embora obscena por excelência, não está abrangida pelo art. 234 do CP: sempre que crianças e adolescentes verdadeiros protagonizem atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou exibam seus órgãos genitais, para fins primordialmente sexuais, as disposições do ECA, em razão do princípio da especialidade, regularão a espécie.

O dado contextual referente à publicação obscena jamais pode ser olvidado, seja no que tange ao aspecto de sua inserção no conjunto total da obra, seja no que concerne à própria magnitude da expressão. O exame do contexto é, pois, imprescindível à configuração da obscenidade penalmente relevante, única ajustável ao predicado de valor do tipo objetivo.

³¹⁷ Nesse sentido, “no cabe identificar obsceno con sexual, [...], e incluso se llega a sostener que tampoco con el mero erotismo, que de suyo no comporta por su propia naturaleza ‘perversión’ alguna del instinto sexual. El concepto de obscenidad debe ir más allá, vinculado a lo pornográfico”, conforme assinalam Boix Reig e Orts Berenguer (Consideraciones sobre los delitos de violación de la libertad sexual, proxenetismo y ofensas al pudor público en el CP peruano. *Revista peruana de ciencias penales*, Lima, v. 7/8, n. 11, p. 171, 2002).

Por fim e em consonância à ressignificação hermenêutica ora manejada, impende uma vez mais sublinhar que não diz respeito à funcionalidade do direito penal a solução dos dissídios estéticos ou das controvérsias morais: por isso, nem a definição de arte nem a compatibilidade do artístico com o obsceno importam prioritariamente ao art. 234 do CP. Com efeito, a aplicação do dispositivo deve ser deflagrada a partir da perspectiva da tutela de bens jurídicos, razão pela qual o obsceno alusivo à expressão questionada somente será examinado à luz das particularidades contextuais do caso concreto,³¹⁸ se e quando a autodeterminação sexual de indivíduos adultos capazes de expressar consentimento jurídico-penal eficaz ou a integridade sexual das pessoas com idade inferior a 18 anos ou daquelas reputadas sexualmente vulneráveis pelo direito penal pátrio houverem sido objeto de indiferença ou ataque, por parte do agente.

5.1.6 Figuras típicas equiparadas

As considerações sobre o novo modelo exegético ora apresentado em relação ao *caput* do art. 234 do CP são inteiramente aplicáveis às figuras equiparadas, previstas nos incs. I, II e III do § 1º do mesmo dispositivo. Logo, a objetividade jurídica dual (autodeterminação sexual e integridade sexual, que varia conforme a vítima, nos moldes explicitados no item 5.1.1.3 deste Capítulo), o sujeito passivo individual, a relevância do consentimento do ofendido para a afirmação ou exclusão da tipicidade, a delimitação do universo normativo referente às condutas típicas, tudo isso, com efeito, é extensível e relevante às figuras típicas equiparadas.

Atenta, porém, às complexidades do mundo contemporâneo, a ressignificação hermenêutica ora proposta ressalta a necessidade de reflexão acerca da conduta de quem envia, em detrimento da vontade de outrem, conteúdos obscenos (v.g., mensagens eletrônicas, mesmo em ambiente virtual privado). Na esteira do que foi assinalado no item 5.1.2 deste Capítulo, comportamento dessa natureza pode em tese admitir subsunção no art. 234, § 1º, inc. I, do CP; “expor ao público” não significa unicamente apresentar algo para uma multidão, pois o deslocamento do conteúdo obsceno para além da sua área de mera criação basta à caracterização do mencionado comportamento. Sugere-se, assim, que o “expor ao público” do art. 234, § 1º, inc. I, do CP, corresponda ao “fazer chegar a outrem”, previsto no § 184.(1).6 do CP Alemão.³¹⁹

³¹⁸ “La determinazione della gravità della violazione e quindi della rilevanza penale dell’offesa no può essere fatta in astratto con maggiore approssimazione. Sarà compito delicato del giudice procedervi in concreto”, pontifica Rodolfo Venditti (L’oscenità, il pudore, il comune sentimento e la disapplicazione dell’art. 528 C.P. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 3, n. 2, p. 475, abr./jun. 1960).

³¹⁹ “§ 184 Verbreitung pornographischer Schriften (1) Wer eine pornographische Schrift (§ 11 Absatz 3): [...] 6. an einen anderen gelangen läßt, ohne von diesem hierzu aufgefordert zu sein.” A tradução do preceito, segundo

Afinal, “expor ao público” em nada difere de “publicar” e, por conseguinte, equivale perfeitamente a “dar a conhecer”, “fazer chegar a outrem”; em todas essas expressões, os efeitos comunicacionais da obscenidade (indesejada ou, embora pretendida, o é por pessoa cujo consentimento é irrelevante) têm uma grave nota comum: operam em aviltamento ao bem jurídico-penal tutelado.³²⁰ Seja como for, no mesmo inc. I, consta também o verbo “distribuir”, e, quanto a ele, há abalizado argumento doutrinário³²¹ no sentido de que o seu significado é compatível com a veiculação da obscenidade mediante “via postal”: *e-mails, pop-ups, sms*, mensagens de WhatsApp, comentários em redes sociais etc. não deixam de ser postagens, embora efetivadas em ambiente digital ou eletrônico. Ademais, se à caracterização do delito basta a venda do objeto obsceno para uma única pessoa, não se vislumbram motivos razoáveis para que a exposição da obscenidade para um indivíduo (público unitário, perfeitamente possível, conforme visto no item 5.1.2.1 *supra*), sempre seja reputada como irrelevante penal.

Quanto aos demais incs. do § 1º do art. 234 do CP, basta dizer que não comportam reinterpretações. Apesar de a autodeterminação sexual não se alterar em função da natureza jurídica do lugar, o certo é que os incs. II e III das figuras típicas equiparadas exigem que a conduta obscena seja realizada em lugar público ou acessível ao público, e disso não há como escapar, mesmo por meio de ressignificações.

Destarte, se alguém, *in exemplis*, contra a vontade de outrem, em lugar privado, vier a ser constrangido a assistir a uma representação teatral, a ver um filme, a escutar composição, todos com caráter obsceno, não será em regra alcançado, tal como hodiernamente já ocorre, pelos efeitos penais próprios do art. 234 do CP. Diz-se “em regra” porque os incs. II e III do § 1º do citado dispositivo exigem, diversamente do inc. I, que a conduta se dê em “lugar público” ou “acessível ao público”; todavia, não se pode olvidar que o lugar pode ser público *por acidente* (i.e., o local privado é eventualmente aberto ao público, como, v.g., a mansão particular que recebe, mesmo de forma gratuita, pessoas que ali não residem para a apresentação de

Pedro Roberto Decomain (*Código penal alemão...*, p. 262-263), é esta: “§ 184. Divulgação de escritos pornográficos. (1) É punido com pena privativa de liberdade até um ano ou com pena pecuniária quem, em relação a publicações pornográficas: [...] 6. as faz chegar a outrem, sem terem sido por ele solicitadas.”

³²⁰ Em exame ao § 183a do CP Alemão, Díez Ripollés (*Exhibicionismo, pornografía...*, p. 336) acentua que “la mayoría de los autores acepta sin titubeos un bien jurídico con sujeto pasivo individual en convivencia con el elemento típico de la publicidad”. O § 183a do CP Alemão, de acordo com a tradução empreendida por Pedro Roberto Decomain (*op. cit.*, p. 262), está assim redigido: “*Provocação de escândalo público*. Quem realiza práticas sexuais publicamente e com isso provoca deliberada ou conscientemente um escândalo, é punido com pena privativa de liberdade até um ano ou com pena pecuniária, quando a conduta não é punida segundo o § 183”. Note-se que o tipo legal também faz referência ao aspecto público da conduta.

³²¹ Hungria (*Comentários...*, v. VIII, p. 315-316) é categórico: “*Distribuir* é entregar a outrem, com ânimo definitivo ou não, a título gratuito ou oneroso (exemplo: locação lucrativa), franca ou clandestinamente, de modo direto, ou mediante despacho, ou por via postal”.

representações obscenas).³²² Seja como for, a ausência de câmbios interpretativos não implica vácuo penal, pois constranger alguém a fazer algo contra a sua vontade pode ensejar a aplicação do art. 146, *caput*, do CP³²³ (v.g., o sujeito ativo, mediante violência ou grave ameaça, em recinto privado, constrange o ofendido ao confronto com a expressão obscena), assim como obrigar a outrem a permanecer em determinado local pode justificar a incidência do art. 148 do CP³²⁴ (v.g., o agente impede o sujeito passivo a deixar o recinto privado em que fulgura a expressão obscena).³²⁵

5.2 Tipo subjetivo

“Sem dúvida, o dolo é conhecimento e vontade de realização do tipo”,³²⁶ assevera Jorge de Figueiredo Dias.

No art. 234 do CP, cabe reafirmar que “o tipo subjetivo está representado pelo dolo em todas as ações descritas pela norma”,³²⁷ consoante anota Luiz Regis Prado. Mas cabe frisar: o dolo também compreende a consciência e a vontade de envolver o sujeito passivo em contexto obsceno, contra ou indiferentemente à sua autodeterminação (no que concerne a adultos capazes de expressar consentimento jurídico-penal eficaz), ou à sua integridade sexual (desde que sejam crianças ou adolescentes, ou, ainda, vulneráveis). De todo modo, a punição a título de culpa é inadmissível na apontada tipificação.

³²² Nesse sentido, cf.: NORONHA, Edgard Magalhães *Direito penal*: volume 3: (de crimes contra a propriedade imaterial a crimes contra a segurança dos meios de comunicação e transporte e outros serviços públicos). 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 288.

³²³ “*Constrangimento ilegal*:

Art. 146. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.”

³²⁴ “*Sequestro e cárcere privado*:

Art. 148. Privar alguém de sua liberdade, mediante sequestro ou cárcere privado:

Pena - reclusão, de um a três anos.

§ 1º A pena é de reclusão, de dois a cinco anos:

I - se a vítima é ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro do agente ou maior de 60 (sessenta) anos;

II - se o crime é praticado mediante internação da vítima em casa de saúde ou hospital;

III - se a privação da liberdade dura mais de quinze dias.

IV - se o crime é praticado contra menor de 18 (dezoito) anos;

V - se o crime é praticado com fins libidinosos.

§ 2º Se resulta à vítima, em razão de maus-tratos ou da natureza da detenção, grave sofrimento físico ou moral:

Pena - reclusão, de dois a oito anos.”

³²⁵ Certo que, nas hipóteses aventadas, não foi o elemento obsceno que determinou a relação de tipicidade, mas a própria ausência do local público ou acessível ao público, exigível nos preceitos insertos nos incs. II e III do § 1º do art. 234 do CP. O comportamento do sujeito ativo em detrimento da liberdade de outrem não constitui, em nenhum dos supostos, hipótese de indiferente penal.

³²⁶ DIAS. Sobre a construção dogmática da doutrina do fato punível..., p. 241.

³²⁷ PRADO. *Tratado...*, v. III, p. 260.

Lucchesi demarca três espécies de dolo: i) dolo direto de primeiro grau, no qual “o resultado ou perigo decorrentes da ação correspondem ao fim proposto pelo autor”;³²⁸ ii) dolo direto de segundo grau, no qual o sujeito ativo “representa como certos ou necessários os efeitos da sua conduta, ainda que indesejados ou lamentados”;³²⁹ é dizer, o agente “pode ou não ‘querer’ o resultado”;³³⁰ mas, ao representá-lo, sabendo que seria o produto da sua conduta, “o autor não pode dizer que ‘não queria’ o resultado provocado”;³³¹ iii) “por fim, há o dolo eventual quando a ofensa típica ao bem jurídico constitui um efeito possível da conduta do autor”.³³² Evidentemente, as três espécies de dolo aplicam-se ao art. 234 do CP, cabendo apenas ressaltar, quanto ao dolo eventual, que, no delito *sub examine*, atua sob seu influxo o sujeito que assume o risco de envolver pessoas em contextos sexuais em desconsideração ao consentimento delas: age de tal maneira quem as surpreende com obra obscena sem lhes dar chances de optarem pela sua fruição, bem como quem, representando mentalmente que a obscenidade pode não ser desejada ou aceita por terceiro(s), ainda assim prossegue na conduta, não averiguando à falta de anuência da(s) pessoa(s) a quem a expressão é dirigida. Do mesmo modo ocorre em relação aos incapazes de consentir, pois, como bem destaca Boldova Pasamar (em comentário ao art. 185 do Código Penal Espanhol, cujo teor doutrinário é aplicável ao art. 234 do CP): restará caracterizado o dolo “no sólo cuando el sujeto sea consciente de que su acción es contemplada por menores o incapaces, sino también cuando sea consciente de que se exhibe ante otros y cuente con la posibilidad de que entre ellos se encuentren menores o incapaces”.³³³

Contudo, desse cenário um problema desponta: “no que tange ao caráter obsceno inerente à expressão que traz a público, o que deve o agente discernir, representar ou assentir (como certo, provável ou possível) para que o dolo do art. 234 do CP reste configurado?” Os limites desta dissertação não permitem que a complexa questão seja esgotada, mas uma aproximação é, ao menos, imprescindível. Nessa perspectiva, a abordagem não enfatizará o elemento volitivo do dolo³³⁴ (e as consequentes discussões dogmáticas que a partir dele se desdobram), concentrando-se no elemento cognitivo que o perfaz.

³²⁸ LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo: o uso da cegueira deliberada no Brasil*. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 137.

³²⁹ LUCCHESI, *loc. cit.*

³³⁰ LUCCHESI, *loc. cit.*

³³¹ *Ibidem*, p. 137-138.

³³² *Ibidem*, p. 138.

³³³ BOLDOVA PASAMAR. De los delitos de exhibicionismo y provocación sexual..., p. 441.

³³⁴ “Por dolo típico se entiende, según una usual fórmula abreviada, el conocimiento (saber) y voluntad (querer) de los elementos del tipo objetivo. [...]. No obstante, es muy discutido en concreto qué exigencias hay que plantear al ‘saber’ y al ‘querer’, así como la cuestión de si realmente hay que reconocer un elemento volitivo del dolo (voluntad) y la de qué cursos del acontecimiento hay que imputar (además) al dolo.” (ROXIN. *Derecho penal...*, t. I, p. 308).

O elemento cognitivo do dolo conjuga o art. 18, inc. I,³³⁵ e o *caput* do art. 20,³³⁶ ambos do CP, que se complementam e que evidenciam que o conhecimento, por parte do agente, das elementares do tipo objetivo é essencial ao dolo e nele ocupa, inclusive, posição de centralidade, pois, de acordo com Luís Greco, o “conhecimento é o fator fundamental para se estabelecer a atuação pelo autor com domínio sobre a sua conduta”.³³⁷ Fique claro, contudo, que “conocimiento significa percepción sensorial de las circunstancias descriptivas del hecho y comprensión intelectual de las normativas”,³³⁸ conforme assinala Roxin.

Para o aperfeiçoamento do dolo do tipo do art. 234 do CP, não é necessário que o agente saiba a definição técnico-jurídica do termo “obsceno”: não é sobre a ilicitude que se perquire, já que ela não se confunde com o próprio tipo. Nessa esteira, Frederico Horta assevera que “a consciência da ilicitude da conduta não é o que se reprova, mas uma razão da reprovação.”³³⁹ Mesmo assim, não se pode olvidar, ainda segundo o citado autor, que “um ato obsceno só se comete dolosamente quando seu autor reconhece a desaprovação social da exibição de tal ato, por sua conotação ou referência sexual”.³⁴⁰

Pontifica Mezger: “el actuar doloso exige conocimiento de la significación de los elementos normativos del tipo”.³⁴¹ Após assinalar que o dolo não é puro conhecimento dos fatos, porém algo mais amplo, *i.e.*, o “conocimiento de la significación”³⁴² que a eles diz respeito, o autor destaca a importância de o agente, no caso concreto, considerar a “previsión de la posterior valoración de la acción por parte del juez”.³⁴³ Todavia, de acordo com o citado jurista (que, neste ponto, refuta o pensamento de Lizst), aquela previsão não careceria de ser completa, idêntica àquela que seria empenhada pelo magistrado, pois, se assim o fosse, o delito doloso estaria somente reservado aos juristas, conforme havia sinalizado Beling:³⁴⁴ nessa medida, o erro de subsunção deveria ser indiferente à caracterização do próprio dolo.³⁴⁵ Ainda

³³⁵ “Art. 18. Diz-se o crime: I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo.”

³³⁶ “Art. 20. O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei.”

³³⁷ GRECO, L. *apud* LUCCHESI. *Punindo a culpa como dolo...*, p. 139-140.

³³⁸ ROXIN. *Derecho penal...*, t. I, p. 458. O mesmo autor também ressalta que “es suficiente para el conocimiento la representación de que el propio actuar conducirá posiblemente a la realización de un tipo. El conocimiento sólo falta por tanto cuando quien actúa no ha incluido en absoluto en su representación un elemento del tipo” (*Ibidem*, p. 460) e que, por outro lado, o erro de tipo “no presupone ninguna falsa suposición, sino que basta con la falta de la correcta representación”. (*Ibidem*, p. 459).

³³⁹ HORTA. *Elementos normativos...*, p. 182.

³⁴⁰ *Ibidem*, p. 160.

³⁴¹ MEZGER. *Tratado...*, t. I, p. 119.

³⁴² *Ibidem*, p. 120.

³⁴³ MEZGER, *loc. cit.*

³⁴⁴ *Ibidem*, p. 121.

³⁴⁵ Em análise ao pensamento de Beling, observa Frederico Horta (*Elementos normativos...*, p. 157) que, “segundo este, o erro de subsunção (*subsuntionsirrtum*) carece de importância. Pois desde que o autor conheça as

na ordem do conhecimento de significação que consubstancia o dolo referente aos elementos normativos do tipo, Mezger propõe o critério da “valoración paralela del autor en la esfera del profano”,³⁴⁶ o que corresponde, por outras palavras, a “una apreciación de la característica del tipo en el círculo de pensamientos de la persona individual y en el ambiente del autor, que marche en la misma dirección y sentido que una valoración legal-judicial”.³⁴⁷

Em explanação concernente ao escólio de Mezger (cujo teor reputa ser “um fruto bem-vindo da epistemologia neokantista”³⁴⁸), Frederico Horta destaca, de maneira precisa, que “em relação aos elementos normativos do tipo, o conhecimento do agente seria rigorosamente uma previsão da valoração judicial, assim como também a representação que o agente faz do resultado futuro da sua conduta”.³⁴⁹

Transposta à realidade do art. 234 do CP, a visão ora analisada estabelece, portanto, que o conhecimento conformador do dolo, referente ao carácter obsceno da expressão, corresponde a nada mais que uma antecipação, embora leiga, que o sujeito ativo empreende em relação ao modelo axiológico-cultural manejado pelo magistrado, ao decidir sobre os efeitos decorrentes do comportamento posto sob julgamento. Frederico Horta, ademais, ensina:

Para determinar no que consiste a consciência da significação dos elementos normativos do tipo, necessária ao dolo, Mezger propõe um critério análogo àquele que estabeleceu para a verificação da consciência da ilicitude: em vez de uma subsunção formal das circunstâncias do fato à lei, segundo a correta inteligência desta e o sentido técnico dos conceitos nela empregados, basta uma “valoración paralela do autor na esfera do profano”.³⁵⁰

A suficiência da apontada valoração paralela do agente na instância leiga também foi anotada por Roxin, que sublinha seu elo com o próprio significado social do fato:

La comprensión intelectual que caracteriza el dolo típico en los elementos normativos no significa una subsunción jurídica exacta en los conceptos empleados por la ley, sino que basta con que el contenido de significado social del suceso incriminado aludido (scil. el contenido) con esos conceptos se abra a la comprensión del sujeto. Se habla entonces de una “valoración paralela en la esfera del profano”. Tal “valoración paralela” se corresponde por tanto con el conocimiento necesario para el dolo, porque objeto del dolo no son los conceptos jurídicos o la antijuridicidad de la acción, sino las “circunstancias del hecho”, es decir, los hechos externos junto con su significado social.³⁵¹

circunstâncias tipicamente relevantes, de tal modo que reconheça também a ilicitude delas em conjunto, nada importa que ele as tenha enquadrado no delito-tipo com a mesma precisão de um jurista”.

³⁴⁶ MEZGER. *Tratado...*, t. I, p. 122.

³⁴⁷ MEZGER, *loc. cit.*

³⁴⁸ HORTA. *Elementos normativos...*, p. 155.

³⁴⁹ *Ibidem*, p. 154.

³⁵⁰ *Ibidem*, p. 160.

³⁵¹ ROXIN. *Derecho penal...*, t. I, p. 460.

Puppe também cuida do ponto ora examinado. Assinalando que a teoria da valoração paralela na esfera do leigo enfatiza a valoração dos elementos normativos, dando a impressão de que eles não tratam também de conhecimentos,³⁵² pontifica a autora que “aquello que tiene que conocer el autor para actuar dolosamente no es ni más ni menos que *el sentido del tipo*.”³⁵³ Assim, a representação do sentido do tipo — e não necessariamente o conhecimento de sua expressão literal — é que define o conteúdo cognitivo próprio do dolo, segundo Puppe.³⁵⁴ No que se refere aos predicados de valor como elementos do tipo, a autora frisa que “no es decisivo el autor como usuario del predicado de valor, ya que éste no tiene por qué, él mismo, valorar negativamente su comportamiento o incluso rechazarlo. Al contrario, los predicados de valor en los tipos se refieren a valoraciones de la comunidad jurídica.”³⁵⁵

Destarte, Puppe considera que, por serem as normas jurídicas heterônomas, pouco importa, para a caracterização dolosa, *v.g.*, que o sujeito admita ou não o caráter pornográfico da fita de vídeo que exhibe;³⁵⁶ ao contrário, para a autora, “un ciudadano suficientemente socializado es capaz de reconocer mediante una mera introspección que la comunidad valora de tal manera sua actuación cuando conoce las cualidades que soporta esta valoración, es decir, el componente descriptivo del correspondiente predicado de valor.”³⁵⁷ Dessa forma e em hipóteses desse jaez, Puppe admite ser possível distinguir entre erro de tipo e erro de subsunção: “si podemos obtener del autor una descripción de este elemento descriptivo, entonces tenía la representación de sentido necesaria para el tipo, y únicamente podía estar incurso en un error irrelevante de valoración o en un error de subsunción.”³⁵⁸ Posto isso, a autora destaca que, nos predicados de valor, basta ao autor que conheça seu fundamento real,³⁵⁹ razão pela qual ele mesmo, valorando-os, deve recordar aquilo que aprendeu no marco da civilização acerca das regras de convivência.³⁶⁰ Especificamente sobre a pornografia, aduz Puppe:

Por lo tanto, em cuanto se admite abiertamente que en el caso de los predicados de valor sólo el componente descriptivo es elemento del conocimiento del dolo y con ello se renuncia a ala arriba mencionada invocación formal de la valoración paralela en la esfera del lego, se soluciona el irresoluble problema de separar los predicados de valor de los elementos de valoración global del hecho. También desaparece otro problema

³⁵² Cf., nesse sentido, PUPPE. Error..., p. 105. A autora, contudo, não retira, por completo, a validade da teoria, mas situa a sua aplicação ótima no terreno dos predicados valorativos alusivos a fatos institucionais (cf., nesse sentido, *Ibidem*, p. 135).

³⁵³ *Ibidem*, p. 89.

³⁵⁴ Cf., nesse sentido, *Ibidem*, p. 99.

³⁵⁵ *Ibidem*, p. 130.

³⁵⁶ PUPPE, *loc. cit.*

³⁵⁷ *Ibidem*, p. 131.

³⁵⁸ PUPPE, *loc. cit.*

³⁵⁹ *Ibidem*, p. 132.

³⁶⁰ PUPPE, *loc. cit.*

ampliamente tratado: la distinción entre los denominados elementos normativos y descriptivos del tipo. [...]. Si desconoce la valoración porque sus criterios valorativos son menos estrictos que aquellos que fundamentan la utilización del predicado de valor en la comunidad de interlocutores, ese error no le beneficia en nada.³⁶¹

Isso assentado, e retornando ao início de seu pensamento, conclui Puppe³⁶²: “el contenido del dolo no es más y no es menos que el sentido (intensión) de la descripción típica del hecho”.

Já Frisch considera que a verdadeira questão afeta ao erro que incide sobre elementos normativos sequer diz respeito à doutrina do erro, correspondendo a um problema de “concreção da norma”; nessa ótica, o autor acentua³⁶³:

El verdadero problema material de todos los casos que se discuten hoy de un modo intensivo — especialmente en relación con los elementos normativos del tipo — como casos de error no reside en la doctrina del error. Es en realidad un problema de concreción de la norma. [...]. Es ya evidente que las fórmulas sobre el error en poca cosa pueden contribuir a la respuesta de esta cuestión, porque se trata rectamente de una concreción, orientada al ‘sentido de la norma correspondiente’, en determinados universos lingüísticos, intelectuales y de experiencia. Si está resuelto este problema de concreción de la norma, la respuesta de la cuestión relativa al error constituye una trivialidad: el autor que desconoce las circunstancias que tiene que conocer — para que se admita un injusto de la decisión — incurre en un error que excluye el dolo. Y es igualmente trivial que aquel que ha captado el resultado al que se llega por esta vía de concreción de la norma no yerra en el sentido de una exclusión del dolo.

Por fim, cumpre apontar que García Conlledo assinala que Frisch talvez exagere ao negar a capacidade da teoria do erro para solucionar os problemas que se levantam em relação aos elementos normativos do tipo e ao insistir na trivialidade da resolução das complexidades imanentes ao tema, fazendo-o a partir do referencial de concreção da norma.³⁶⁴ Por outro lado, o autor reputa convincente a construção dogmática proposta por Puppe, referente à doutrina do conhecimento do sentido do tipo.³⁶⁵ Seja como for, García Conlledo, se bem que admitindo ser “especialmente complicada” a questão referente ao erro sobre os elementos normativos do tipo penal,³⁶⁶ reconhece que as soluções que apresenta não são definitivas³⁶⁷ e, assim, estabelece a premissa de que os elementos normativos se distinguem entre “elementos normativos de

³⁶¹ PUPPE. *Error...*, p. 133-134.

³⁶² *Ibidem*, p. 137.

³⁶³ FRISCH, Wolfgang. El error como causa de exclusión del injusto y/o como causa de exclusión de la culpabilidad. Traducción de Enrique Peñaranda. In: FRISCH, Wolfgang *et al.* *El error en el derecho penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2010. p. 77-78.

³⁶⁴ Cf., nesse sentido, GARCÍA CONLLEDO, Miguel Díaz y. *El error sobre elementos normativos del tipo penal*. Madrid: La Ley, 2008. p. 422.

³⁶⁵ Cf., nesse sentido, *Ibidem*, p. 420.

³⁶⁶ *Ibidem*, p. 412.

³⁶⁷ *Ibidem*, p. 423.

sentido”³⁶⁸ e “elementos normativos de valor”.³⁶⁹ Especificamente quanto aos últimos (que interessam mais de perto à dissertação), o autor ressalta que a valoração que conta não é a do próprio sujeito, mas a da comunidade, uma vez que o elemento valorativo possui um componente descritivo formado por pressupostos comumente aceitos.³⁷⁰ E, destarte, assevera:

Así, para que se dé la obscenidad de un acto de exhibición éste tendría que reunir una serie de características positivas y negativas (que tenga un contenido sexual, con exhibición de partes eróticas del cuerpo o realización de posturas o gestos propios de la actividad sexual, que tenga la finalidad de afectar sentimientos sexuales, que no tenga mero carácter didáctico, etc.), que constituirían el componente descriptivo, poseyendo a la vez una carga de valoración social negativa (los actos con esas características están socialmente mal vistos, no se recomiendan, etc.).³⁷¹

A partir desse ponto, o autor considera que “el componente descriptivo de los elementos valorativos del tipo sí debe ser abarcado por el dolo del sujeto”.³⁷² Por conseguinte, para que saiba que concretiza uma obscenidade, o agente “ha de captar que el hecho reúne las propiedades que socialmente permiten hablar de un acto de exhibición obscena”.³⁷³ García Conlledo estabelece que a questão central, porém, é a que perquire se o elemento cognoscitivo do dolo deve também abarcar o componente valorativo do elemento normativo, ou seja, a própria valoração.³⁷⁴ Sem embargo das complicações que reconhece em torno do tema,³⁷⁵ o autor traça as seguintes distinções: i) se o componente valorativo do elemento equivale a uma desvalorização jurídica; ii) se é algo irrelevante para a proibição jurídica; iii) se o componente valorativo é um pressuposto da proibição jurídica (como ocorre, *in exemplis*, em tipos relacionados à proteção sexual, em que o sujeito estima que seu ato não possua qualquer danosidade social).³⁷⁶ Para o primeiro grupo de casos, o autor considera a similitude com os elementos de valoração global;³⁷⁷ depois, para o segundo, a própria irrelevância assinalada

³⁶⁸ Para o autor, os elementos normativos de sentido são aqueles nos quais a norma de referência torna compreensível seu sentido jurídico, social ou religioso. Nessa esteira, apresenta como exemplos termos como “funcionário”, “documento”, “alheia” (cf., nesse sentido, GARCÍA CONLLEDO. *El error...*, p. 92).

³⁶⁹ Para o autor, os elementos normativos de valor são aqueles que implicam uma valoração, normalmente, negativa. Nessa esteira, apresenta como exemplos, v.g., as expressões “atos de exibição obscena”, “material pornográfico” (cf., nesse sentido, *Ibidem*, p. 92, 412).

³⁷⁰ Cf., nesse sentido, *Ibidem*, p. 412.

³⁷¹ *Ibidem*, p. 413.

³⁷² GARCÍA CONLLEDO, *loc. cit.*

³⁷³ GARCÍA CONLLEDO, *loc. cit.*

³⁷⁴ Cf., nesse sentido, *Ibidem*, p. 414.

³⁷⁵ *In verbis*: “la cuestión me parece muy complicada de resolver” (GARCÍA CONLLEDO, *loc. cit.*).

³⁷⁶ Cf., nesse sentido, *Ibidem*, p. 416-417.

³⁷⁷ Todavia, quanto ao particular, importante ressalva é feita por Frederico Horta (*Elementos normativos...*, p. 182-183): “A independência do dolo em relação à consciência da ilicitude, que está na base da teoria da culpabilidade, pressupõe a separação sistemática entre a ilicitude e o tipo. Por isso, mesmo nos crimes legalmente determinados por elementos de valoração global, nos quais os juízos de tipicidade e ilicitude coincidem plenamente, deve-se distinguir a valoração em si do fato como um injusto, das circunstâncias que a

responde à indagação; por fim, para o último grupo de casos, o autor admite a possibilidade do erro de tipo, excludente do dolo.³⁷⁸ Por fim, García Conlledo sumaria seus achados, referentes ao erro sobre os elementos de valor:

Resumidamente creo que el dolo del sujeto tiene que abarcar siempre el componente descriptivo del elemento valorativo, incluyendo sus elementos de sentido (donde otros creen ver ya una valoración); en consecuencia el error sobre ese componente (que es el presupuesto de la valoración que contiene el elemento) es un error de tipo. En cuanto al componente valorativo (la valoración de la comunidad que implica el término), el dolo no tiene que abarcar la (des)valoración cuando ésta coincide con la propia (des)valoración jurídica (como sucede con la valoración en los elementos de valoración global del hecho), pues ello implicaría no el conocimiento del presupuesto de la prohibición, sino de la prohibición misma. En otro caso, habrá que atender al sentido del elemento típico en concreto, pero, al menos en relación con los elementos valorativos utilizados por tipos que protegen intereses relacionados con la moral sexual y religiosa, creo que la propia (des)valoración ha de considerarse presupuesto de la (des)valoración jurídica y, por lo tanto, de la prohibición; ello quiere decir que esa propia valoración (que es realizada por la comunidad y no por el sujeto) es objeto del dolo y que el error sobre la misma es un error de tipo que excluye el dolo (se consigue así una restricción de punibilidad en estos delitos).³⁷⁹

Considerada a extensão do percurso epistemológico referente àquela que parecia ser uma “inocente” indagação (*i.e.*, o que deve o sujeito conhecer, representar ou admitir, como característica certa, provável ou possível da expressão obscena, para que o dolo do art. 234 CP se verifique), cabe, em arremate e em síntese, sublinhar que o conteúdo intelectual do dolo deve abarcar o elemento normativo do tipo (ou predicado de valor, ou elemento normativo de valor), de modo tal que o agente compreenda suas propriedades sensíveis e de significação cultural extraídas da própria realidade, independentemente de conhecimentos técnicos hauridos desde a dogmática jurídico-penal. Todavia, conforme Frederico Horta, aquela compreensão se estabelece quando o agente é capaz “de performar uma valoração das propriedades sensíveis dos elementos normativos do tipo, que marche na mesma direção e sentido daquela que determinará o posterior reconhecimento desses elementos, no fato, pelo seu julgador”.³⁸⁰

Apenas a detida análise das circunstâncias do caso concreto permite afirmar a presença do dolo ou a sua exclusão: as variantes culturais, as coordenadas de tempo e espaço, o contexto expressivo etc. sempre interferirão na prognose profana do agente. Inexistem, pois,

determinam. Pois apenas estas integram o tipo, como seus elementos naturais ou normativos, positivos ou negativos, enquanto aquela é a própria ilicitude, que com o tipo não se confunde. Em vista dessa complexa posição sistemática dos elementos de valoração global do fato, Roxin tem razão ao afirmar que o erro a respeito deles será de tipo ou de proibição, conforme recaia, respectivamente, sobre as circunstâncias determinantes da ilicitude da conduta, ou sobre a própria valoração dessa conduta como ilícita.”

³⁷⁸ Cf., nesse sentido, GARCÍA CONLLEDO. *El error...*, p. 415 *usque* 417.

³⁷⁹ *Ibidem*, p. 423-424.

³⁸⁰ HORTA. *Elementos normativos...*, p. 182.

quanto ao particular, fórmulas prontas, e, por ser a criatividade artística ilimitada, impossível traçar, *in vitro* e *ex ante*, toda uma casuística com arroubos de definitividade. Além disso, é curial anotar que os costumes sempre informarão aquela citada compreensão própria do agir doloso: levado isso em conta, parece evidente que aquilo que é feito para chocar, para excitar, para chamar a atenção por demais, em razão mesmo do quanto destoa das regras intuitivas e gerais de convivência, corre, *eo ipso*, significativo risco de delatar o dolo abarcante do elemento normativo contido no tipo objetivo do art. 234 do CP. Assim, a conduta que pode, em face da expressão sexual que contém (pressuposto fático conhecido pelo agente), *v.g.*, constranger, enojar ou excitar pessoas e que seja reveladora de que o sujeito ativo do delito detinha a compreensão, no fato, do “significado do tipo” (considerado na sua dimensão social e de acordo com uma valoração negativa até mesmo na esfera leiga) identificará que a obscenidade estava intelectualmente compreendida e, portanto, presente no dolo que animou aquele mesmo proceder empenhado pelo agente.

Ademais, no que concerne à tutela das pessoas com idade inferior a 18 anos e daquelas reputadas sexualmente vulneráveis, basta dizer, com apoio em Eduardo Viana, que “quem cria um perigo, ainda que de baixa intensidade [...] para uma vítima completamente indefesa, a princípio, não pode afirmar que não firmou um compromisso cognitivo com a realização do perigo”.³⁸¹ O dolo, nessas circunstâncias, também se caracteriza, pois quem “masturba-se artisticamente” defronte de crianças, por exemplo, realiza conduta que não comporta, do ponto de vista jurídico-penal, qualquer escusa razoável.

De outra parte, nada há que ser ressignificado no entendimento da tradicional doutrina pátria referente ao art. 234 do CP, por patentear que ao tipo são irrelevantes tanto a mera opinião do agente sobre o caráter obsceno do objeto ou da ação que exhibe, bem como a sua deliberada vontade de, com essa mesma exibição, ofender (visto que o específico propósito de ofender não consta como elemento subjetivo do tipo). Essencialmente, o dolo de publicar o obsceno, contra ou em desconsideração ao consentimento do sujeito passivo, é que importa ao delito. A doutrina pátria tradicional já operava, na exegese do art. 234 do CP, nem tanto sobre o componente de dissenso doutrinário referente ao dolo (*i.e.*, a vontade³⁸²), mas, mormente, sobre o seu elemento de consenso, qual seja a representação.³⁸³ Ou seja, *v.g.*: copular

³⁸¹ VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 323.

³⁸² Cf., por todos, na doutrina penal brasileira e contemporânea, GOMES, Enéias Xavier. *Dolo sem vontade psicológica: perspectivas de aplicação no Brasil*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017.

³⁸³ Nesse sentido, cf. VIANA. *Dolo...*, p. 86. O mesmo autor ainda observa: “A imputação a título de dolo não tem relação com a postura volitiva psíquica do indivíduo, pois dolo não é vontade, é representação. A essencial diferença entre o dolo e a culpa, portanto, equivale fundamentalmente à distinção entre o conhecimento e o desconhecimento do perigo com qualidade dolosa. [...]. O dolo, portanto, é um conceito jurídico que deve ser

ostensivamente, em razão de um *happening*, diante de um colégio infantil, do ponto de vista da representação dolosa, é coisa que em muito se distancia de comparecer, na Marquês da Sapucaí, durante desfile de carnaval no Rio de Janeiro, com os seios à mostra.³⁸⁴

O artista tem a refinada capacidade de bem representar mentalmente as invenções que são de seu interesse, e isso faz parte de seu dom. Ele pode perfeitamente, em seu privilegiado universo intelectual e emotivo, mensurar se o que pretende expressar pode ou não ofender ou excitar, com interferência na dignidade sexual de outrem. Aquilatar os efeitos da invenção a ser publicada, muitas vezes, integra o processo criativo ou o método expográfico, manejados pelo profissional da arte: eles sabem ou estimam aquilo que é chocante, agressivo, desestabilizador, provocativo, transgressor, impactante, ou capaz de induzir a elevação reflexiva, ou impulsionar a emoção que arrebatava.

É provável que a arte contemporânea ainda queira a vigência daquela concepção — noticiada por Jean Claude Bologne³⁸⁵ — própria da arte do século XIX, que “conseguiu impor o mito do artista inspirado que escapa às leis comuns. Que é que não se perdoa a um ‘artista’?” Não se perdoa, do ponto de vista jurídico-penal, a afronta aos limites do respeito ao valor da dignidade sexual da pessoa; por isso, ainda no tocante ao dolo do agente, artista ou não, como no irretocável dizer de Puppe,³⁸⁶ “lo que importa no es si el autor há tomado en serio el peligro reconocido, sino si ha reconocido un peligro que debia ser tomado en serio”. Em matéria de arte com formas e conteúdos obscenos, esse perigo beira ao comezinho e, por isso mesmo, sempre deve ser levado a sério. Leia-se, porém, que a transgressão estética, por vezes interessante, nem por isso aufere concessão para afrontar direitos, liberdades e valores fundamentais: isso é elementar e não é modismo ultrapassado, razões pelas quais, neste exato ponto, o art. 234 do CP não carece de qualquer ressignificação.

ajustado à moldura normativa a partir dessa premissa de *ratio* punitiva. [...]. Do ponto de vista teórico, a imputação dolosa submete-se à verificação do grau de racionalidade da imputação. Dito grau de racionalidade é identificado pela existência de plausibilidade do perigo doloso. Como parâmetro de controle, a plausibilidade do perigo doloso somente poderá ser afirmada quando a criação do perigo for de determinada qualidade e intensidade. Esses parâmetros, contudo, não são interpretados a partir de cota numérica ou estatística, senão a partir de um referencial lógico derivado de um complexo de dados empíricos (= inferenciabilidade do perigo doloso).” (*Ibidem*, p. 366-367).

³⁸⁴ Hungria (*Comentários...*, v. VIII, p. 308), aliás, já afirmava: “Nos três dias de Carnaval, como é sabido, a imoralidade obtém um armistício”. Essa constatação, a rigor, não destoa da atualíssima doutrina de Eduardo Viana (*op. cit.*, p. 366): “Desde um ponto de partida de consideração da *ratio* do tratamento punitivo que o legislador dispensa ao dolo e à culpa é possível identificar o que é, ou não, relevante para o direito penal. Essencialmente, a relevância jurídica reside no fato de que a convivência em sociedade pressupõe a observância de determinados deveres de condução sobre o próprio corpo como meio para a preservação da paz social e convivência pacífica.”

³⁸⁵ BOLOGNE, Jean Claude. *História do pudor*. Tradução de Telma Costa. Lisboa: Teorema, 1990. p. 219.

³⁸⁶ PUPPE, Ingeborg. Perspectivas conceptuales del dolo eventual. Traducción de Ramón Ragués. In: _____. *El derecho penal como ciencia: método, teoría del delito, tipicidad y justificación*. Coordenação de Nuria Pastor Muñoz. Buenos Aires: Editorial B de F, 2018. p. 306.

Estes são, enfim, os aportes apenas essenciais referentes ao problema do tipo subjetivo do art. 234 do CP: o teor do tópico não esgota o assunto. A tormentosa questão do conteúdo ou alcance do dolo alusivo à obscenidade do ato ou da representação não se estabelece, aqui, como última palavra: ela foi posta com o intuito de apenas iniciar um diálogo epistemológico tão amplo quanto profundo.³⁸⁷

5.3 Consumação e tentativa

Coerentemente com o bem jurídico tutelado pelo art. 234 do CP, à consumação do delito interessam dois aspectos que se completam: a efetiva mostra da obra a terceiros e a sua realização em desconsideração ou em afronta ao consentimento do sujeito passivo.

As dimensões criativa e expositiva integram a expressão artística, nela despontando com graus de liberdades diversos.³⁸⁸ A primeira delas sujeita-se a menores restrições jurídicas,³⁸⁹ enquanto a segunda, apesar de sua “posição preferencial”,³⁹⁰ comporta maiores

³⁸⁷ Se bem que tenha abordado questões referentes ao erro jurídico-penal, o tópico se limitou ao erro de tipo, porquanto indissociável do dolo. Todavia, é possível uma breve nota — com menores embaraços — sobre o erro incidente sobre as permissões referentes à publicação da obscenidade. Quanto a essa modalidade de erro em particular, basta dizer que ele enseja a falsa suposição da atipicidade, consequente ao equivocado manejo das disposições jurídico-administrativas referentes ao tema; traduz-se, assim, em erro de proibição que recai não sobre qualquer dos elementos do tipo objetivo, mas sobre o próprio alcance proibitivo da norma. Como corolário, na realidade que toca os limites de aplicação do art. 234 do CP, o erro sobre a ilicitude da publicação obscena ocorrido, *v.g.*, no contexto do manejo da Portaria nº 1.189, de 3 de agosto de 2018, do Ministério da Justiça, e o do *Guia Prático de Classificação Indicativa*, emitido pelo mesmo órgão, cujos conteúdos interagem com o citado preceito penal (vide item 5.1.2 deste Capítulo 5), dão azo à invocação do art. 21 do CP, cuja redação é a seguinte: “*Erro sobre a ilicitude do fato*. Art. 21. O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço. Parágrafo único. Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.”

³⁸⁸ Ao dizer sobre as relações da arte com a moral, em reflexão também cabível ao convívio da arte com o direito, reconhece Ariano Suassuna (*Iniciação à Estética*. 6. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2004. p. 242) que “o problema não pode ser colocado em termos claros se não só levar em conta o fato de que ele tem duas faces: uma refere-se ao primeiro momento fundamental da arte, que é o da criação; a segunda, ao momento de entrega da obra ao contemplador, aos espectadores, ao público”.

³⁸⁹ Também o momento criativo da invenção artística não é integralmente livre. Basta supor, *v.g.*, as diversas tentativas de ajustamento da cena em que duas crianças mantêm relações sexuais explícitas; ainda na fase de ensaios fechados ao público, *i.e.*, mesmo antes de seu momento expositivo, a preparação da cena já restaria juridicamente inviabilizada uma vez que em afronta ao art. 227 da CR, com azo à aplicação das consequências jurídico-penais tipificadas nos arts. 240 *usque* 241-E, todos do ECA (cf. item 5.1.4.2.2.2.2 deste Capítulo 5).

³⁹⁰ No julgamento referente ao caso das biografias não autorizadas (ADI 4.815/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, j. 10 jun. 2015, DJe-018, divulg. 29 jan. 2016 e public. 1º fev. 2016), o Min. Luís Roberto Barroso, quanto à posição preferencial da liberdade de expressão, afirmou, literalmente, em seu voto, que: a) “há uma importante razão de ordem histórica para a atribuição de uma posição preferencial às liberdades expressivas: o temor da censura” (cf. item 16); b) “o reconhecimento de uma posição preferencial às liberdades comunicativas é justamente um dos principais mecanismos dessa proteção” (cf. item 17); c) “sua posição preferencial deverá, porém, servir de guia para o intérprete, exigindo, em todo caso, a preservação, na maior medida possível, das liberdades comunicativas” (cf. item 18); d) “a proibição de divulgação somente pode ocorrer em situações excepcioníssimas, extremas teratológicas e justificadas por uma análise de proporcionalidade que considere a posição preferencial da liberdade de expressão” (cf. item 46). (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.815. Relatora: Min.

limitações, pois, ao se tornarem públicos, os efeitos comunicacionais da obra incorrem em superiores chances de conflitar com outros valores, liberdades e direitos fundamentais.³⁹¹

A transcendência dos efeitos da expressão, desde o ponto de vista lógico, somente pode aflorar a partir do seu momento expositivo, pois nem ofende e nem insere sob perigo de lesão a autodeterminação de indivíduos adultos capazes de externar consentimento jurídico-penal eficaz, a integridade sexual de crianças e adolescentes ou das pessoas reputadas vulneráveis a representação obscena que permanecer confinada sob os domínios privados de seus criadores ou produtores. A ótica de Díez Ripollés é oportuna:

En mi opinión, el aspecto objetivo de la acción pornográfica ha de consistir en el confrontar a la víctima con unas representaciones sexuales de cierta entidad, en ponerle en contacto con ellas. Ello supone, en primer lugar, que quedan fuera del concepto de confrontación todas las actividades de fabricación, suministro, almacenamiento, distribución... de material pornográfico, ya que en ellas no se realiza esa puesta en contacto, esa exhibición o mostración a la víctima de las representaciones sexuales de cierta entidad. Tampoco será suficiente con la puesta a la disposición de la víctima de los escritos pornográficos, materialmente considerados, sino que es preciso algún tipo de explicación, de desvelamiento de su contenido; sólo así puede surgir la acción sexual que pretende involucrar a la víctima. Así, pues, quedarían inmersos en el concepto de confrontación todo tipo de actividades consistentes en la puesta de manifiesto o explicitación del contenido de objetos pornográficos ante otra persona, sin necesidad de que ello se haga en un contexto mercantil.³⁹²

Na doutrina pátria, Guilherme de Souza Nucci³⁹³ indica que o momento consumativo do delito tipificado no art. 234 do CP se dá “quando os escritos ou objetos obscenos forem, conforme as condutas previstas no tipo, expostos ao público”. Se bem que correto e dotado de maior precisão que aquele tradicionalmente manejado em abordagens

Cármén Lúcia. Brasília, DF, Acórdão de 10 de jun. de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em: 14 jan. 2019).

³⁹¹ Ao tratar do alcance específico da liberdade artística, embasado na decisão do caso *Mephisto*, exarada em 27 de fevereiro de 1971, pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão (BVerfGE 30, 173), Leonardo Martins (Direito constitucional à expressão artística. In: MAMEDE, Gladston; FRANCA FILHO, Marcílio Toscano; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Org.). *Direito da arte*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 43) afirma: “Para se definir o alcance da proteção que será essencial para a investigação das possíveis intervenções e suas respectivas intensidades, distingue-se entre a ‘área de criação da obra’ (*Werkbereich*) e a ‘área de exposição e efeito’ da obra (*Wirkbereich*). [...] Pensando nas funções sociais da arte, a diferença é relevante quando se pensa que o choque do exercício do direito fundamental dar-se-á mais frequentemente na área de exposição do que no momento da criação.” Forte nessas premissas, o autor escreve, de forma taxativa, que “não se justificam intervenções na chamada área da criação/produção da obra (*Werkbeireich*), mas tão somente do seu efeito (exposição) quando essas não coincidirem em um só ato”. (*Ibidem*, p. 71).

³⁹² DÍEZ RIPOLLÉS. *Exhibicionismo, pornografía...*, p. 401-402. O autor ainda aduz: “La supresión de la punición de las actividades de fabricación, distribución... de materiales pornográficos, es congruente, no sólo con el concepto de bien jurídico que se aspira a proteger, y de acción sexual específica a tenor de él elaborada, sino asimismo con lo que puede considerarse el otro aspecto del problema, el derecho del adulto a entrar en contacto con escritos pornográficos si lo desea, a la satisfacción de cuyas demandas tales actividades se orientan.” (*Ibidem*, p. 401).

³⁹³ NUCCI. *Manual de direito penal...*, p. 919.

doutrinárias referentes ao citado dispositivo, o escólio poder ser incrementado, uma vez que à consumação do delito não basta a mera exposição da expressão obscena. Fosse assim, a obscenidade *per se*, mesmo que desprovida de qualquer repercussão na esfera da objetividade jurídica protegida nos crimes sexuais, validaria a aplicação de quaisquer dos preceitos que consubstanciam o art. 234 do CP.

Renunciar a moral coletiva como bem jurídico tutelado nos crimes em que se punem condutas exibicionistas, pornográficas e outras sexualmente provocantes, segundo Díez Ripollés, “implica un mayor reconocimiento de la diversidad de opiniones individuales propia de una sociedad pluralista el que no se estime consumado el delito hasta que no conste efectivamente la producción de este menosprecio de la voluntad.”³⁹⁴

Destarte e de modo similar, a consumação do delito tipificado no art. 234 do CP deve estar condicionada ao respeito à vontade da pessoa a quem a obra é apresentada, pois ninguém pode ser convertido em simples objeto que meramente complementa a expressão publicada.³⁹⁵

Portanto, correto afirmar que o crime previsto no art. 234 do CP se consuma por ocasião da ofensa à autodeterminação sexual da pessoa que não pôde escolher ou que efetivamente não quis a condição de circunstante à obra obscena que lhe fora posta em confronto pelo agente. A mesma solução se aplica no âmbito da tutela devida às crianças e aos adolescentes e aos sujeitos reputados sexualmente vulneráveis: as condutas passíveis de incriminação se aperfeiçoam no momento em que a expressão obscena, em desacordo com as normas jurídicas que visam a protegê-los, seja efetivamente percebida por qualquer pessoa integrante daqueles citados grupos.

Por fim, uma vez que o *iter criminis* pode ser fracionado e interrompido, em quaisquer das modalidades tipificadas no art. 234 do CP, por circunstâncias alheias à vontade do agente, nada obsta a possibilidade de tentativa no delito.³⁹⁶

³⁹⁴ DÍEZ RIPOLLÉS. *Exhibicionismo, pornografía...*, p. 476.

³⁹⁵ “El sujeto pasivo, al verse involucrado en una acción sexual sin su consentimiento de la manera descrita, ve lesionada su libertad de un modo peculiar en cuanto que se dispone de un aspecto de su personalidad, sus potencialidades sexuales, sobre el que ha vertido una parte significativa de su desarrollo personal, y esto se hace de un modo agudamente opuesto a sus prerrogativas en este ámbito. En concreto y siempre sin su consentimiento, ha pasado a ser un mero objeto de placer sexual ajeno, en las conductas exhibicionistas, y por lo que respecta a las conductas escandalosas no exhibicionistas y las consistentes en la exhibición y acceso al público de material pornográfico, ha pasado a desempeñar el papel de mero mecanismo instintivo susceptible de excitación sexual o bien se ve inserto en una acción dirigida predominantemente a no tener en cuenta y menospreciar a la opción personal que ha tomado, y a la que ajusta su comportamiento, sobre uno de los ámbitos vitales más gratificantes de cara al desarrollo de sí mismo.” (*Ibidem*, p. 169).

³⁹⁶ Nesse sentido, cf. PIERANGELI; SOUZA. *Crimes sexuais...*, p. 168. Também pela admissão do *conatus*, no âmbito do art. 234 do CP, cf. PRADO. *Tratado...*, v. III, p. 258.

5.4 Aspectos processuais penais

Nem sempre os operadores do direito dispõem de rudimentos que lhes habilitem, sobretudo em situações limítrofes, afirmar se estão diante de uma invenção artística ou de uma obscenidade. Contudo, em processos penais que versem sobre a prática do art. 234 do CP, se o caso concreto já não houver sido resolvido com base nos parâmetros objetivos anteriormente tratados neste capítulo (*i.e.*, reconhecimento de comportamentos permitidos, de consentimento eficaz por parte do sujeito passivo), a distinção será relevante.

Nada impede que, visando a demarcar aquela diferença que pode decidir a justa solução da espécie em causa, tanto o órgão de execução do Ministério Público quanto o magistrado busquem, para as hipóteses em que a expressão publicada não seja efêmera em sua materialidade (*v.g.*, recitação de improviso, desprovida de gravação), a realização de perícia.

Nesse sentido, Rodolfo Venditti pontifica:

L'accertamento giudiziale della natura artistica o scientifica dell'opera sarà facile, naturalmente, quando l'opera risulti consagrada della critica, o quando, per contro, l'opera risulti assolutamente insignificante e del tutto sprovveduta di caratteri artistici o scientifici.

In altri casi, invece, l'accertamento sarà difficile, specialmente quando si tratti di valutare un'opera contemporanea su cui non si siano ancora consolidati gli orientamenti della critica. Qui il giudice potrà eventualmente avvalersi di esperti, nei modi previsti dalla legge (cioè nominando consulente tecnico un serio critico d'arte o un valente scienziato).³⁹⁷

Nada obstante o art. 234 do CP ser originariamente afeto à competência dos JECrim — cujos processos são orientados, entre outros e nos termos do art. 62 da Lei nº 9.099/1995,³⁹⁸ por critérios como simplicidade, informalidade e celeridade — a resolutividade judicial temerária jamais está autorizada em nome da pressa e do despojamento.

Inexiste, portanto, qualquer óbice à determinação de perícia com o objetivo de testificar se a expressão problemática, levada à apreciação judicial, possui ou não envergadura artística (dado que pode decisivamente contribuir ao reconhecimento da inocência alegada). A depender da complexidade do caso, pode ocorrer, no entanto, a remessa do processo ao Juízo criminal comum, para que a diligência seja efetivada com toda a cautela exigível, em prazo e nível de profundidade incompatíveis com os critérios norteadores do Juízo especializado.³⁹⁹

³⁹⁷ VENDITTI. *La tutela penale del pudore...*, p. 140.

³⁹⁸ O dispositivo supracitado já foi transcrito nesta pesquisa: cf. nr. 213 do Capítulo 4.

³⁹⁹ O requerimento das partes à apresentação de quesitos (sujeitos a eventuais objeções articuladas pelo *ex adverso* processual), indicação de assistentes técnicos, bem como a possibilidade de impugnação dos resultados formalizados na própria perícia já bastam à justificação do aludido deslocamento de competência.

Aliás, a aplicação do art. 77, § 2º, da Lei nº 9.099/1995,⁴⁰⁰ será, não raro, postura recomendável, em prol da efetividade da garantia constitucional da ampla defesa (art. 5º, inc. LV, da CR⁴⁰¹), pois oportuniza àquele(s) contra o(s) qual(is) recai a *persecutio criminis* efetivas chances de discutir, com a necessária penetração e com o devido embasamento técnico, se a expressão reputada obscena é mesmo, considerada a sua unidade e eventual capacidade comunicacional polissêmica, real e completamente imprestável do ponto de vista artístico.

5.5 Considerações conclusivas

Os termos da resignificação hermenêutica ora proposta não postulam a devassidão sexual, a eliminação dos freios morais e a desvalia dos costumes pertinentes ao recato esperado de cada pessoa, no convívio social.⁴⁰² Não pregam, também, que no universo das artes a beleza seja sempre desimportante, nem aplaude a arte ruim ou apelativa que em nada contribui, seja para a edificação do espírito humano, seja para a robustez dos valores da cultura,⁴⁰³ o apuro

⁴⁰⁰ “Art. 77. Na ação penal de iniciativa pública, quando não houver aplicação de pena, pela ausência do autor do fato, ou pela não ocorrência da hipótese prevista no art. 76 desta Lei, o Ministério Público oferecerá ao Juiz, de imediato, denúncia oral, se não houver necessidade de diligências imprescindíveis. [...] § 2º Se a complexidade ou as circunstâncias do caso não permitirem a formulação da denúncia, o Ministério Público poderá requerer ao Juiz o encaminhamento das peças existentes, na forma do parágrafo único do art. 66 desta Lei.” O apontado parágrafo único do art. 66, de seu turno, estabelece que: “Não encontrado o acusado para ser citado, o Juiz encaminhará as peças existentes ao Juízo comum para adoção do procedimento previsto em lei.” Assim, a ideia que ressaí da conjugação das citadas disposições é esta: se o caso for complexo, a ponto de ensejar intrincada perícia, deve haver o deslocamento de competência, com remessa do feito ao Juízo criminal comum.

⁴⁰¹ Cf. “Art. 5º [...] - inc. LV: aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

⁴⁰² Freud (*O mal-estar na civilização*. Tradução de José Octávio de Aguiar Abreu. Rio de Janeiro: Imago, 1997. p. 72) assinala: “Se a civilização impõe sacrifícios tão grandes, não apenas à sexualidade do homem, mas também à sua agressividade, podemos compreender melhor porque lhe é difícil ser feliz nessa civilização. Na realidade, o homem primitivo se achava em situação melhor, sem conhecer restrições do instinto. Em contrapartida, suas perspectivas de desfrutar dessa felicidade, por qualquer período de tempo, eram muito tênues. O homem civilizado trocou uma parcela de suas possibilidades de felicidade por uma parcela de segurança. [...] Quanto aos povos primitivos que ainda hoje existem, pesquisas cuidadosas mostram que sua vida instintiva não é, de maneira alguma, passível de ser invejada por causa de sua liberdade. Está sujeita a restrições de outra espécie, talvez mais severas do que aquelas que dizem respeito ao homem moderno.” Com efeito, a história mostra que o estágio de colapso das grandes civilizações coincide com o ciclo de hiperbolização das experiências sensuais, que passaram a integrar, sem quaisquer travões, a vida pública das suas sociedades. No campo da filosofia, pontifica Mário Ferreira dos Santos (*Invasão vertical dos bárbaros*. São Paulo: É Realizações, 2012. p. 3) que, “sob todos os aspectos, nas épocas de depressão ético-cultural, a sensualidade recebe um estímulo como em nenhuma outra”. Nesse mesmo diapasão, no campo jurídico, registra Viveiros de Castro (*Atentados ao pudor: estudos sobre as aberrações do instinto sexual*. 4. ed. aum. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1948. p. 310) que, “na vida dos povos, os períodos de decadência moral coincidem sempre com as épocas de moleza e de luxo. Estes fenômenos somente se produzem quando pede-se ao sistema nervoso mais do que é necessário para a satisfação das necessidades. Quanto mais aumenta o nervosismo mais também aumenta a sensualidade, impelindo as massas populares ao excesso e ao deboche, destruindo as bases da sociedade, a moralidade e a pureza da vida em família. E quando a devassidão, o adultério e o luxo têm corroído estas bases, o desmoronamento do Estado, sua ruína política e moral torna-se inevitável. O exemplo da Grécia, de Roma, da França sob Luiz XIV e Luiz XV, pode nos servir de lição”.

⁴⁰³ Tolstoi (*O que é arte?* Tradução de Bete Toril. São Paulo: Ediouro, 2002. p. 229) concebia que a arte é um canal de progresso da humanidade, e que, por meio da palavra e das imagens, o homem comunica pensamentos

estético, o domínio das técnicas, o conhecimento das tradições e a formação sólida distinguem o artista superior, motivo pelo qual essas dimensões merecem ser estimuladas e aclamadas.⁴⁰⁴

Discursa-se, em realidade e por meio deste estudo, no sentido de que a moral sexual *per se*, assim como o juízo estético sem mais não podem, isolados ou cumulativamente, constituir o objeto de tutela jurídico-penal.

No marco da sociedade pluralista, o Estado deve assumir posição de neutralidade em matéria estritamente estética. A expressão artística é, conseqüentemente, por força da unidade e da máxima efetividade dos preceitos constitucionais, de ordinário, livre. Outrossim, numa autêntica democracia, inexistem concepções globais em matéria sexual e possibilidades de que o Estado imponha maneiras à autorrealização na referida seara. Por outro lado, no Estado Democrático de Direito, próprio de uma sociedade harmônica e plural, o direito penal deve garantir uma convivência pacífica, na qual, sem dúvida, está abarcada a dimensão do respeito à dignidade sexual. Daí que mais do que punir criminalmente a obscenidade em si mesma,⁴⁰⁵ o direito penal sexual se dedica a proteger a autodeterminação sexual de indivíduos adultos

e sentimentos às pessoas do presente e do futuro; assim, a perversão de quaisquer daquelas formas comunicacionais “traz conseqüências danosas para a sociedade na qual ela ocorre”. Não custa, ademais, registrar que, mesmo Benedetto Croce (Aquilo de que a arte se distingue. In: _____. *Breviário de estética/Aesthetica in nuce*. Tradução de Rodolfo Hari Jr. São Paulo: Ática, 1997. p. 161), ao menos em um de seus escritos, fora era expresso em asseverar que a expressão artística não se confunde com nenhuma forma de prática destinada a produção de certos efeitos de prazer e de volúpia, razão pela qual “as obras meretrícias devem ser evitadas na arte”. Ainda nesse mesmo palmilhar, o crítico contemporâneo George Steiner (Palavras da noite. In: _____. *Linguagem e silêncio: ensaios sobre a crise da palavra*. Tradução de Gilda Stuart e Felipe Rajabally. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 97), depois de ser textual em reputar a censura como “estúpida” e “repulsiva”, assinala que, atualmente, “os livros que estão sendo produzidos sob o novo código de expressão total gritam para suas personagens: dispam-se, forniquem, pratiquem este ou aquele ato de perversão sexual. Assim também gritavam os soldados da SS para homens e mulheres vivos em fila. As atitudes, como um todo, não são, creio eu, totalmente diferentes. Pode haver afinidades mais profundas do que nós, no momento, entendemos entre a ‘liberdade total’ da imaginação erótica não censurada e a liberdade total do sádico. Talvez não seja coincidência que essas duas liberdades tenham surgido com estreita proximidade histórica. Ambas são exercidas à custa da humanidade de outra pessoa, do direito mais precioso de outrem — o direito a uma vida privada para os seus sentimentos. Esse é o mais perigoso aspecto de todos”.

⁴⁰⁴ Ângelo Monteiro (*Arte ou desastre*. São Paulo: É Realizações, 2011. p. 16) pondera: “Sem a presença do *ethos* seria impossível a compreensão de qualquer atividade própria dos homens, e daí a barbárie cultural como consequência dessa ausência ou desse esquecimento: a regressão mental, a incapacidade de pensar e de discernir e, principalmente, o retorno, por outras vias, à sociedade tribal. O abandono dos valores éticos acarreta, em primeiro lugar, o próprio caráter do homem, enquanto a disposição que fica à deriva de qualquer margem de defesa espiritual; e esse desastre atinge simultaneamente a esfera estética, no próprio centro da individualidade criadora, já que os valores estéticos são inseparáveis do mesmo *ethos* responsável pelos demais valores da cultura.”

⁴⁰⁵ No Código Penal Português, consta a seguinte tipificação (art. 170): “Quem importunar outra pessoa praticando perante ela actos de carácter exibicionista ou constrangendo-a a contacto de natureza sexual é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 120 dias, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.” Diante do preceito penal (que, anteriormente à Lei nº 59/2007, de 4 de setembro, possuía a seguinte redação: “Quem importunar outra pessoa, praticando perante ela actos de carácter exibicionista, é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 120 dias.”), segundo Anabela Miranda Rodrigues (Actos exhibicionistas..., p. 537), “torna-se claro que não é o acto exhibicionista *em si* (ou como tal) que é o objeto de incriminação mas, [...], a liberdade de autodeterminação sexual [...]”.

capazes de expressar consentimento jurídico-penal eficaz e a integridade sexual de crianças e adolescentes ou das pessoas sexualmente vulneráveis, fazendo-o, inclusive, no âmbito do art. 234 do CP. A funcionalidade do direito penal não pode comparecer predisposta, na realidade circundante, a subverter todos esses sentidos. Por isso, a diretriz epistemológica do presente capítulo pretendeu ser concêntrica às referidas premissas, que desaguam no ajuste teórico-interpretativo do art. 234 do CP, cuja aplicação, de fato e *de jure*, deve ser apenas excepcional.

Juízos estritamente estéticos ou reproches puramente morais alusivos às formas de expressão, sobretudo em assuntos artísticos, são indiferentes ao art. 234 do CP. O conteúdo normativo do dispositivo deve contribuir para a realização de valores, direitos e liberdades constitucionais, ao invés de servir como instrumento ditador de favoritismos estilísticos ou de predileções deontológicas na ordem do sexual. Isso não quer dizer, obviamente, que a autodeterminação sexual de indivíduos adultos capazes de expressar consentimento jurídico-penal eficaz e que a especial proteção devida às crianças e adolescentes, bem como a tutela assegurada às pessoas apontadas vulneráveis, no âmbito do direito penal sexual pátrio, não devam ser respeitadas por terceiros, artistas ou não.

Com efeito, o art. 234 do CP legitima-se justamente na perspectiva da tutela que exerce quanto a tais dimensões da vida social, imprescindíveis no Estado Democrático de Direito. Inadmissível que o art. 234 do CP opere baseado em preconceitos sequer perscrutáveis em nível argumentativo: se essa não pode ser a ênfase, menos ainda deve ser o mote; o obsceno não é *ratio essendi* do dispositivo, mas apenas um elemento do tipo, cujo exame não exige diagnose primacial. Escreva-se, desenhe-se, pinte-se, imprima-se, esculpa-se, represente-se teatralmente, exiba-se cinematograficamente ou que se faça qualquer espetáculo, audição ou recitação, mesmo obscenos, mas que a publicação⁴⁰⁶ dessas atividades e/ou de seus resultados jamais envolva pessoas que não a queiram ou não possam acessá-la.⁴⁰⁷

⁴⁰⁶ O tipo legal não se volta contra o indivíduo que queira transformar o interior de sua própria casa num templo dedicado à obscenidade; tampouco se insurge contra o artista que elabora unicamente sobre o assunto. Por isso, o preceito penal não impede que aquele mesmo indivíduo abra a sua residência para adultos que assim o desejam, bem como não obsta que a esse referido público o citado artista franqueie o ingresso em seu atelier abarrotado de escritos, pinturas, fotografias, esculturas etc., todos de caráter obsceno. Igualmente, a galeria, o museu, o teatro, o cinema e demais recintos que podem servir à publicização das obscenidades, desde que anunciem — com a devida clareza e em acordo com a normativa jurídica pertinente — os conteúdos que exibem, prevenindo e de fato evitando o ingresso de crianças e adolescentes, bem como de pessoas reputadas sexualmente vulneráveis pelo direito penal brasileiro, escapam do campo de eficácia do art. 234 do CP.

⁴⁰⁷ Observa Rodolfo Venditti (*La tutela penale del pudore...*, p. 28): “Non è giusto che gli ipersessuali, gli erotomani, i viziosi, gli invertiti (o comunque tutti coloro che speculano sulle basse passioni di costoro) abbiano la possibilità di imporre agli altri la loro mentalità e i loro gusti deteriori (non di rado patologici) attraverso l’uso pubblico di mezzi di forte suggestione psichica. Non si vuol dire che quegli individui non abbiano la libertà giuridica di dedicarsi in privato alle loro oscenità (salvi i limiti imposti dalle norme penali a tutela della libertà e dell’onore sessuale altrui): si vuole affermare però che l’uomo normale deve essere penalmente tutelato nella inviolabilità della sua sfera di riservatezza sessuale”. Abstraídos os excessos e imprecisões das

A ressignificação hermenêutica ora proposta procura balizar a eficácia do art. 234 do CP, vinculando-o à exclusiva proteção de bens jurídicos. Cada um dos tópicos deste capítulo primou por se alinhar aos quadrantes desse horizonte, e foram articulados com o escopo de estabelecer barreiras dogmáticas objetivas e prévias ao exame da expressão problemática.

Certo que o exame da tipicidade perfaz um bloco monolítico. No entanto, a própria possibilidade de análise particularizada de cada um dos elementos que integra o tipo objetivo evidencia que não há, do ponto de vista dogmático, nenhum impedimento para que a aferição da relação de tipicidade material, nesse plano, seja procedida em etapas: a unidade teleológica do tipo objetivo em nada resta abalada pela sucessão de movimentos lógicos do raciocínio dedicados à checagem da subsunção dos dados extraídos do caso concreto em face dos elementos contidos no enunciado legal. Destarte, antes de discutir se a obra é ou não obscena, o operador do direito deve levar em conta as possibilidades que o ordenamento jurídico abre à publicação das obscenidades, bem como avaliar se quem as acessou consentiu, teve condições de consentir ou se realmente podia consentir no confronto direto com elas. Somente a obra publicada em descumprimento à normatividade jurídica e que tenha sido objeto de defrontação indesejada, inesperada ou inadmitida pode ensejar a aplicação do art. 234 do CP. Logo, a valoração empírico-cultural concernente a determinada representação obscena poderá, muitas vezes — diante do que concebe a presente ressignificação hermenêutica — restar prejudicada no julgamento do caso concreto. Desde que isso não se dê, a obscenidade (que compreende a pornografia, mas que está situada para além do indiferente penal consubstanciado no erótico) deve ser perquirida por critérios que não prescindem de argumentação (estipulados pelo *Miller-Test*, inclusive admitido pelo STF) e que podem ser refutados mediante avaliações conjunturais que consideram não somente a expressão isolada, mas toda a unidade da obra que lhe serviu de veículo, bem como o valor artístico dela e as suas circunstâncias concretas, identificadas no próprio *theatro mundi*: a depender do contexto, não terá cabimento cogitar da ocorrência do crime, pois a *consuetudo* — em que pese não constituir a objetividade jurídica do art. 234 do CP — não deixa de ser fator significativo à materialização da cláusula *pro libertate*.

adjetivações e ressalvadas as desatualizações terminológicas das categorias mencionadas, a lição não deixa de ser, em sua ideia geral, pertinente ao campo de considerações ora alinhavado.

6 O ARTIGO 234 DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO NA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL VIGENTE

Em clássico escólio, assevera Manzini que “el concepto de Estado, fijado por el derecho constitucional, proporciona necesariamente la base de toda legislación penal”.¹

A República Federativa do Brasil, nos termos do art. 1º da CR, constitui-se em Estado Democrático de Direito. Com base nesse referencial, os pressupostos materiais de um Estado assim formatado “sintetizam-se em três elementos: juridicidade, constitucionalidade e direitos fundamentais”.² Isso significa que: i) o direito, como meio de ordenação racional, é indissociável da realização da justiça e da efetivação dos valores políticos, sociais e culturais, impondo-se para obstar o arbítrio estatal; ii) a Constituição, como normativa fundamental, é dotada de supremacia; iii) o Estado, sendo “antropologicamente amigo”, acata a dignidade da pessoa humana e se empenha na defesa e garantia da liberdade, da justiça e da solidariedade.³ Ademais, os valores que perfazem o qualificativo “democrático” irradiam sobre toda a ordem jurídica, razão pela qual a sociedade de um Estado de Direito “respeita a pluralidade de ideias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade.”⁴

Diante desse panorama, o próprio conceito de Estado fixado na CR determina que as normas constitucionais fundamentem e orientem a aplicabilidade dos preceitos de direito penal: esses últimos extraem daquelas a sua validade, seus limites e o sentido teleológico materializador dos valores, direitos, garantias e liberdades inscritos na *Lex Legum*. Isso considerado, impende o exame do próprio conteúdo da ressignificação hermenêutica operada no art. 234 do CP (cf. Capítulo 5 desta pesquisa), à luz da pauta axiológica dimanada dos princípios de direito penal constitucional, bem como dos princípios constitucionais influentes à matéria penal, todos imbricados com a cláusula do Estado Democrático de Direito.⁵

¹ MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho penal*. Primera parte: teorías generales. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Prólogo y notas de derecho argentino por Ricardo C. Núñez y Ernesto R. Gavier. Buenos Aires: Ediar Sociedade Anónima Editores, 1948. t. I, v. I, p. 126.

² CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p. 82.

³ Nesse sentido: *Ibidem*, p. 81-82.

⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 12. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 120.

⁵ Além de as fronteiras metodológicas desta dissertação não autorizarem a análise exaustiva de cada um dos citados princípios, o próprio recorte epistemológico da pesquisa — cuja ênfase recai sobre o direito penal contemporâneo e não sobre o direito constitucional — impõe, tão somente, a verificação da validade e dos limites do art. 234 do CP à luz daqueles princípios que principalmente podem interferir nesse mesmo diagnóstico. O norte hermenêutico é sempre um: o art. 234 do CP deve estar permanentemente dissociado do arbítrio estatal e inserido no contexto de uma sociedade pluralista, pois somente sob essa ótica o dispositivo se

6.1 O crime de escrito ou objeto obsceno à luz dos princípios constitucionais influentes à matéria penal

Os princípios (ou valores) constitucionais influentes à matéria penal, conquanto não exatamente inerentes ao direito penal, comparecem ao traçado dos seus grandes rumos normativos, pois, segundo Palazzo, “condicionam, com prevalência, o conteúdo, a matéria penalmente disciplinada”.⁶

O princípio do Estado de Direito, porque umbilicalmente conectado ao princípio democrático,⁷ reconduz ao reconhecimento de direitos e liberdades que intervêm, de modo relevante, no direito penal. Destarte, na medida em que a liberdade é valor supremo que deve ser assegurado pelo Estado Democrático (cf. Preâmbulo da CR),⁸ e a dignidade da pessoa humana é instituída como um de seus fundamentos (cf. art. 1º, inc. III, da CR),⁹ cumpre verificar o alinhamento normativo-dogmático do art. 234 do CP, ressignificado do ponto de vista hermenêutico, tanto com a referida base antropocêntrica, quanto com o apontado valor libertário.

6.1.1 A dignidade da pessoa humana e o crime de escrito ou objeto obsceno

O direito de livremente pensar e querer aliado ao de realizar desembaraçadamente a sua vontade¹⁰ permitem que o homem se coloque acima do mundo físico-biológico,¹¹ inserindo-o diante de sua própria responsabilidade: na dimensão da sua particular dignidade e

justificará, na exata medida em que se revelar pautado pelo respeito à dignidade da pessoa e servil à garantia das liberdades.

⁶ PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e o direito penal: um estudo comparado*. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989. p. 23.

⁷ Existe uma íntima e expressa ligação constitucional entre o princípio do Estado de Direito e o princípio democrático. Nesse sentido, assinalam José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira (*Fundamentos...*, p. 85) que o “Estado de direito só o é verdadeiramente enquanto democraticamente legitimado (pela sua formação e pelo seu conteúdo). O Estado democrático só o é genuinamente enquanto a sua organização e funcionamento assentam no direito e não na prepotência”.

⁸ Transcrito no Capítulo 3, item 3.1.7, desta dissertação.

⁹ O dispositivo supracitado já foi transcrito nesta dissertação: cf. nr. 46 do Capítulo 5.

¹⁰ São Bernardo de Claraval (*Opúsculo sobre o livre arbítrio*. Tradução de Tiago Tondinelli. Campinas: Ecclesiae, 2013. p. 26) pregava que “possuímos características comuns com as bestas, mas é justamente o consentimento voluntário que nos diferencia delas, sendo este o hábito da alma e a condição de sua liberdade. [...] O consentimento é necessariamente voluntário, e onde há vontade, há liberdade”.

¹¹ A liberdade e a autonomia da vontade — componentes da autodeterminação — são profundamente conectadas aos seres racionais. Logo, não se pode perder de mira que “as pessoas são dotadas de dignidade, na medida em que têm um valor intrínseco. Deste modo, ressalta Kant, deve-se tratar a humanidade, na pessoa de cada ser, sempre como um fim em si mesmo, nunca como um meio. Adiciona Kant que a autonomia é a base da dignidade humana e de qualquer criatura racional. Lembra que a ideia de liberdade é intimamente conectada com a concepção de autonomia”, segundo dizem Flávia Piovesan e Daniela Ikawa (Segurança jurídica e direitos humanos: o direito à segurança de direitos. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. 2. ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009. p. 54-55).

por decisão de seu exclusivo ânimo, cada um deve ser “árbitro e soberano de si mesmo”,¹² no dizer de Pico Della Mirandola.

Na perspectiva filosófica, a dignidade humana, portanto, conecta-se ao ser humano desde a sua “condição de animal racional, nas diferentes manifestações da razão — especulativa, técnica, artística e ética —, e à consciência, individual e coletiva, dessa sua singularidade no mundo”, assinala Fábio Konder Comparato.¹³

Sob o prisma jurídico-constitucional, Alexandre de Moraes destaca:

O princípio fundamental consagrado pela Constituição Federal da dignidade da pessoa humana apresenta-se em uma dupla concepção. Primeiramente, prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes. Esse dever configura-se pela exigência de o indivíduo respeitar a dignidade de seu semelhante tal qual a Constituição Federal exige que lhe respeitem a própria. [...]. Por fim, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução nº 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10-12-1948, e assinada pelo Brasil na mesma data, reconhece a dignidade como inerente a todos os membros da família humana e como fundamento da liberdade, da justiça e da paz do mundo.¹⁴

O princípio em questão, por conseguinte, vincula tanto o Estado quanto o indivíduo: ambos devem se abster de posturas atentatórias à dignidade humana. Ao Estado, porém, compete assegurar, também por meio de estatutos jurídicos (excepcionalmente limitadores do exercício de direitos), que toda e qualquer pessoa, pelo valor que lhe é inerente, jamais tenha seus direitos e liberdades fundamentais violados por quem quer que seja. Se, por um lado, ao agente deve ser garantida a autorrealização da personalidade, inclusive no plano sexual e da livre expressão, por outro, também ao ofendido devem ser assegurados esses mesmos direitos e liberdades, que não podem ser desvalorizados a despeito da dignidade que lhes fundamenta.

“A dignidade humana identifica: 1. o valor intrínseco de todos os seres humanos; assim como 2. A autonomia de cada indivíduo; e 3. Limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses sociais (valor comunitário)”¹⁵, conforme assinala Luís Roberto Barroso. Esse tríduo balizamento permite afirmar que,

¹² PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni. *Discurso sobre a dignidade do homem*: edição bilingue. Tradução de Maria de Lurdes Sirgado Ganho. Lisboa: Edições 70, 2001. p. 53.

¹³ COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 483.

¹⁴ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 129.

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 72.

juridicamente, a *dignidade humana*¹⁶ abrange o direito à igualdade,¹⁷ o direito à liberdade,¹⁸ o direito à tutela da integridade psicofísica¹⁹ e o direito-dever de solidariedade social.²⁰ Firmando concretude jurídica ao conceito, aduz Perez Luño que “la dignidad humana constituye no solo la garantía negativa de que la persona no va ser objeto de humillaciones, sino que entraña también la afirmación positiva del pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo”.²¹

Ao inserir, no Título VI da sua Parte Especial, a dignidade sexual como objeto de tutela, o CP se conecta diretamente com a dignidade da pessoa humana, pois a dignidade sexual não deixa de ser a dignidade humana particularizada à perspectiva sexual. A propósito, asseguram Alessandra Orcesi Pedro Greco e João Daniel Rassi:

Nesse sentido deve ser entendida a dignidade sexual, especificidade da dignidade da pessoa humana, identificável em dois planos distintos: a dignidade individual, ligada

¹⁶ Nesse sentido: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017.

¹⁷ Segundo José Afonso da Silva (*Curso...*, p. 206), “a igualdade constitui o signo fundamental da democracia”. A interpretação e a aplicação do Direito, por isso, da igualdade nunca prescindem, pois a partir do respeito pela diferença, que deve sobressair, é que resta possibilitada a coexistência pacífica das diversas concepções de vida, que se distinguem e que se unem em razão de uma igual dignidade que há em todas as pessoas (cf., nesse sentido, MORAES. *Danos à pessoa...*, p. 92). Assim é que ninguém pode impor a outrem a obscenidade, a pretexto de que ela corresponde — se é que corresponde — a um mais progressista estilo de vida: ainda nesse caso, o direito fundamental da igualdade, orientado pelo valor supremo do pluralismo, instituiria, como de fato e *de jure* institui, que o confronto com a expressão obscena jamais seria, é ou será uma obrigação, porquanto, sob o enfoque da dignidade humana, o respeito às diversas culturas, inclusive aquelas minoritárias, jamais pode ser olvidado.

¹⁸ Integrado ao valor fundamental dignidade da pessoa humana, “o princípio da liberdade individual se consubstancia, cada vez mais, numa perspectiva de privacidade, de intimidade, de exercício da vida privada. Liberdade significa, hoje, poder realizar, sem interferências de qualquer gênero, as próprias escolhas individuais, exercendo-as como melhor convier” (*Ibidem*, p. 107). Note-se: “numa perspectiva de *privacidade*” (grifo nosso), e não sob o motriz da *alteridade*. Quer isso dizer, no que concerne ao art. 234 do CP, que ao indivíduo deve ser assegurada a plena liberdade de escolher as condições, as circunstâncias e os limites relacionados ao exercício da sexualidade, à percepção e realização do sexo em sua esfera íntima, ao confronto com os temas e situações sexuais. Em suma, todos devem, livres de intromissões de terceiros, poder eleger o quando, o onde, o modo e o com quem querem vivenciar quaisquer tipos de expressões advindas de outra pessoa e que aludem às coisas do sexo, sobretudo quando notabilizadas pela obscenidade.

¹⁹ O interesse de tutela da intimidade sexual — a ser preservada de quaisquer intrusões artificiais, seja pela via do desgosto (repugnância), seja pela via do prazer (excitação sensual) — não é, segundo Rodolfo Venditti (*La tutela penale del pudore e della pubblica decenza*. Milano: Giuffrè, 1962. p. 11), “dissimile dall’interesse a vedersi tutelato contro i turbamenti psicofisici che possono derivare, ad esempio, da un’ingiuria o da minaccia: si trata, certo, di campi diversi, ma non privi, tuttavia, di sostanziali affinità. Oltre tutto, poi, il turbamento di cui stiamo parlando non è soltanto psicofisico, ma ha dirette implicazioni morali, poichè può produrre conflitti tra potente dinamica della sessualità (risvegliata, suo malgrado, dallo stimolo) e le esigenze razionali di ordenato uso di essa”.

²⁰ É importante notar que o direito-dever de solidariedade social se contrapõe (ou sopesa) ao direito à liberdade da pessoa, uma vez que “os direitos só existem para que sejam exercidos em contextos sociais, contextos nos quais ocorrem as relações entre as pessoas, seres humanos ‘fundamentalmente organizados’ para viverem uns em meio aos outros. Não se trata, portanto, de impor limites à liberdade individual, atribuindo maior relevância à solidariedade, ou vice-versa. [...] De fato, a imposição de solidariedade, se excessiva, anula a liberdade; a liberdade desmesurada é incompatível com a solidariedade. Todavia, quando ponderados, seus conteúdos se tornam complementares”. (MORAES, *Danos à pessoa...*, p. 107-108).

²¹ PEREZ LUÑO *apud* GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 69.

ao exercício de sua autodeterminação de vontade sobre a manifestação de sua própria sexualidade e, em outro plano, numa dignidade social (sexual), no sentido de direito ao exercício de coexistência que implica no regime em que há na sociedade um consenso sobre a publicidade da conduta sexual.²²

Tal como hermenêuticamente ressignificado (cf. Capítulo 5 desta pesquisa), o art. 234 do CP confere concretude à dignidade sexual e bem por isso não conflita com a dignidade humana: ao contrário, sanciona-a no plano jurídico-penal. Isso porque, além de efetivar a especial proteção devida às crianças e aos adolescentes e a tutela assegurada às pessoas consideradas vulneráveis (pois a integridade sexual que lhes diz respeito constitui uma das faces do bem jurídico tutelado), é igualmente capaz de materializar o acatamento das opções exercitadas, na ordem do sexual, por adultos portadores de autonomia (pois a salvaguarda da autodeterminação²³ sexual de indivíduos adultos capazes de expressar consentimento jurídico-penal eficaz também constitui — e assim o completa — a outra face do bem jurídico tutelado). Ajustado com essa visão, o art. 234 do CP harmoniza, no seio de uma sociedade pluralista e democrática, os direitos sexuais de todos, permitindo que cada um viva, livre de intromissões indevidas, as particularidades de sua pessoal sexualidade. Reconhecida como elemento importante à autorrealização da personalidade,²⁴ ao direito de liberdade de experiência à própria sexualidade — no modelo exegético ora sugerido — é conferido redobrada deferência: tanto sob a ótica do sujeito ativo quanto sob o enfoque do sujeito passivo. Assim, tal como ressignificado, o art. 234 do CP permite ao agente expressar aquilo que lhe importa no universo sexual, mas desde que respeite a autodeterminação sexual de adultos capazes de consentir, bem como acate a integridade daqueles que a própria lei reconhece inaptos à plenitude da vida sexual em sociedade:²⁵ nada há de inconstitucional nisso.

²² GRECO; RASSI. *Crimes contra a dignidade sexual...*, p. 68.

²³ “A autonomia é o elemento ético da dignidade humana. [...]. A noção central aqui é a de autodeterminação: uma pessoa autônoma define as regras que vão reger a sua vida. [...]. A autonomia pressupõe o preenchimento de determinadas condições, como a *razão* (a capacidade mental de tomar decisões informadas), a *independência* (a ausência de coerção, de manipulação e de privações essenciais) e a *escolha* (a existência real de alternativas). [...]. A autonomia, portanto, corresponde à capacidade de alguém em tomar decisões e fazer escolhas ao longo da vida, baseadas na sua própria concepção de bem, sem influências externas indevidas. Quanto às suas implicações jurídicas, a autonomia está subjacente a um conjunto de direitos fundamentais associados como constitucionalismo democrático”, assevera Luís Roberto Barroso (*A dignidade da pessoa...* p. 81-82).

²⁴ A propósito da liberdade sexual, Woesner ressalta que ela deve ser reconhecida como “fonte de satisfação e autorrealização da pessoa individual, como elemento constitutivo essencial do seu desenvolvimento físico e psíquico” (WOESNER *apud* COSTA ANDRADE, Manuel da. *Consentimento e acordo em direito penal*: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 506).

²⁵ Acentua Maria Celina Bodin de Moraes (*Danos à pessoa...*, p. 106) que “toda e qualquer situação subjetiva recebe a tutela do ordenamento jurídico se e enquanto estiver não apenas em conformidade com o poder de vontade do titular, mas também em sintonia com o interesse social”.

Enfim, de acordo com a ressignificação hermenêutica proposta, o art. 234 do CP compatibiliza-se plenamente com a dignidade humana, porquanto propicia que tal valor seja efetivado na integralidade de suas nuances: o direito à igualdade é observado, pois a sexualidade do agente e do sujeito passivo podem ser equivalentemente exercitadas; o direito à liberdade é igualmente levado em conta, uma vez que a expressão sexual jamais pode ser imposta ou praticada em menosprezo à vontade de outrem; o direito à tutela da integridade psicofísica é também considerado, especialmente em relação às pessoas com idade inferior a 18 anos e àquelas reputadas vulneráveis; e, por fim, o direito-dever de solidariedade social é acolhido, porque não olvida que o exercício da sexualidade deve avaliar o contexto de sua realização.

6.1.2 A liberdade de expressão e o crime de escrito ou objeto obsceno

Isaiah Berlin considera a liberdade sob duas dimensões: na vertente negativa, “a liberdade é a área na qual um homem pode agir sem ser obstruído por outros”;²⁶ sob a ótica positiva, o sentido de liberdade “provém do desejo que o indivíduo nutre de ser o seu próprio senhor”.²⁷ Consideradas essas perspectivas, o autor pondera que a liberdade individual, mesmo nas sociedades mais liberais, não é o único critério — ou mesmo o critério dominante — das ações sociais, pois ela “deve ser pesada contra as reivindicações de muitos outros valores, dos quais a igualdade, a justiça, a felicidade, a segurança ou a ordem pública são talvez os mais óbvios. Por essa razão, não pode ser ilimitada”.²⁸

Não se pode olvidar, ademais, que a necessidade de comunicação interpessoal é ingênita à condição humana.²⁹ Por isso mesmo, o seu atendimento é inalienável à vida em comunidade:³⁰ constitui o pressuposto da cultura, de onde advém tanto a expressão artística,³¹

²⁶ BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. In: _____. *Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios*. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 229.

²⁷ *Ibidem*, p. 236.

²⁸ *Ibidem*, p. 270-271.

²⁹ Tadeu Antonio Dix Silva (*Liberdade de expressão e direito penal no Estado democrático de direito*. São Paulo: IBCCRIM, 2000. p. 443) observa: “nossa condição humana depende da liberdade de expressão e da comunicação interpessoal, intersubjetiva, pois se somos as palavras que contam o que somos, temos de comunicá-las intersubjetivamente com o outro, com a comunidade, para podermos reconhecer nossa própria existência. Não sem razão o étimo de onde surgem a *communicatio* e a *communitas*: seu radical é o mesmo, a *communi*.”

³⁰ De acordo com Zippelius (*Introdução ao estudo do direito*. Tradução de Gercléia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 1), “somos, por natureza, feitos para a vida em comunidade e é apenas por meio dela que alcançamos o pleno desenvolvimento de nossas aptidões. [...]. Nossa inclinação para o companheirismo, a utilização da língua como meio de compreensão e nosso sentido de justiça e de injustiça também correspondem a essa dependência da comunidade”.

³¹ “Se fosse da natureza do homem o não ser ele mais do que um indivíduo, tal desejo seria absurdo e incompreensível, porque então como indivíduo ele já seria um todo pleno, já seria o que era capaz de ser. O desejo do homem de se desenvolver e completar indica que ele é mais do que um indivíduo. Sente que só pode atingir a plenitude se se apoderar das experiências alheias que potencialmente lhe concernem, que poderiam

quanto a própria ciência do direito. Imperativo, portanto, o reconhecimento da liberdade de expressão como um dos mais relevantes direitos humanos, cujo conteúdo — em que pese já não exigir tanta justificação — ainda clama por proteção adequada.³² Todavia, conforme observa Jolivet, “nenhuma consciência humana é um absoluto. A consciência é falível, sujeita a ignorâncias, erros e desvios numerosos. Eis por que devem existir *limites*, não na própria liberdade de consciência, mas na *manifestação exterior do pensamento*”.³³

Sob o prisma jurídico, segundo Baker,³⁴ não é rigorosamente exato considerar a liberdade de expressão como um valor central nos regimes democráticos: mais acertado é reconhecer que a democracia constitui um desdobramento da liberdade de expressão ou, mais especificamente, uma evolução respeitante aos valores da autonomia individual e da igualdade.

Na linha histórica, cabe sublinhar que o art. 11 da Declaração dos Direitos do Homem de 1789 dispunha: “A livre comunicação dos pensamentos e das opiniões é um dos direitos mais preciosos do homem; todo cidadão pode pois falar, escrever, exprimir-se livremente, sujeito a responder pelo abuso desta liberdade nos casos determinados pela lei”.³⁵

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Assembleia Geral das Nações Unidas, proclamada em 10 de dezembro de 1948, e subscrita pelo Brasil nesse mesmo dia, estabelece, em seu art. XIX: “Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.”³⁶ O dispositivo ressalta tanto a perspectiva do emissor quanto a do receptor da expressão: no que se refere ao último, a ele assegura a liberdade de, sem intromissões, acessar informações e ideias.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969) não só se atenta à conformação dual da liberdade de expressão, como também assinala

ser dele. E o que um homem sente como potencialmente seu inclui tudo aquilo de que a humanidade, como um todo, é capaz. A arte é o meio indispensável para essa união do indivíduo com o todo; reflete a infinita capacidade humana para a associação, para a circulação de experiências e ideias.” (FISCHER, Ernst. *A necessidade da arte*. 7. ed. Tradução de Leandro Konder. Rio de Janeiro: Zahar, 1979. p. 13).

³² Bobbio (*A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 24) assinala que “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de *justificá-los*, mas o de *protegê-los*. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”.

³³ JOLIVET, Régis. *Curso de filosofia*. Tradução de Eduardo Prado de Mendonça. 8. ed. rev. Rio de Janeiro: Agir, 1966. p. 404.

³⁴ Cf. BAKER, C. Edwin. Autonomy and hate speech. In: HARE, Ivan; WEISTEIN, James (Ed.). *Extreme speech and democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 146.

³⁵ DECLARAÇÃO dos Direitos do Homem, de 1789 *apud* BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 173.

³⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Paris, 10 dez. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2019.

que o seu exercício, inclusive na seara artística, não pode conflitar com outros direitos fundamentais, abrindo expressamente possibilidade de responsabilização em caso de transgressões. Nesse sentido, o art. 13, itens 1 e 2, do apontado Diploma estatui:

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Este direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda índole, sem consideração de fronteiras, seja oralmente, por escrito ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro procedimento de sua eleição.
2. O exercício do direito previsto no item precedente não pode estar sujeito a prévia censura, senão a responsabilidades ulteriores, as quais devem estar expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar: a) o respeito a todos os direitos ou à reputação dos demais, ou b) a proteção da segurança nacional, a ordem pública ou a saúde ou a moral pública.³⁷

No que concerne ao obsceno diante da liberdade de expressão, cabe assinalar, primeiramente, que, embora seja inegável que a democracia norte-americana valorize, de forma extraordinária,³⁸ a liberdade de expressão, a Suprema Corte dos Estados Unidos, historicamente, tem negado, à luz da Primeira Emenda, imunidade constitucional à expressão obscena, sendo esta a posição vigente.³⁹

No Brasil, a liberdade de expressão é direito fundamental previsto no âmbito da CR (art. 5º, inc. IX⁴⁰), sujeito — também por força de normatividade constitucional — a limitações explícitas (cf. arts. 220⁴¹ e 221⁴²) e implícitas (art. 227, *caput*⁴³). Destarte, conforme acentua Paulo Gustavo Gonet Branco,⁴⁴ “o comportamento não protegido pela liberdade de expressão, que viola direito fundamental de outrem, pode vir a motivar uma pretensão de reparação civil ou mesmo ensejar uma reprimenda criminal”. Assim, muito embora o direito à liberdade de

³⁷ CONVENÇÃO Americana sobre Direitos Humanos *apud* SILVA, José Afonso da. Liberdade de expressão cultural. In: ESTUDOS em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover. Coordenação de Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes. São Paulo: DPJ Editora, 2005. p. 249.

³⁸ A experiência estrangeira ora apontada é pertinente, em razão da sugestão de acolhida do Teste de Miller, tal como discorrido no item 5.1.5.2.1 do Capítulo 5 desta dissertação.

³⁹ “Although some libertarians argue against all types of control based on obscenity, the majority agree that the state has an obligation to protect society, or at least some parts of it, from lewd and indecent publications”, observa Siebert (*Four theories of the press: the authoritarian, libertarian, social responsibility and soviet communist concepts of what the press should be and do*. Chicago: University of Illinois Press, 1984. p. 55).

⁴⁰ O dispositivo supracitado já foi transcrito nesta dissertação: cf. item 2.1 do Capítulo 2.

⁴¹ *Idem*, cf. item 3.1.7 do Capítulo 3.

⁴² *Idem*.

⁴³ *Idem*. Observa Paulo Gustavo Gonet Branco (Direitos fundamentais em espécie. In: MENDES, Gilmar Ferreira Mendes; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 271) que “a Carta brasileira não adotou a fórmula alemã de prever, explicitamente, que a liberdade de expressão possa ser limitada por leis destinadas a proteger a juventude. Isso não impede que, no Brasil, sejam editadas leis, com o fito de preservar valores relevantes da juventude, restringindo a liberdade de expressão. [...] A liberdade de expressão, portanto, poderá sofrer recuo quando o seu conteúdo puser em risco uma educação democrática, livre de ódios preconceituosos e fundada no superior valor intrínseco de todo ser humano”.

⁴⁴ BRANCO. Direitos fundamentais..., p. 279.

expressão artística goze de uma posição privilegiada⁴⁵ (ou preferencial⁴⁶), o seu exercício não é irrestrito. Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet pontua

que também a liberdade de expressão [...] não é absoluta e encontra limites no exercício de outros direitos fundamentais e salvaguarda, mesmo na dimensão objetiva (por via dos deveres de proteção estatal), de outros bens-jurídicos constitucionais, praticamente não é contestada no plano do direito constitucional contemporâneo e mesmo no âmbito do direito internacional dos direitos humanos.⁴⁷

Cabe, pois, desmistificar: o fato de a liberdade de expressão artística não ser passível de censura⁴⁸ não implica seja o seu exercício insubmisso a qualquer possibilidade de limitação legal. Tanto isso é verdade que a colisão de direitos fundamentais, observado um juízo de ponderação⁴⁹ ou uma operação de sopesamento,⁵⁰ calcados um e outro na proporcionalidade, possibilita que a liberdade de expressão seja relativizada.

Considerando que a liberdade de expressão, mesmo no Estado Democrático de Direito, não é um direito absoluto, resta claro que o art. 234 do CPB não é inconstitucional por

⁴⁵ Na Suprema Corte dos Estados Unidos, a posição privilegiada da liberdade de expressão foi taxativamente invocada no julgamento *Roth vs. United States* (354 U.S. 476, 1957), mais precisamente na *dissenting opinion* exarada pelo Mr. Justice Douglas, assim: “The First Amendment puts free speech in the preferred position.” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of The United States. *Roth vs. United States* (354 U.S. 476, 1957). p. 514. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/354/476/>. Acesso em: 26 jan. 2019). João Costa Neto (*Liberdade de expressão: o conflito entre o legislador e o juiz constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 269) explica que “a denominada ‘posição privilegiada’ (*preferred position*) da liberdade de expressão, conforme defendida pelos Justices Willian O. Douglas e Hugo Black, nada mais é do que a atribuição de peso abstrato elevado à liberdade de expressão. [...] Os dois apenas defenderam que as liberdades da primeira emenda da Constituição norte-americana — dentre as quais se inclui a liberdade de expressão — tinham peso maior, por si sós, quando comparadas a outras liberdades, e que isso devia ser levado em consideração ao se decidirem disputas judiciais”.

⁴⁶ Nesse sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais em espécie. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 515.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 512.

⁴⁸ Segundo Ingo Wolfgang Sarlet (*op. cit.*, p. 506-507), “por se tratar de uma noção amplamente compartilhada e em relação à qual existe um alto grau de consenso, a censura que se pode ter como absolutamente vedada pela Constituição Federal, de plano e em qualquer caso, consiste de acordo com a lição de Jónatas Machado, na restrição prévia à liberdade de expressão realizada pela autoridade administrativa e que resulta na proibição da veiculação de determinado conteúdo. [...] O problema de uma definição demasiadamente ampla de censura, como abarcando toda e qualquer restrição à liberdade de expressão, é de que ela acabaria por transformar a liberdade de expressão em direito absoluto, o que não se revela como sustentável pelo prisma da equivalência substancial e formal entre a liberdade de expressão e outros bens fundamentais, pelo menos a dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade”. Por isso, Daniel Sarmento (Comentários ao art. 5º, IX, da Constituição do Brasil. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al.* *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 285) assegura que “nem todo controle exercido sobre a liberdade de expressão configura censura, por mais amplo que seja o sentido atribuído ao termo. A responsabilização civil e a criminal em casos de exercício abusivo desse direito, por exemplo, podem entrar em tensão com os valores subjacentes à liberdade de expressão e operar como fatores de desaquecimento dos debates públicos, [...], mas, nem por isso, elas se qualificam como censura”.

⁴⁹ Nesse sentido: SARMENTO, Daniel. Comentários ao art. 5º, IX..., p. 283.

⁵⁰ Nesse sentido: COSTA NETO. *Liberdade de expressão...*, p. 162.

representar um limite àquele direito fundamental, cujo exercício pode eventualmente ser atenuado se e quando conflitar com outros valores, direitos e liberdades constitucionais.

Releva sublinhar, entretanto, que é o art. 234 do CP que deve ser lido à luz da liberdade de expressão e não o contrário⁵¹ (cf. Capítulo 2, item 2.3, desta pesquisa). Por conseguinte, a eficácia da disposição penal está limitada por aquele direito fundamental, com o descarte dos juízos puramente estéticos ou morais. É por isso que a obscenidade *per se*, segundo a ressignificação hermenêutica ora proposta, não decreta inelutável aplicação do tipo legal.

O exame acurado da CR (empreendido desde a sua interpretação histórica — cf. Capítulo 3 desta dissertação — e atento ao seu sentido sistemático-teleológico) não permite dizer que o reconhecimento do obsceno em determinada expressão motive que ela seja banida do universo das possibilidades comunicacionais, embora não se negue que a obscenidade e a pornografia tenham pouca ou nenhuma relevância na transmissão de informações meritórias ao convívio social.⁵² sustenta-se que essas formas de expressão somente despertam interesse jurídico-penal quando manifestadas em detrimento de outros valores, liberdades e direitos fundamentais.⁵³ Nessa linha argumentativa e de acordo com o quadro epistemológico condizente à ressignificação hermenêutica do art. 234 do CP ora apresentada, a liberdade de expressão não fulmina de inconstitucionalidade o citado dispositivo, porque ele somente é aplicável a partir do momento em que a obscenidade (e/ou a pornografia) servir à expressão

⁵¹ De acordo com Daniel Sarmiento (*op. cit.*, p. 265), “como os demais direitos fundamentais, a liberdade de expressão reveste-se de uma dupla dimensão. Na sua dimensão subjetiva, ela é, antes de tudo, um direito negativo, que protege os seus titulares das ações do Estado e de terceiros que visem a impedir ou a prejudicar o exercício da faculdade de externar e divulgar ideias, opiniões e informações. [...]. Já a dimensão objetiva da liberdade de expressão deriva do reconhecimento de que, além de direito individual, ela acolhe um valor extremamente importante para o funcionamento das sociedades democráticas, que deve ser devidamente protegido e promovido. Esse valor deve se irradiar por todo o ordenamento jurídico, guiando os processos de interpretação e aplicação das normas jurídicas em geral”.

⁵² Ariel Arango defende as “virtudes terapêuticas da obscenidade”, e nesse sentido pontua que “o ser humano tem direito à obscenidade porque tem direito a pensar, sentir e expressar abertamente suas emoções eróticas; [...]”. (ARANGO, Ariel C. *Os palavrões: virtudes terapêuticas da obscenidade*. Tradução de Jasper Lopes Bastos. Revisão da tradução Sergio Molina e Rubia Prates Goldoni. São Paulo: Brasiliense, 1991. p. 161). Embora sem concordar que o obsceno seja balsâmico, esta dissertação tenta demonstrar que a obscenidade somente é um direito de alguém na medida em que o exercício desse mesmo direito não colida com os direitos de outrem.

⁵³ Disserta Ingo Wolfgang Sarlet (Direitos fundamentais..., p. 514): “Dentre as situações mais corriqueiras e que já geraram farta jurisprudência no Brasil e no exterior, incluindo a atuação dos Tribunais internacionais, está a proibição de manifestações (publicações, filmes etc.) de cunho pornográfico e de manifestações culturais e artísticas consideradas ofensivas à moral, aos bons costumes e mesmo à dignidade da pessoa humana e direitos da personalidade de terceiros. Ao passo que as cláusulas gerais como a moral e os bons costumes se revelam como extremamente perigosas para justificar restrições à liberdade de expressão (salvo eventualmente no campo das indicações de faixas etárias, a título de recomendação aos pais de crianças e adolescentes), em geral não se coloca em questão o fato de que a dignidade da pessoa humana, como princípio e direito fundamental, bem como a afetação desproporcional de direitos fundamentais de terceiros, especialmente quando se trata de direitos da personalidade, hão de ser sempre considerados na esfera de uma ponderação à luz das circunstâncias do caso.”

que dolosamente atrita com a autodeterminação sexual de adultos capazes de externar consentimento jurídico-penal eficaz e/ou que, da mesma forma, desrespeita a especial proteção devida à integridade sexual das crianças e adolescentes, e/ou desconsidera a tutela assegurada às pessoas consideradas vulneráveis do ponto de vista do direito penal sexual. Assim, a eficácia do art. 234 do CP irrompe (e aí também encontra limites) sempre que, a partir de um juízo de ponderação, estribado na proporcionalidade e na avaliação das circunstâncias do caso concreto, a expressão obscena se voltar contra bens jurídicos legitimados à proteção jurídico-penal.⁵⁴

6.1.3 O acesso à cultura e o crime de escrito ou objeto obsceno

O art. 215 da CR afirma que: “O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”. O texto constitucional, ademais, estabelece, em seu art. 216, que o patrimônio cultural brasileiro é constituído, entre outros bens, por criações artísticas, obras e objetos destinados às manifestações culturais (cf. incs. II e III).

Seria cômodo dizer que o art. 234 do CP não conflita com citadas disposições constitucionais, sob o pretexto de que a *Lex Legum* garante o direito de acesso à cultura e não à subcultura.⁵⁵ Todavia, esse argumento é objetável, na medida em que retorna ao dissídio estético/moral centrado na possibilidade ou não da existência da obscenidade artística (ou da arte obscena) e da pornografia artística (ou da arte pornográfica), temas que, para além das divergências que suscitam entre filósofos, críticos de arte e até mesmo entre juristas, a rigor, não competem ao direito penal. Admitindo-se a eventualidade do reconhecimento de uma obra artística marcada por conteúdos obscenos e considerando-se a máxima efetividade que deve permear a concretude das cláusulas constitucionais, àquele que quer e que pode comunicar-se com a expressão obscena deve ser garantido o direito de seu desembaraçado acesso.

⁵⁴ Segundo Daniel Sarmiento (Comentários ao art. 5º, IX..., p. 283), “por não envolver o debate de ideias ou a circulação de informações, a pornografia situa-se na periferia do âmbito de proteção da liberdade de expressão, o que importa em proteção constitucional mais fraca em casos de colisão com outros princípios constitucionais. É plenamente admissível, por exemplo, a regulação da pornografia nos meios de comunicação social, com o propósito de proteção de crianças e adolescentes, e até mesmo a proscrição de certos conteúdos cuja produção envolva grave lesão a direitos fundamentais ou a outros interesses constitucionalmente relevantes — *e.g.* filmes envolvendo pedofilia ou zoofilia — sempre mediante um juízo de ponderação, calcado no princípio da proporcionalidade”. Entende-se que a zoofilia pode ser objeto de proibição penal não unicamente pelo tabu que lhe é inerente, mas porque o art. 225, § 1º, inc. VII, *in fine*, da CR dispõe que são vedadas práticas que submetam os animais a crueldade, e o art. 32 da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, prevê pena de detenção de três meses a um ano, e multa, a quem “praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos”.

⁵⁵ No sentido de que materiais obscenos podem constituir produtos da subcultura (mas que, nem por isso, devem ser necessariamente penalmente proibidos), cf. BORINSKY, Carlos. Cinematografía, ley penal y obscenidad. *Doctrina Penal: teoría y práctica en las ciencias penales*, Buenos Aires, v. 9, n. 33/36, p. 99, 1986.

A premissa não varia: o direito fundamental de acesso à cultura somente pode ser vetado e/ou restringido — e, a partir daí, ocasionalmente se correlacionar com o direito penal — se e quando atritar com outros valores, direitos e liberdades constitucionais,⁵⁶ pois desse cerne sobressai o respeito ao pluralismo, cujo fulgor vivifica o princípio democrático. No constitucionalismo brasileiro, os direitos culturais estão intimamente conectados à própria dignidade da pessoa humana,⁵⁷ razão pela qual, no horizonte de uma sociedade harmônica e livre de preconceitos, além de esteticamente neutro, o Estado democrático deve se abster da imposição de uma moral sexual global. Na medida em que o art. 234 do CP, segundo a ressignificação hermenêutica ora proposta, não se presta a incriminar o obsceno *per se* e também não se encarrega de estabelecer sanções consequentes à autorrealização sexual da pessoa, resta patente que ele não atrita com o direito fundamental de acesso à cultura, pois o juízo de reprovação sobre a qualidade estética das formas de expressão permanece relegado às instâncias socialmente designadas para tanto, integrantes do sistema de arte,⁵⁸ bem como ao próprio fruidor, a quem, a partir de seu consentimento eficaz, também fica a cargo a crítica exclusivamente moral da manifestação de pensamento que outrem lhe tenha disponibilizado.

Em síntese, o art. 234 do CP não impede, por um lado e em coerência com a objetividade jurídica que lhe toca, que a pessoa capaz de expressar consentimento penalmente eficaz exerça o direito de escolher quando, onde, como e com quem ter acesso a obras e representações marcadas por conteúdos sexuais, inclusive obscenos; por outro lado, se o citado dispositivo restringe esse mesmo acesso em favor de crianças e adolescentes e de pessoas consideradas sexualmente vulneráveis, apenas o faz para assegurar a proteção jurídica que lhes é devida.

A constitucionalidade do tipo legal é, pois, sob o aspecto ora examinado, inquestionável.

⁵⁶ Pontua Leonardo Martins (Direito constitucional à expressão artística. In: MAMEDE, Gladston; FRANCA FILHO, Marcílio Toscano; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Org.). *Direito da arte*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 45): “Supostas ou reais criações artísticas que impliquem lesão corporal, homicídio, cárcere privado, violência sexual, entre outros, continuam sendo condutas típicas, culpáveis e antijurídicas do ponto de vista penal e, mesmo praticadas em nome da arte, continuam proibidas.”

⁵⁷ “O reconhecimento de um direito fundamental à fruição do patrimônio cultural insere-se na categoria dos chamados ‘novos direitos humanos’.” (MIRANDA, Marcos Paulo de Souza; NOVAIS, Andrea Lanna Mendes. Acessibilidade aos bens culturais: direito humano fundamental. In: SOARES, Inês Virgínia Prado; CUREAU, Sandra (Org.). *Bens culturais e direitos humanos*. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2015. p. 390).

⁵⁸ A história da arte, a crítica de arte, o mercado de arte, as academias de arte, as curadorias de arte, os conservadores de arte, as instituições museológicas etc. correspondem, exemplificativamente, às instâncias aptas ao reconhecimento do atributo artístico de determinada invenção. Nesse viés, acentua Cauquelin (*Arte contemporânea: uma introdução*. Tradução de Rejane Janowitz. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 14) que “há um sistema de arte, e é o conhecimento desse sistema que permite apreender o conteúdo das obras”.

6.2 O crime de escrito ou objeto obsceno à luz dos princípios penais

Os princípios penais — conforme Guillermo Yacobucci — “constituyen en el marco normativo más amplio del orden penal a través de sus funciones constitutivas, legitimadoras, hermenéuticas y garantistas”.⁵⁹

Compondo o núcleo axiológico básico da ordem jurídico-penal e alicerçando o próprio *ius puniendi* estatal, referidos princípios — explícitos ou implícitos, mas sempre deduzíveis da própria Lei Fundamental⁶⁰ — configuram racionalmente e determinam a operacionalidade do sistema de direito penal, inserindo-se tanto em evidência no plano político-criminal (já que divisam as decisões legislativas, justificando e limitando a atividade penal do poder político), como também na instância jurisdicional (na qual adquirem vigência manifesta, validade concreta e eficácia normativa).⁶¹

Se, por um lado, os limites desta dissertação impedem a apreciação exaustiva de todos os princípios constitucionais penais, por outro, o sentido epistemológico da pesquisa determina que a argumentação ressignificadora do art. 234 do CP seja verificada especialmente à luz dos princípios constitucionais penais que, mesmo implícitos, mais diretamente impactam a legitimação da proposta hermenêutica esquadrihada no Capítulo 5 deste estudo.

Muito embora os tópicos seguintes abarquem o problema da expressão obscena como elemento integrante da tipificação, é evidente que o diagnóstico da constitucionalidade ou não do crime previsto no art. 234 do CP, empreendida à luz dos diversos princípios penais instados à pesquisa, não resta adstrita àquela única particularidade: ao contrário, transcende-a até alcançar a dimensão integral do tipo, sem jamais camuflar os eventuais entraves que a presença do elemento obsceno enseja no referido reconhecimento; de toda forma e com efeito, é justamente a superação ou não das aludidas dificuldades que fundamentam as conclusões oferecidas.

Em última análise, o exame a seguir servirá à averiguação da validade e à circunscrição da eficácia do citado tipo legal, nos quadrantes de marcos penais constitucionais sustentáveis.

⁵⁹ YACOBUCCI, Guillermo. *El sentido de los principios penales*. Buenos Aires: B de F, 2017. p. 743.

⁶⁰ Cf. LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 10.

⁶¹ Nesse sentido: YACOBUCCI, *op. cit.*, p. 181.

6.2.1 O crime de escrito ou objeto obsceno sob a compreensão da taxatividade penal

Corolário do próprio princípio da legalidade,⁶² o princípio da taxatividade — consoante Luiz Luisi — expressa “a exigência de que as leis penais, especialmente as de natureza incriminadora, sejam claras e o mais possível certas e precisas”.⁶³

O princípio da *lex certa* (ou da determinação taxativa) comporta dúplice mirada. No plano político, é uma exigência da democracia ao direito penal, que diz respeito ao processo da produção de suas fontes e, nesse sentido, dirige-se ao legislador, cujo dever é formular os preceitos jurídico-penais com máxima clareza; de outro lado, o princípio também enfeixa um sentido individualista-personalista, pois a exigência de precisão na formulação da lei penal, conforme anota Palazzo, “serve à liberdade individual de autodeterminação, a qual pressupõe que o indivíduo possa calcular preventivamente as consequências — também jurídicas — das próprias ações, para então decidir coerentemente sobre seu comportamento”.⁶⁴

A presença do termo “obsceno” como elemento normativo do art. 234 do CP não fulmina de inconstitucionalidade a tipificação. É que a taxatividade, sob pena de impor à lei penal um casuísmo exasperante, não vindica seja o julgador convertido “en un autómata subsumidor, cuya función constituye una pura mecánica silogística”.⁶⁵ Ao contrário, a determinação taxativa não deixa de ser, na perspectiva do equilíbrio entre os poderes, “o lugar hermenêutico no qual o juiz desnuda a própria escolha na concretização da norma ao confrontar tal escolha com as opções legislativas expressas no tipo legal”.⁶⁶ Por isso, as requisições do princípio da *lex certa* têm-se por cumpridas “ainda que o legislador utilize elementos normativos, é dizer, elementos que requerem valorações judiciais. Por exemplo: ‘obscenidade’”, segundo pontua, categoricamente, Bacigalupo.⁶⁷ Redigido com suficiente grau de determinação, o art. 234 do CP está em consonância com o princípio da taxatividade: o obsceno, em acepção jurídico-penal, é sim definível e, além disso, permite aos sujeitos do delito o reconhecimento de seu sentido típico, ao mesmo tempo em que sua significação não é constituída, para o julgador, por um grau de imprecisão insuperável.⁶⁸

⁶² Nesse sentido: PALAZZO. *Valores constitucionais...*, p. 49.

⁶³ LUISI. *Os princípios constitucionais...*, p. 18.

⁶⁴ PALAZZO, Francesco C. O princípio da determinação taxativa da lei penal. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (Org.). *Direito penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 487.

⁶⁵ Cf. CABALLERO, Jorge Frias; CODINO, Diego; CODINO, Rodrigo. *Teoría del delito*. Buenos Aires: Hammurabi, 1993. p. 42.

⁶⁶ PALAZZO. O princípio..., p. 493.

⁶⁷ BACIGALUPO, Enrique. *Direito penal: parte geral*. Tradução de André Estefam. Revisão, prólogo e notas de Edilson Mougenot Bonfim. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 110.

⁶⁸ Destacam Jorge Frias Caballero, Diego Codino e Rodrigo Codino (*op. cit.*, p. 41) que “en la época de Hitler existían incriminaciones totalmente imprecisas como aquella que penaba el ‘comportamiento dañoso al pueblo’

6.2.2 O crime de escrito ou objeto obsceno em cotejo com a exclusiva proteção de bens jurídicos

No modelo de ressignificação hermenêutica ora sugerido (cf. Capítulo 5 desta dissertação), o obsceno somente pode assumir relevância jurídico-penal na perspectiva da lesão ou risco de lesão da dignidade sexual. Por outras palavras, propõe-se não a incriminação simplesmente do obsceno sem mais (o que traduziria ênfase desmedida na dimensão da objetividade material), mas o compromisso com a efetiva tutela de bem jurídico concreto (o que identifica acento na objetividade jurídica, cuja ofensa ou perigo de ofensa conferem legitimidade ao reconhecimento do delito).

“Consistindo a missão do Direito penal na proteção de bens jurídicos, então o injusto penal deve manifestar-se como o menoscabo de um bem jurídico, isto é, como lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico”,⁶⁹ pontifica Roxin. Como consequência dessa concepção, ainda segundo o mesmo autor, “a imoralidade ou a reprovabilidade ética de um comportamento não podem legitimar uma proibição penal, se os pressupostos de uma convivência pacífica não forem lesionados”.⁷⁰

O fato de a Lei Fundamental não mencionar expressamente o conceito de bem jurídico não obsta o reconhecimento do princípio de sua proteção em nível constitucional. Essa, aliás, a posição de Schünemann, que aduz que o princípio da proteção dos bens jurídicos decorre do próprio Estado de Direito e se justifica por regular, ainda que de modo implícito, “a legitimidade dos fins da justiça penal e, com isso, sua delimitação, pois dificilmente se poderá declarar necessário certo instrumento, sem antes ter esclarecido qual o seu fim”.⁷¹

(*volkschädlinge*) y otras. También en la Rusia comunista se penaban delitos de inasible contenido como los de traición, ‘sabotage a la legalidad soviética’, ‘propaganda antisocialista’; incluso las meras ‘intenciones revolucionarias’.” O art. 234 do CP, sobretudo à luz da ressignificação hermenêutica proposta no Capítulo 5 desta dissertação, em nada se parece com isso, pois a aplicação do dispositivo não é e nem jamais será empreendida a partir do emprego da mera *analogia legis*, com forte comprometimento da função de garantia do tipo, como ocorria no nacional socialismo alemão, consoante demonstra profundo estudo sobre o significado ideológico da parte especial do código penal nos (ex)países socialistas não democráticos, da lavra de Sheila Jorge Selim de Sales (Um estudo sobre o significado ideológico da parte especial do código penal nos (ex)países socialistas não democráticos. In: _____. *Escritos de direito penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 45-84).

⁶⁹ ROXIN, Claus. Proteção de bens jurídicos e liberdade individual na encruzilhada da dogmática jurídico-penal. Tradução de Nereu Giacomolli. In: _____. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 39.

⁷⁰ ROXIN, Claus. Que comportamentos pode o Estado proibir sob ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais. In: _____. *Estudos de direito penal*. 2. ed. rev. Tradução de Luís Greco. Organização de Luís Greco e Fernando Gama de Miranda Netto. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 37.

⁷¹ SCHÜNEMANN, Bernd. O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos. Tradução de Luís Greco. In: _____. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coordenação de Luís Greco, vários tradutores. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 51.

O “princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos” é também acolhido na doutrina jurídico-penal pátria; nesse sentido, Francisco de Assis Toledo é textual em assinalar que “a tarefa imediata do direito penal é, portanto, de natureza eminentemente jurídica e, como tal, resume-se à proteção de bens jurídicos”.⁷²

O tradicional modelo exegético pátrio apontava conteúdos marcadamente morais na essência da objetividade jurídica do art. 234 do CP. A ressignificação hermenêutica ora apresentada rompe com esse paradigma e o faz, inclusive, em atenção ao princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos. Por isso, ao indicar que o art. 234 do CP já não se presta exatamente à tutela da moralidade sexual, mas se dedica à proteção da dignidade sexual individual, discernindo, nesse particular, a autodeterminação sexual (para adultos capazes de expressar consentimento jurídico-penal eficaz) e a integridade sexual (em relação às pessoas com idade inferior a 18 anos e àquelas reputadas vulneráveis), a ressignificação hermenêutica proposta no Capítulo 5 desta dissertação maneja o direito penal na perspectiva dos ditames da dignidade e da liberdade da pessoa humana, valores tão concretos quanto imprescindíveis para assegurar condições de vida social harmônica e pacífica, no âmbito do pluralismo democrático.

6.2.3 O crime de escrito ou objeto obsceno na dimensão da lesividade jurídico-penal

O princípio da lesividade (ou da ofensividade) é decorrência do próprio Estado Democrático de Direito⁷³ e correlaciona-se com o primado da legalidade em matéria penal⁷⁴ (art. 5º, inc. XXXIX, da CR⁷⁵). Sem embargo, os fundamentos constitucionais pertinentes ao princípio ora examinado tanto podem ser extraídos diretamente do disposto no art. 5º, XXXV,⁷⁶

⁷² TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 13-14.

⁷³ Nessa esteira, ensina Fernando Galvão (*Direito penal: parte geral*. 10. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018. p. 147): “O modelo democrático de responsabilização impõe observar, ainda, o princípio da ofensividade ou lesividade ao bem jurídico. Segundo esse princípio, somente pode ser objeto de punição a conduta humana que afete outras pessoas (cause dano ou perigo de dano ao bem jurídico-penal). [...]. Como garantia da reserva legal não é apenas uma formalidade, a proteção substancial que o Estado Democrático oferece restringe a responsabilidade criminal aos comportamentos lesivos considerados materialmente típicos. A ideia de estrita legalidade impõe que o comportamento punível seja identificado com o conteúdo material do tipo incriminador.”

⁷⁴ Jorge Frias Caballero, Diego Codino e Rodrigo Codino (*Teoría del delito...*, p. 50) frisam que o *nullum crimen, nulla poena sine inuria*, pertencente à tipicidade, concorre para a garantia da pessoa contra possíveis excessos do poder punitivo do Estado, pois “podría ocurrir — y en efecto ocurre — que incluso un parlamento no autoritario a través de una ley formal *scripta, cierta, stricta y prævia*, prohíba o mande bajo amenaza de pena criminal cualquier cosa. Tenía, pues, razón Mantovani al decir que la mera legalidad sin offensivitat puede servir a cualquier omnipotencia totalitaria. Por ello es imprescindible complementar la legalidad con otro principio”.

⁷⁵ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; [...]”

⁷⁶ “Art. 5º [...] - XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

da Lei Fundamental (inserindo-o em íntima conexão com o bem jurídico-penal),⁷⁷ quanto também podem defluir do direito geral de liberdade (art. 5º, *caput*, da CR)⁷⁸ associado com o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, da CR).⁷⁹

Como já frisado no Capítulo 5, item 5.1.1.3, pela ressignificação hermenêutica ora proposta, a objetividade jurídica do art. 234 do CP condiz tanto com a autodeterminação sexual de indivíduos adultos capazes de expressar consentimento jurídico-penal eficaz, quanto em relação às pessoas com idade inferior a 18 anos e àquelas consideradas vulneráveis, com a integridade sexual que lhes é individualmente assegurada. Essa perspectiva, exposta à luz do princípio da lesividade, determina a inconstitucionalidade do *caput* do art. 234 do CP. Com efeito, tal incompatibilidade com a *Lex Legum* — independentemente da estrutura do delito (*Delikstruktur*)⁸⁰ previsto no apontado dispositivo — não se lastreia na concepção que proclama a ilegitimidade de toda e qualquer infração penal de perigo abstrato;⁸¹ ao contrário, a

⁷⁷ A propósito, leciona Juarez Tavares (*Fundamentos da teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanc, 2018. p. 72-73): “o princípio da lesividade, ou ofensividade, que está consignado no art. 5º, XXXV, da Constituição, dispõe que só poderá ser levado a julgamento perante o Poder Judiciário o ato que constitua uma lesão ou ameaça a um direito subjetivo. A lesão a um direito subjetivo sempre foi inserida como fundamento do direito de punir, desde a formulação de Feuerbach, em 1801. No entanto, em face do próprio desenvolvimento social, a lesão de direito subjetivo foi sendo substituída, na formulação jurídica, pela lesão de bem jurídico, cuja origem é atribuída a Birnbaum, que o enuncia em um alentado artigo publicado em 1834. O bem jurídico, agora, fundamenta e delimita os contornos do princípio da lesividade. Uma vez que o bem jurídico constitui um pressuposto de qualquer incriminação, pode-se dizer que o princípio da lesividade se transmudou em verdadeira regra de atendimento obrigatório. [...]. Esse princípio tem também o objetivo de traçar os pontos essenciais das tarefas conferidas ao Estado. No dizer de Ferrajoli, é ele ‘idôneo para vincular o legislador à máxima kantiana, válida sobretudo no campo penal, segundo a qual a (única) tarefa do direito é a de fazer compatíveis entre si as liberdades de cada um’.”

⁷⁸ O dispositivo supracitado já foi transcrito nesta dissertação: cf. nr. 74 deste Capítulo 6.

⁷⁹ *Idem*, cf. nr. 46 do Capítulo 5. “A lesividade, portanto, nada mais é do que a expressão, no âmbito jurídico-penal, do compromisso constitucional com o direito ao próprio corpo e com o respeito à pluralidade de concepções morais e existenciais. Em uma palavra, a garantia da lesividade é expressão constitucional do direito de liberdade. Está, portanto, situada no dispositivo constitucional que protege, como direito fundamental, a liberdade geral de ação (art. 5º, *caput*, da CF/88), no qual está abarcada a noção de autonomia privada existencial, que, por sua vez, pressupõe a compreensão de pessoa como agente moral capaz de decidir os rumos de sua própria existência (art. 1º, inc. III, da CF/88). O reconhecimento da lesividade como um princípio fincado na Constituição impõe a todos nós um controle argumentativo mais rígido e efetivo dos tipos penais, a partir da ótica da ofensa (abstrata e concreta) ao bem jurídico protegido pelo crime. Estando incorporada no nível hierárquico mais elevado de nosso ordenamento jurídico, a garantia da lesividade sujeita todos os tipos editados pelo Poder Legislativo a controle de constitucionalidade no que concerne à existência efetiva de um bem jurídico e à exigência de lesão (ou de perigo de lesão) provocada pelo comportamento típico.” (RABELO, Galvão; VIANNA, Tulio. O fundamento constitucional do princípio da lesividade no direito brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 26, n. 139, p. 104, jan. 2018).

⁸⁰ Luís Greco (Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, n. 49, p. 135, jul./ago. 2004) adverte que é impróprio confundir a questão do bem jurídico (o que proteger?) com a da estrutura do delito (como proteger: por meio de crime de lesão, perigo concreto ou abstrato?). Destarte, para o autor, não é acertado declarar a inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato *in totum*, como se tal fosse automática decorrência do princípio da lesividade: “tal colocação do problema é falha, por se tratar de um erro categorial”. (*Ibidem*, p. 119).

⁸¹ Considera Fábio Roberto D’Avila (*Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 100, nr. 233): “É sempre oportuno lembrar que, segundo a teoria tradicional, os crimes de perigo abstrato consistem em hipóteses de perigo presumido, *juris et*

inconstitucionalidade se estabelece porque o preceito inscrito no *caput* do art. 234 do CP corresponde a específico caso em que o suposto penal ali formulado está em completa desvinculação à necessidade de ofensa ou de risco de lesão à dúplici objetividade jurídica que legitima o próprio tipo legal.⁸²

Nem ofende, nem se insere, sob risco de lesão aos bens jurídicos tutelados pelo crime de escrito ou objeto obsceno, a mera fatura, importação, exportação, aquisição e guarda de materiais e conteúdos com aquele caráter, empreendidos *simplesmente* para fins de comércio, distribuição ou exposição. Para que o delito em questão se verifique (*i.e.*, para que o princípio da lesividade nele possa ser identificado e efetivamente tocado), é ainda imprescindível, de acordo com o âmbito de proteção da norma e congruente com a objetividade jurídica tutelada no art. 234 do CP (segundo a ressignificação proposta no Capítulo 5, *supra*),⁸³ que o sujeito ativo procure estabelecer o indesejado, inesperado ou indevido⁸⁴ confronto do material obsceno com o sujeito passivo do delito (cf. Capítulo 5, item 5.1.4).⁸⁵

de jure, nos quais basta a mera correspondência formal do fato com a descrição típica. Contra essa compreensão — ao nosso sentir claramente inconstitucional —, são muitas as vozes que se levantam na doutrina especializada, dando origem a diferentes tentativas de (re)construção do ilícito-típico de perigo abstrato.” Em sentido inverso (com o qual concordamos), reluz o posicionamento de Jorge de Figueiredo Dias (*Direito penal*: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2007. p. 144-145): “[...] reconhecer como função exclusiva do direito penal a tutela subsidiária de bens jurídicos não implica limitar a intervenção da sanção criminal apenas aos casos em que se verifique uma *efetiva lesão do bem jurídico*. [...] É assim [...] nos *crimes de perigo concreto*, em que o perigo surge como elemento do tipo de ilícito, [...], mas é-o igualmente nos *crimes de perigo abstracto*, em que o perigo não constitui elemento do tipo, mas somente motivo da proibição penal, [...]. É verdade que não tem faltado contestação à legitimidade, e consequente constitucionalidade, desta espécie de delitos. Mas esta contestação não pode considerar-se procedente.”

⁸² Segundo Schünemann (Ensaio sobre os conceitos de crime e pena e de bem jurídico e estrutura do delito. In: _____. *Direito penal, racionalidade e dogmática*: sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional. Coordenação e tradução de Adriano Teixeira. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 82): “Os delitos de perigo abstrato, todavia, carregam um problema ligado à ideia de Estado de Direito, pois a ação criminalmente proibida pela lei, tipicamente dotada de um alto potencial de perigo, pode se revelar inofensiva em certos casos.” O *caput* do art. 234 do CP corresponde a um desses casos portadores de dificuldades dogmáticas insuperáveis, considerada a matriz constitucional que lhe dá legitimidade.

⁸³ Nesse sentido, cf. Díez RIPOLLÉS, José Luis. *Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras*: la frontera del derecho penal sexual. Barcelona: Bosch, 1982. p. 401 (vide, a propósito, nr. 392 do Capítulo 5 desta dissertação).

⁸⁴ Ou seja, em atentado à autodeterminação sexual de outrem, ou em desconformidade com as normas legais em relação às crianças e adolescentes. As condutas que perfazem atentados à liberdade sexual podem ser categorizadas em cinco modalidades, conforme pontua Díez Ripollés (El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual. *Estudios de derecho judicial*: delitos contra la libertad sexual, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Escuela Judicial, n. 21, p. 225 *usque* 230, 1999): a) as que se realizam vencendo a vontade contrária da vítima, que opõe algum tipo de resistência; b) as que se efetivam contando com um consentimento viciado do ofendido; c) as que se estabelecem com base em um consentimento inválido do sujeito passivo; d) as que se cumprem sem o consentimento do ofendido; e) as que são empenhadas sem dar à vítima oportunidade de manifestar a sua vontade.

⁸⁵ Na medida em que antecipa demasiadamente as fronteiras da proteção penal, o *caput* do art. 234 do CP acaba por se comprometer com interesses supraindividuais (*v.g.*, pudor público, moral coletiva) e com a defesa de concepções éticas globais de índole sexual (as quais não se ajustam às finalidades do direito penal).

Se todos e quaisquer escritos ou objetos obscenos pudessem ser alvo de incriminação, eles jamais poderiam sair da esfera de seu fabricante, importador, exportador etc., para se tornarem acessíveis a outrem, pois fosse suficiente presumir, do ponto de vista penal, que referidos escritos ou objetos inexoravelmente se destinam ao alcance indevido de crianças, adolescentes e pessoas reputadas vulneráveis, então nenhum material ou conteúdo com aquele apontado caráter poderia — para que risco nenhum jamais existisse — ser item de criação, comércio ou exposição, porquanto somente assim essa possibilidade poderia ser eliminada por completo. Para essas hipóteses, todavia, as figuras típicas equiparadas, previstas no § 1º do art. 234 do CP, já cumprem satisfatoriamente a proteção devida aos bens jurídicos tutelados no dispositivo, não havendo, assim, mesmo com a supressão do *caput* do art. 234 do CP, qualquer vácuo normativo a ser reclamado.⁸⁶

Logo se vê, por outro lado, que a inconstitucionalidade por ausência de lesividade em nada e por nada diz respeito a quaisquer dos três incisos previstos no § 1º do art. 234 do CP. É que, ocorrida a publicação, as chances de confronto da expressão obscena com terceiros passa a ser uma realidade que pode ser experimentada com ofensa ou com risco de afronta aos bens jurídicos tutelados nos referidos preceitos penais.

Em suma: em coerência à objetividade jurídica tutelada no tipo legal — sempre de acordo com a ressignificação hermenêutica ora proposta, que enfatiza o bem jurídico *individual* a ser protegido — o nível de antecipação da tutela penal disposto no *caput* do art. 234 do CP não se compatibiliza com o princípio da ofensividade, uma vez que a distância entre a matéria de proibição e as próprias possibilidades do ato lesivo está assentada para além da própria

⁸⁶ A supressão do *caput* do art. 234 do CP não traz nenhum prejuízo à possibilidade de responsabilização jurídico-penal de quem, dolosamente, faz, importa, adquire ou guarda material obsceno para ser comercializado, distribuído ou exposto, visando, justamente, ao acesso indevido por parte de crianças e adolescentes, bem como de vulneráveis, ou em detrimento à autodeterminação sexual de adultos capazes de expressar consentimento jurídico-penal eficaz. Na medida em que o inc. I do § 1º do art. 234 do CP incrimina a venda (*i.e.*, o efetivo comércio) e a exposição à venda, bem como a distribuição e a exposição ao público de escritos, desenhos, pinturas, estampas ou quaisquer objetos obscenos, não há vácuo normativo algum nas possibilidades de responsabilização jurídico-penal de quem, de qualquer modo, praticar tais atos em prejuízo da objetividade jurídica tutelada no tipo legal. Assim, quem incidir em tais condutas pode, perfeitamente, à luz do art. 29 do CP, ser responsabilizado criminalmente — na qualidade de coautor ou partícipe —, pela lesão ou risco de lesão aos bens jurídicos insertos no espectro de legítima tutela do crime de escrito ou objeto obsceno, pois a dicção daquele citado dispositivo não deixa margem de dúvidas quanto a tal viabilidade: “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”. Destarte, dois pontos devem ser considerados: o primeiro aponta para o sentido de que a mera finalidade comercial, de distribuição ou expositiva de materiais obscenos voltada ao atendimento da realização sexual de adultos capazes de expressar consentimento penalmente válido não constitui fundamento suficiente à legitimidade do *caput* do art. 234 do CP, e o segundo estabelece que a finalidade comercial, de distribuição ou expositiva de materiais obscenos voltada às crianças, adolescentes e aos vulneráveis, no âmbito do direito penal sexual pátrio, pode, com a vantagem de estar afinada com a própria culpabilidade, ser suficientemente prevenida e reprimida com base no art. 234, § 1º, inc. I, c.c. art. 29, ambos do CP.

legitimidade da restrição de liberdade implicada: daí o fundamento da exigência da redução do tipo legal, com o reconhecimento da inconstitucionalidade do mencionado preceito.

6.2.4 O crime de escrito ou objeto obsceno do ponto de vista da proporcionalidade

Segundo Carlos Bernal Pulido, “o princípio da proporcionalidade é a restrição das restrições, o limite dos limites aos direitos fundamentais, o critério que condiciona a validade dos limites que o Estado impõe aos direitos fundamentais”.⁸⁷

É incontroverso que o princípio da proporcionalidade, conquanto implícito, permeia toda a matéria constitucional, inclusive com repercussões na ordem jurídico-penal. Embora seja, nesse específico orbe, mais claramente perceptível na seara do dimensionamento das sanções penais,⁸⁸ a proporcionalidade — porque em estreita relação com a próprio conceito de Estado de Direito⁸⁹ — também incide na aferição da própria legitimidade da objetividade jurídica inserta sob proteção penal, atuando não somente como princípio hermenêutico, mas também como critério de controle de constitucionalidade dos atos legislativos.⁹⁰

Considerado esse prisma, cabe reconhecer que a proporcionalidade não deixa de guardar conexão com o princípio penal da exclusiva proteção de bens jurídicos. De acordo com Roxin, existem pontos de partida para a recepção constitucional de uma ideia de proteção penal de bens jurídicos, pois, nas decisões do Tribunal Constitucional alemão sobre a admissibilidade das intervenções jurídico-penais, o Colegiado Excelso lança mão do princípio da proporcionalidade: uma norma penal que não tutela um bem jurídico é ineficaz, além de ser também excessiva porque afrontosa à liberdade dos cidadãos.⁹¹

O art. 234 do CP tanto pode implicar restrição à liberdade de expressão (haja vista o conteúdo dos preceitos primários que compõem o dispositivo), quanto restrição à liberdade em sentido físico (em face da natureza da sanção que corresponde à tipificação). À vista disso, a proporcionalidade deve vir a campo para o exame dos limites dessas mesmas restrições.

⁸⁷ PULIDO, Carlos Bernal. *O direito dos direitos*: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais. Tradução de Thomas da Rosa Bustamante com a colaboração de Bruno Stiegert. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 81.

⁸⁸ Cf., nesse sentido, art. 5º, incs. XLII, XVII, XLIV, e art. 98, inc. I, todos da CR.

⁸⁹ Nesse sentido: SARLET. *Direitos fundamentais...*, p. 225.

⁹⁰ “O princípio da proporcionalidade” — segundo Ingo Wolfgang Sarlet (*Ibidem*, p. 226) — “guarda íntima vinculação com a ideia de um controle dos atos do Poder Público, buscando precisamente coibir excessos de intervenção nos direitos dos cidadãos, evoluindo, todavia, para servir de critério de aferição também da legitimidade constitucional dos atos legislativos e mesmo de decisões judiciais. Não é à toa, portanto, que se fala em uma evolução da reserva legal para uma reserva de lei proporcional, no sentido de que o próprio legislador está vinculado pelo dever de proporcionalidade e com base neste pode ser controlado.”

⁹¹ Cf. ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como missão do direito penal? Tradução de André Luís Callegari. In: _____. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 27.

Da maneira como está posta a ressignificação hermenêutica do art. 234 do CP, não há se falar em vilipêndio ao princípio da proporcionalidade. A afirmativa não deixa de ter lastro no redimensionamento das objetividades jurídicas tuteladas pelo tipo penal, em face do que se consignou no Capítulo 5, item 5.1.1.3, desta dissertação.

Com efeito, por força da redução teleológica operada no âmbito de eficácia do dispositivo, tem-se que nem toda expressão obscena deve ser objeto de incriminação. Quer isso dizer que o modelo exegético ora proposto é integralmente apartado de excessos punitivos, pois, além de não se fundamentar em juízos estritamente estéticos estranhos à funcionalidade do direito penal, já não se compraz com a incriminação de imoralidades *per se*, nem visa à introdução de concepções sexuais globais. Ao contrário, a aplicação do art. 234 do CP parte de limitações constitucionais que consideram que o direito fundamental à liberdade de expressão somente pode ter a sua eficácia restringida em razão da necessidade de proteção e consequente eficácia de outros direitos fundamentais (a dignidade humana articulada com a liberdade em matéria sexual, componentes da autodeterminação sexual de indivíduos adultos capazes de expressar consentimento jurídico-penal eficaz, bem como a proteção respeitante à integridade sexual das pessoas com idade inferior a 18 anos e daquelas consideradas vulneráveis). Em atenção à proporcionalidade, não é a obscenidade mesma que se pune, mas a imposição dela a quem não a quer ou a quem dela não pode fruir.⁹²

Não se pode olvidar, entretanto, que o princípio da proporcionalidade, em sentido estrito, deve ser compreendido sob dúplici aspecto: proibição do excesso (*Übermassverbot*) e vedação da proteção insuficiente (*Untermassverbot*).⁹³

A proibição do excesso decorrente da proporcionalidade não passa inteiramente ao largo do art. 234 do CP, uma vez que o seu *caput* com ela não se compatibiliza. Primeiro porque o dispositivo é *desnecessário*, uma vez que as figuras equiparadas contidas nos três incisos do § 1º do art. 234 já são suficientes para coibir manifestações obscenas que afetem ou insiram a dignidade sexual sob risco, bastando para tanto a aplicação do art. 29 do CP (cf. item 6.2.3 deste capítulo). Depois, porque o excesso que aflora do *caput* do art. 234 do CP é manifesto do ponto de vista da resposta punitiva, pois a escala de sanção penal prevista para a hipótese de mero

⁹² Para Jorge de Figueiredo Dias (*Direito penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2007. p. 138), são desproporcionais, pela inobservância da proibição do excesso, as sanções penais estabelecidas nos domínios dos chamados “crimes sem vítima”, entre os quais arrola o consumo de pornografia. Naturalmente, o autor refere-se à pornografia acessada livremente por adultos capazes à decisão de dela fazer uso.

⁹³ Cf., por todos: BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 60-66.

perigo abstrato está posta em idêntico nível de gravidade àquela referente aos demais supostos elencados nas citadas figuras típicas equiparadas, cuja abstração do perigo não basta ao injusto.

Por outro lado, a ressignificação hermenêutica ora proposta não redundaria em proteção penal insuficiente. Nesse viés, a manutenção das figuras típicas equiparadas opera em favor da tutela devida a valores, direitos e liberdades fundamentais imprescindíveis à paz social, considerado o marco democrático que anima uma sociedade pluralista. Proteção insuficiente, em arrepio à proporcionalidade, haveria se o direito penal não pudesse ser conclamado à defesa da dignidade sexual da pessoa que não quer ou não pode ser confrontada com a obscenidade. Nenhum excesso há, portanto, na conservação das figuras típicas equiparadas, sob o modelo exegético ora sugerido: elas são *adequadas* porque atuam não no conteúdo da expressão, mas apenas na forma como esse conteúdo é publicado (e, assim, a máxima eficácia da liberdade de expressão é atendida); são *necessárias* porque absolutamente restritas à tutela de bens jurídicos que se situam em idêntico patamar de relevância constitucional em que está a liberdade de expressão (a preservação da dignidade sexual exige prevenção à altura, mais eficientemente prestada pelo direito penal que pelo direito administrativo, cuja própria vocação melhor corresponde a abordagens na ordem do coletivo, e não com a aplicação de medidas sancionatórias decorrentes de atentados à liberdade sexual de indivíduos adultos capazes de expressar consentimento jurídico-penal eficaz, ou à integridade sexual das pessoas com idade inferior a 18 anos e daquelas consideradas vulneráveis, sempre individualmente considerados); atendem à *proporcionalidade estrita* porque as penas privativas de liberdade que lhe dizem respeito inserem-nas na órbita de competência dos JECrim, razão pela qual podem, na esmagadora maioria dos casos, ser evitadas por meio da aplicação de medidas justamente concebidas para contorná-las.⁹⁴

6.2.5 O crime de escrito ou objeto obsceno na realidade circundante e a adequação social

A adequação social demarca espaços de liberdade a determinados comportamentos exercitados no pulso da vida social, em cujos domínios torna-se imprópria a incidência do *jus puniendi*; bem por isso, a importância dos critérios na compreensão dos limites concernentes ao art. 234 do CP não pode ser olvidada, sob pena de flagrante descompasso entre a legítima aplicação do direito penal e aquilo que é tido por ajustado, no plano da realidade circundante.

Pontifica Welzel:

⁹⁴ Pelo princípio da proporcionalidade, três regras devem incidir para a consideração de que uma intervenção nas liberdades fundamentais é constitucionalmente legítima: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito (nesse sentido, por todos, cf.: PULIDO. *O direito dos direitos...*, p. 65).

Las conductas socialmente adecuadas no son necesariamente ejemplares, sino conductas que se mantienen dentro de los marcos de la libertad de acción social. [...]. Por esto quedan también excluidas de los tipos penales las acciones socialmente adecuadas, aun en todos aquellos casos que pudieran ser subsumidas en ellos [...].⁹⁵

Partindo-se dessa noção elementar (*i.e.*, a ação socialmente adequada, malgrado sua subsunção formal ao tipo, dele está excluída), cabe reconhecer que, muito embora se pronuncie que o princípio da adequação social não tenha sido suficientemente desenvolvido,⁹⁶ também se diz que ele tem a virtude de tornar evidente “o fato de que o Direito Penal, como mecanismo de proteção social, somente pode punir condutas que frustrem as expectativas sociais para a vida das relações”,⁹⁷ conforme pontua Fernando Galvão.

Nessa dimensão, segundo Francisco de Assis Toledo,

a adequação social se desdobra para alcançar inúmeras situações nem sempre ajustadas a regras éticas. [...]. Delas se exige apenas que situem dentro da moldura do comportamento socialmente permitido, [...] o que, em última análise, como bem observa Mir Puig, se reduz a esta afirmação apodítica: “não se pode castigar aquilo que a sociedade considera correto”.⁹⁸

No contexto da realidade específica afeta ao art. 234 do CP, registram-se vozes na doutrina jurídico-penal pátria no sentido de uma alegada inaplicabilidade do dispositivo, decorrente do desalinho que ele supostamente estabelece com o princípio da adequação social (cf., nesse sentido, Cezar Roberto Bitencourt,⁹⁹ Guilherme de Souza Nucci¹⁰⁰, bem como Celso Delmanto e outros¹⁰¹).

⁹⁵ WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*: parte general. 11. ed. Traducción de Juan Bustos Ramírez y Sérgio Yáñez Pérez. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1970. p. 85.

⁹⁶ Jescheck e Weingend (*Tratado de derecho penal*: parte general. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. renovada, corregida e ampl. Granada: Editorial Comares, S. L., 2002. p. 270) apontam a adequação social como um “princípio relativamente inseguro”.

⁹⁷ GALVÃO. *Direito penal...*, p. 352. É interessante perceber que o referido autor, esquadrinhando a insuficiência da adequação social na tarefa de identificar a relevância social de cada conduta, ensina que “partindo da compreensão do critério de relevância jurídica que constitui a base para a atividade valorativa da imputação objetiva, fornecido pelo princípio da adequação social, deve-se entender os contornos dos subprincípios da insignificância, posição de garantidor e da tolerância social a situações de risco” (*Ibidem*, p. 352).

⁹⁸ TOLEDO. *Princípios...*, p. 132.

⁹⁹ Ao analisar o tipo objetivo do art. 234 do CP, o autor registra que “as condutas que se consideram ‘socialmente adequadas’ — como ocorre com o tipo penal em exame — não podem constituir crimes e, por isso, não se revestem de tipicidade”. (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte especial. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 4, p. 233).

¹⁰⁰ Cf. NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 720. Esse mesmo autor, em edição mais recente de sua obra, proclama a impossibilidade de utilização do art. 234 do CP, por inconstitucionalidade, uma vez que, em seu entender, o dispositivo ofende o princípio penal da taxatividade, além de ferir outros princípios constitucionais, “como a liberdade de expressão, especialmente no seu formato artístico, bem como a liberdade de comunicação social, sem qualquer tipo de censura”. (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*: estudo integrado com processo e execução penal: apresentação esquemática da matéria: jurisprudência atualizada. 14. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 1.103).

¹⁰¹ DELMANTO, Celso *et al.* *Código penal comentado*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 745. Em referida obra — e isso é importante frisar —, consta posição doutrinária que defende a parcial

A questão do “princípio da adequação social”¹⁰² em face do art. 234 do CP já foi enfrentada em sede de jurisprudência, cabendo destacar, *v.g.*, o RHC 15.093/SP, julgado em 16 de março de 2006, no âmbito da Quinta Turma do STJ, cuja ementa do acórdão é a seguinte:

PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. ART. 234, § ÚNICO, I, DO CP. TIPICIDADE. PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL. INAPLICABILIDADE AO CASO CONCRETO.

I - O princípio da adequação social não pode ser usado como neutralizador, *in genere*, da norma inserta no art. 234 do Código Penal.

II - Verificado, *in casu*, que a recorrente vendeu a duas crianças revista com conteúdo pornográfico, não há se falar em atipicidade da conduta afastando-se, por conseguinte, o pretendido trancamento da ação penal.

Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Felix Fischer, que lavrará o acórdão. Votaram com o Sr. Ministro Felix Fischer os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima e Gilson Dipp. Votou vencida a Sra. Ministra Relatora.¹⁰³

Na ocasião, a Ministra Relatora Laurita Vaz, em seu voto, considerou que “o ato de expor e vender revista pornográfica — dentre vários outros com a mesma conotação sexual — se mostra socialmente tolerado e aceito”¹⁰⁴ e, com base no princípio da adequação social, declarou atípico o caso concreto, com a determinação do trancamento da ação penal.

inaplicabilidade do art. 234 do CP, em face do princípio da adequação social; assim: “já antes da CR/88 vinha decrescendo muito a repressão deste delito, em virtude da mudança dos costumes e da maior liberdade concedida pelos antigos órgãos de censura. Com a *abolição da censura* pela nova Carta (art. 5º, IX), a sua repressão penal vem diminuindo ainda mais. Como exemplo, lembramos as salas especiais de cinema autorizadas a exhibir filmes pornográficos; as seções em locadoras de vídeo onde são oferecidos esses mesmos filmes; as películas do mesmo gênero exibidas nas televisões a cabo ou até mesmo em canais normais, só que de madrugada; as *sex-shops* (lojas de objetos eróticos), que apenas não exibem seus artigos em vitrines; as revistas pornográficas vendidas em bancas de jornais, com invólucro opaco etc. Todas autorizadas pelo Poder Público, que recolhe impostos sobre a sua comercialização, e hoje toleradas pela sociedade. Desde que exista discrição, um filtro para que o cidadão que não queira se deparar como o conteúdo pornográfico possa se preservar, o tipo penal deste art. 234 do CP não encontra repercussão penal, inclusive pelo denominado princípio da *adequação social*, que é uma das causas supraleais de exclusão de tipicidade, hoje aceito pela doutrina moderna (SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho Penal*, PPU, Barcelona, 1990, pp. 567-570) e pela própria jurisprudência. Todavia, nos casos nos quais o escrito, desenho, pintura, estampa ou objeto for exposto de forma escancarada ao público, sem nenhum filtro ou advertência às famílias, o tipo penal deste art. 234 continua, a nosso ver, em vigor.”

¹⁰² Ao invés de designar a adequação social como um princípio, Luís Greco (A teoria da imputação objetiva: uma introdução. In: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Tradução e introdução de Luís Greco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 32-33) prefere visualizá-la como “um critério de interpretação: as elementares do tipo devem ser concretizadas de tal maneira que não abranjam fatos socialmente adequados.”

¹⁰³ Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Recurso ordinário em *habeas corpus* nº 15.093/SP. Relatora: Min.^a Laurita Vaz. *Diário do Judiciário*, Brasília, DF, Acórdão de 16 de mar. de 2006, p. 499. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=607725&num_registro=200301774675&data=20060612&formato=PDF. Acesso em: 12 mar. 2019.

¹⁰⁴ Cf. BRASIL, *loc. cit.*

No entanto, a tese da Eminente Ministra Relatora não foi encampada pelos seus pares. Com efeito, o Ministro Felix Fischer inaugurou a divergência e fez constar em seu voto:

Admitir-se como socialmente aceita ou tolerada a conduta consistente em vender revistas com conteúdo altamente pornográfico a crianças em tenra idade (oito e nove anos) seria ignorar o elemento normativo cultural previsto no tipo em análise. Talvez se se estivesse a falar da venda destas revistas a adultos ter-se-ia, aí sim, a correta aplicação do princípio, eis que, nesta hipótese, não se neutralizaria o tipo, porquanto na sociedade brasileira atual pode-se tolerar esta prática, mas jamais tê-la como lícita se a venda se dirigir a crianças, como ocorreu *in casu*.¹⁰⁵

Os demais Ministros da Quinta Turma do referido Sodalício votaram em adesão à apontada dissidência. Assim, restou decidido que o princípio da adequação social não deve ser aplicado indistintamente, devendo a tipicidade material ser casuisticamente aferida.

Do ponto de vista dogmático-penal, a posição assumida pelo Colegiado Superior soa como a mais acertada. Destarte, entende-se que a venda, distribuição, exposição, realização e exibição de materiais e conteúdos obscenos somente entre adultos cujo consentimento jurídico-penal externado é eficaz comportam o reconhecimento da atipicidade penal, justamente fundamentada no princípio da adequação social. Todavia, o diagnóstico da pertinência do citado princípio há de ser manejado à luz das particularidades do caso concreto, pois, em nome da adequação social, não se estabelece uma prévia e integral ablação da tipicidade material do art. 234 do CP, especialmente no que tange às figuras típicas equiparadas (previstas nos incs. I, II e III, do § 1º do citado dispositivo), máxime quando tais supostos vinculem crianças e adolescentes, bem como pessoas reputadas sexualmente vulneráveis, ou, ainda, adultos que não aderiram à fruição da obscenidade apresentada contra ou em menosprezo às suas escolhas.

6.2.6 O crime de escrito ou objeto obsceno como alvo da intervenção penal mínima

Se o modelo exegético tradicional manejado pela doutrina penal pátria quanto ao art. 234 do CP descarta do princípio da intervenção penal mínima,¹⁰⁶ a resignificação hermenêutica operada sobre o referido dispositivo não incide em tal vício, porquanto postula a sua aplicação atenta à visão de que o Direito Penal é *ultima ratio*.¹⁰⁷

¹⁰⁵ Cf. BRASIL, *loc. cit.*

¹⁰⁶ Consoante o magistério de Fernando Galvão (*Direito penal...*, p. 145), “o princípio da intervenção mínima ou da *ultima ratio* significa que a intervenção do Direito Penal deve restringir-se ao mínimo necessário à manutenção da harmonia social”, pois, ainda segundo o autor, “a incriminação só se justifica diante de ataque a bem jurídico considerado relevante, e a apenação, além de ser proporcional ao dano social produzido, deve ser a mínima necessária à realização dos fins de proteção almejados”. (*Ibidem*, p. 146).

¹⁰⁷ Segundo Schünemann (O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal. Tradução de Luís Greco. In: _____. *Estudos de direito penal*, direito processual penal e filosofia do direito. Coordenação de Luís Greco, vários tradutores. São

Indubitavelmente, é contrária ao princípio da intervenção mínima, fundamentador e informador de todo o Direito penal, a normatividade que abarca — conforme ressalta Díez Sánchez — “comportamientos ajenos al sentido de un Derecho Penal moderno dirigido a la tutela de bienes jurídicos esenciales para la sociedad y no la protección genérica de la moralidade sexual coletiva, objeto ambíguo e impreciso como imposible de determinar”.¹⁰⁸ O citado modelo exegético tradicional assimila a moralidade sexual coletiva como o elemento ético-social justificador da tipificação prevista no art. 234 do CP, o que, em definitivo, repercute em acentuados riscos de aplicação disfuncional do dispositivo, considerada a perspectiva minimalista penal. Daí o imperativo de sua negação.

A ressignificação hermenêutica pertinente ao art. 234 do CP, tal como ora apresentada, curva-se às exigências contemporâneas do Direito Penal, comprometido que deve estar com a tutela de bens jurídicos essenciais à convivência social pacífica e somente em casos nos quais a sua interferência seja imprescindível. A mencionada ressignificação, portanto, rompe com a eventualidade de, a partir de incriminações, haja qualquer dirigismo estético por parte do Estado, assim como também refuta a possibilidade de que, por meio do Direito Penal, o Estado imponha concepções sexuais globais, uniformizadas com base no desrespeito ao modo de ser e de agir¹⁰⁹ do indivíduo adulto e apto em empreender suas próprias escolhas, sobretudo quando tais opções íntimas não afetem direitos e liberdades de terceiros,¹¹⁰ sempre individualmente considerados.¹¹¹ Nessa linha, o reconhecimento da autodeterminação sexual

Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 77), “o direito penal representaria a *ultima ratio* de proteção de bens jurídicos de modo que seu emprego para a proteção destes bens deva ser idôneo e necessário, não podendo provocar mais danos que benefícios”.

¹⁰⁸ DÍEZ SÁNCHEZ, Juan José. Los delitos de exhibicionismo y provocación sexual. *Cuadernos de política criminal*, Madrid, n. 37, p. 85, 1989.

¹⁰⁹ Schünemann (Direito penal no Estado Democrático de Direito: o imprescindível nível de racionalidade de sua dogmática e a progressiva propaganda de retrocesso. In: _____. *Direito penal, racionalidade e dogmática: sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional*. Coordenação e tradução de Adriano Teixeira. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 43) acentua que “o contraconceito de bem jurídico é o ‘modo de vida’, que não pode ser imposto por meio do direito penal em um estado democrático de direito”.

¹¹⁰ O princípio do dano social é um limitador destinado à proteção do indivíduo contra o arbítrio dos detentores do poder. Forte nessa premissa, Schünemann considera que referido princípio, enquanto fim do direito penal, transformou-se na hoje usual fórmula da “*ultima ratio* para proteção de bens jurídicos” (cf. SCHÜNEMANN. *Direito penal no Estado Democrático de Direito...*, p. 29). Em seguida, com base em tais considerações, o autor aduz que integra o marco das características decisivas do direito penal moderno o fato de que “apenas lesões à liberdade podem ser punidas e, por isso, um dispositivo jurídico positivo que proíbe penalmente uma ação que não extrapola a própria esfera de liberdade e que não toca a esfera de liberdade (e portanto jurídica) alheia não seria direito, mas sim um injusto”. (*Ibidem*, p. 29-30).

¹¹¹ Sobre a imprescindibilidade da tutela penal da liberdade sexual individual de quem quer que seja, afinada portanto à própria concepção do direito penal como *ultima ratio*, Díez Ripollés (*El derecho penal ante el sexo: límites, criterios de concreción y contenido del derecho penal sexual*. Barcelona: Bosch, 1981. p. 218) é categórico: “La libertad individual, por lo demás, es un bien jurídico que en la sociedad pluralista ha merecido plenamente su consideración como elemento imprescindible para la convivencia social en muy diversos

do indivíduo adulto e capaz (constituída pela dignidade humana conjugada com o direito de exercer livremente a própria sexualidade) e da integridade sexual das pessoas com idade inferior a 18 anos e daquelas reputadas vulneráveis, sempre situadas no plano da objetividade jurídica pertinente ao tipo objetivo, evita que a aplicação do art. 234 do CP seja indiscriminadamente cogitada, pois ela apenas é legítima em situações excepcionais, nas quais o abalo da convivência social é notório e, bem por isso, apto a justificar a presença do Direito Penal à regulação jurídica do caso concreto.¹¹²

Com relação aos sujeitos passivos adultos aptos a externar consentimento jurídico-penal eficaz, há que se destacar: a dignificação da perspectiva individual de tutela penal condicionada à valorização da capacidade humana em tomar decisões consentâneas à própria personalidade no plano sexual apresenta-se como elemento indutor de reducionismo penal, pois obsta o paternalismo estatal que tende a criminalizações situadas além do mínimo apetezido por uma sociedade democrática e plural. Pontua Mariana Malet Vázquez:

La consolidación de la libertad como bien protegido, subraya el interés en que los comportamientos sexuales se desarrollen sobre el presupuesto, a nivel de principio, de que toda persona ejerza la actividad sexual en libertad. Implica un enfoque positivo de la sexualidad, reconociéndola como una de las dimensiones vitales más intensamente relacionadas con la autorrealización personal, lo que justifica la penalización aún en un Derecho penal minimalista, pero con la exclusión en principio, de conductas consentidas.¹¹³

No que tange aos sujeitos passivos com idade inferior a 18 anos e àqueles considerados vulneráveis, a tutela penal que lhes é devida¹¹⁴ também está legitimada pelo princípio da mínima intervenção,¹¹⁵ bastando assinalar que a própria CR determina punições

ámbitos, por lo que no podrá objetarse que con su tutela jurídico-penal en el ámbito sexual se esté protegiendo algo que está más allá de lo verdaderamente necesario para la convivencia.”

¹¹² Forte no magistério de H. L. A. Hart, Natscheradetz (*O direito penal sexual: conteúdos e limites*. Coimbra: Livraria Almedina, 1985. p. 59) acentua que condutas sexuais impostas a testemunhas que não estão dispostas a suportá-la (“thrust upon unwilling eyewitnesses”) são danosas, pois “os indivíduos têm o direito a não serem involuntariamente confrontados com ações sexuais caso não desejem, isto é, sem o seu consentimento, e, se o forem, estar-se-á perante uma ofensa à sua liberdade”.

¹¹³ VÁZQUEZ, Mariana Malet. Apuntes sobre la violencia sexual y su abordaje anacrónico por el Código Penal. *Espacio abierto*: revista del Ciej-Afju, Montevideo, n. 15, p. 82, nov. 2011.

¹¹⁴ Invocando o pensamento de Gimbertnar Ordeig, Natscheradetz (*O direito penal sexual...*, p. 131) registra que referido autor propõe que o direito penal sempre deve intervir na seara sexual em favor da proteção de menores, porquanto, no caso deles, “também se ataca a sua liberdade por não poderem prestar ainda um consentimento válido”. No mesmo sentido, é o pensamento de Díez Ripollés (*El derecho penal ante el sexo...*, p. 214 *et seq.*), que defende que, da mesma forma, é somente a liberdade o bem que se tutela no campo do direito sexual voltado à proteção de menores, pois quanto a eles o direito penal considera que não são ainda capazes de exercer a sua liberdade por lhes faltar a capacidade de análise, decisão e responsabilidade.

¹¹⁵ Luís Augusto Sanzo Brodt (Dos crimes contra a dignidade sexual: a nova maquiagem da velha senhora. *Ciências Penais*: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, São Paulo, v. 7, n. 13, p. 192, jul./dez. 2010) admite legítima a proteção penal, decorrente do art. 234 do CP, em favor de “menores e incapazes”. Igualmente aderindo à justificada presença do citado dispositivo no ordenamento jurídico-penal

severas sempre que condutas sexuais possam transparecer quaisquer formas de abuso ou de violência perpetradas em desfavor de crianças e adolescentes.¹¹⁶

Não se pode, ademais, desdenhar — ainda na perspectiva da *ultima ratio* que notabiliza o direito penal — das relações que podem existir entre matérias eleitas como objeto de incriminação e/ou de sanções administrativas.

Na medida em que, em muitos casos, o controle administrativo é mais severo que o penal,¹¹⁷ inclusive incidindo ordinariamente em uma dimensão tutelar supraindividual,¹¹⁸ “parece, assim, claro que um sistema de controle administrativo não pode substituir a utilização do direito penal, mas apenas complementá-la,¹¹⁹ e que, por vezes, se pode dispensar o controle

pátrio, no tocante à tutela de “pessoas vulneráveis”, cf. ESTEFAM, André. *Crimes sexuais*: comentários à Lei nº 12.015/2009. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 156.

¹¹⁶ Art. 227, § 4º, da CR estabelece: “A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.”

¹¹⁷ Essa dimensão, perfeitamente possível e concretamente verificável, é ressaltada por Tiedemann, consoante registra Schünemann (O direito penal é a *ultima ratio*..., p. 77). Em igual sentido, ao apresentar estudo em que Schünemann encampa essa mesma posição, Luís Greco (Bernd Schünemann, penalista e professor. A propósito desta coletânea. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coordenação de Luís Greco, vários tradutores. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 11) considera que o direito penal é a *ultima ratio* para a proteção de bens jurídicos e reconhece que “isso não significa, ao contrário do que ainda propõe a concepção dominante, que o direito penal seja sempre, automaticamente, o mais gravoso dos ramos do direito e que seja legítimável apenas se subsidiário, uma vez que o direito administrativo sancionador, em muitos casos, restringe a liberdade dos cidadãos de modo muito mais intenso”. Essa concepção dogmática aplica-se, de maneira impecável, aos quadrantes da presente pesquisa, pois, no caso específico das exposições artísticas, v.g., a determinação de suspensão de atividades ou de fechamento da mostra, ou, ainda, em certas hipóteses, a imposição de medidas como confisco ou destruição da obra utilizada à afronta dos direitos e liberdades de terceiros que não quiseram ou que não podiam ser com ela confrontados representam sanções administrativas muito mais graves (com efeitos transcendentais a terceiros que querem e que podem fruir dos conteúdos envolvidos, com repercussões em direitos fundamentais como liberdade de expressão e acesso à cultura) que aquela que decorre ordinariamente da aplicação do art. 234 do CP. Nesse viés prático, não se pode olvidar que, por estar afeto à órbita dos JECrim, o art. 234 do CP não se afina com penas privativas de liberdade, mas com prestações de serviços à comunidade ou outras de natureza pecuniária, caracterizadas por levar em conta tanto a vocação laboral quanto a capacidade econômica do autor do fato (um artista sem renome não será concitado a quitar cifras para ele impagáveis, as quais podem ser irrisórias para um outro artista já consagrado). Ademais, considerando que medidas penais apenas podem se referir a pessoas específicas que comprovadamente se envolveram com a prática de comportamentos proibidos pelo art. 234 do CP, Instituições (públicas ou privadas) que fomentam a arte não restam alcançadas (assim como poderiam no caso de aplicação de sanções administrativas), o que as preserva na linha de atividades promotoras da cultura.

¹¹⁸ A propósito, cabe invocar o magistério de Silva Sánchez (*La expansión del derecho penal*: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 3. ed. ampl. Buenos Aires: B de F, 2011. p. 136-137), quando assevera que “lo decisivo aquí vuelve a ser el criterio teleológico: la finalidad que persiguen, respectivamente, el Derecho penal y el administrativo sancionador. El primero persigue proteger bienes concretos en casos concretos y sigue criterios de lesividad o peligrosidad concreta y de imputación individual de un injusto propio. El segundo persigue ordenar, de modo general, sectores de actividad (reforzar, mediante sanciones, un determinado modelo de gestión sectorial). Por eso no tiene por qué seguir criterios de lesividad o peligrosidad concreta, sino que debe, más bien, atender a consideraciones de afectación general, estadística; asimismo, no tiene por qué ser tan estricto en la imputación, ni siquiera en la persecución (regida por criterios de oportunidad y no de legalidad)”.

¹¹⁹ A lição, com efeito, aplica-se ao campo de análises afeto à pesquisa, como inclusive já restou decidido pelo STJ, especificamente no tocante à proteção da infância e juventude. Nesse sentido, ao examinar caso concreto envolvendo a aplicação do art. 234 do CP, a Quinta Turma do STJ, por maioria, no RHC nº 15.093-SP, decidiu, em 16 de março de 2003 (publ. no *DJ* de 12 jun. 2006), por meio do voto do Ministro Felix Fischer, que “o fato de constar no ECA norma que discipline a forma como estas revistas [pornográficas ou obscenas] devem

administrativo mais facilmente que do que o direito penal”,¹²⁰ conforme aduz Schünemann; a partir dessa mirada referente ao princípio da *ultima ratio*, conclui o autor que “não é sustentável a tese de que o emprego do direito penal é em princípio subsidiário e posterior ao controle por autoridades da administração”.¹²¹ Ao invés disso, Schünemann propõe que a fórmula da *ultima ratio* não se estabeleça “através de tais abordagens globalizantes e simplificadoras”,¹²² mas por meio de casos que, partindo do bem jurídico, considerem a necessidade de sua proteção em contraposição à perda da liberdade de ação, definidora do alcance adequado da proibição penal.¹²³ Em última análise, portanto, o autor defende não a apresentação de um enunciado puramente teórico referente ao princípio da *ultima ratio* do direito penal, mas prefere, ao invés disso, a determinação de contextos que identifiquem a concretização daquele mesmo princípio.¹²⁴

Por seus próprios fundamentos, a abordagem empreendida por Schünemann é a que melhor convence e a que se mostra mais apropriada ao art. 234 do CP. Destarte, sempre de

ser vendidas (art. 78), não impede a interferência do direito penal para regular a questão que ora se apresenta. A uma porque o que se regula no ECA, com a previsão de sanção para o seu descumprimento no referido artigo, não é a venda destas revistas aos menores, mas sim a forma como elas devem ser vendidas, obviamente aos adultos. A duas já que a maioria das condutas reguladas pelo direito penal, inevitavelmente, expande seus efeitos para outras áreas do direito, como ocorre, v.g. nos crimes contra o patrimônio, que, além da previsão de penas no Código Penal, pode haver, ainda, na área cível, a busca pela reparação do dano, assim também como ocorre com os desabamentos, que, muito embora ocasionem sanções penais, em decorrência de mortes ou prejuízos patrimoniais, tem seus efeitos estendidos muitas vezes ao direito administrativo (imposição de multas administrativas). [...]. Por fim, quanto a este ponto, ressalto que a despeito do ECA proibir a venda destas revistas, sem contudo prever qualquer sanção para o seu descumprimento (art. 81), não impede, outrossim, a atuação do direito penal, pois, se assim se entender, chegar-se-ia à absurda conclusão de que tudo o que está disciplinado no ECA — ainda que sem previsão de sanção como no caso — teria o condão de revogar a regulação de condutas criminosas que tivessem como vítima menores. O que, frise-se, seria inadmissível”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso ordinário em *habeas corpus* nº 15.093/SP. Relatora: Min.^a Laurita Vaz. *Diário do Judiciário*, Brasília, DF, Acórdão de 16 de mar. de 2006, p. 499 Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=607725&num_registro=200301774675&data=20060612&formato=PDF. Acesso em: 12 mar. 2019). Seja como for, é importante observar que muitas matérias de interesse jurídico suscitam a imposição de sanções administrativas e penais, simultaneamente, como ocorre nas infrações que incidem na defesa de interesses difusos e coletivos, presentes, v.g., no direito ambiental e consumerista. No caso do art. 234 do CP, é verdade, inexistem providências administrativas à proteção de adultos capazes de consentir validamente do ponto de vista jurídico-penal, mas cogitar apenas delas para a regulação do tema é impróprio, seja porque o bem jurídico tutelado pela norma que se deduz do tipo legítima a aplicação do direito penal e, mais do que isso, a incidência somente do direito administrativo sancionador pode implicar muito maiores restrições a direitos fundamentais que a própria aplicação do direito penal, como apontado na nr. 117, *supra*.

¹²⁰ SCHÜNEMANN. O direito penal é a *ultima ratio*..., p. 78.

¹²¹ *Ibidem*, p. 79.

¹²² SCHÜNEMANN, *loc. cit.*

¹²³ Cf., nesse sentido, SCHÜNEMANN, O direito penal é a *ultima ratio*..., p. 79.

¹²⁴ Nessa esteira, ainda aponta Schünemann (*Ibidem*, p. 89) que “a finalidade e os limites do direito penal encontram-se, [...], tacitamente subjacentes a qualquer constituição de um estado de direito democrático-liberal. [...]. O primeiro princípio material fundamental tem o seguinte teor: o direito penal é permitido apenas como a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos. [...]. É evidente que os conceitos empregados nesta fórmula não possuem caráter classificatório, mas se trata de diretrizes normativas, cujo sentido deve ser desdobrado por meio de uma concretização”.

acordo com os critérios empenhados pelo citado doutrinador, torna-se admissível pontuar que o reconhecimento do bem jurídico individual no art. 234 do CP (reforçada a sua identificação com base no argumento do bem jurídico coletivo aparente — cf. Capítulo 5, item 5.1.1.4, desta pesquisa), a apresentação da hipótese de inconstitucionalidade do *caput* do mesmo dispositivo (preceito que encerra crime de perigo abstrato), bem como a valorização do papel da vítima para a não incidência do apontado tipo penal (a partir do consentimento eficaz, efetivado como renúncia à proteção penal em face de uma obscenidade que está sendo apresentada a adultos capazes) são balizas que integram a ressignificação hermenêutica ora proposta e que se harmonizam à mínima intervenção penal concretizada segundo a perspectiva dogmática enunciada pelo nominado autor.¹²⁵

Em face do novo modelo exegético ora sugerido, não é exatamente a obscenidade que se pune, mas a utilização dela no atentado à dignidade sexual da pessoa, sempre individualmente considerada. Assim posta a questão, o princípio da *ultima ratio* do direito penal resta atendido porque a aplicação do art. 234 do CP, notadamente no que se refere às suas figuras típicas equiparadas, fica restrita à incontroversa necessidade do manejo de tal ramo jurídico, centrada apenas na disciplina de violações ou riscos de ofensas à autodeterminação sexual de indivíduos adultos capazes de externar consentimento jurídico-penal eficaz e à especial proteção devida às crianças e aos adolescentes, bem como à tutela assegurada às pessoas designadas vulneráveis, cuja integridade sexual jamais comporta depreciação ou renúncia.

6.3 Conclusões sobre a constitucionalidade do artigo 234 do Código Penal Brasileiro

O exame dos tópicos precedentes encaminha à possibilidade da tese que afirma a parcial constitucionalidade do art. 234 do CP.¹²⁶ Nos termos do art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999,¹²⁷ inexistente óbice para posicionamento nesse sentido.¹²⁸

¹²⁵ Sobre os grupos de casos que servem à concretização do princípio da *ultima ratio* do direito penal voltado à proteção de bens jurídicos, aplicáveis os contextos ora destacados, cf. o caudal de hipóteses e fundamentos dogmáticos explicitados por Schünemann (*op. cit.*, p. 79-89).

¹²⁶ Diz-se assim porque o STF jamais se pronunciou acerca do tema.

¹²⁷ “Art. 28. [...] Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.”

¹²⁸ Nesse sentido, é textual o magistério de Luiz Guilherme Marinoni (Controle de constitucionalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 1.036) ao proclamar que “parte de um artigo pode ser constitucional e a outra parte não ser”.

Se, por um lado, nenhum dos enunciados que compõem o art. 234 do CP se incompatibiliza com o valor da dignidade da pessoa humana, com a liberdade de expressão e com o direito de acesso à cultura, todos influentes à matéria penal, por outro lado, no universo específico dos princípios constitucionais penais, está claro que o *caput* do referido dispositivo, pelos motivos anteriormente expostos, não se harmoniza com os princípios da lesividade, da proporcionalidade, da adequação social e da mínima intervenção do direito penal.

De fato, na perspectiva do direito penal contemporâneo, dogmaticamente fundamentado no primado da exclusiva proteção de bens jurídicos, e em atenção à própria objetividade jurídica tutelada pelo art. 234 do CP, compreende-se, nos termos da ressignificação hermenêutica ora proposta, que o citado tipo legal seria integralmente inconstitucional, se se dedicasse à incriminação da obscenidade *per se*. Mas não é isso o que ocorre, segundo a concepção da pesquisa: o art. 234 do CP se legitima constitucionalmente na medida em que tutela a autodeterminação sexual de indivíduos adultos capazes de externar consentimento jurídico-penal eficaz, assim como a integridade sexual de crianças e adolescentes e das pessoas apontadas vulneráveis. O reconhecimento dessa dimensão determina o diagnóstico da tese de constitucionalidade das “figuras típicas equiparadas”, previstas nos incs. I, II e III do § 1º do art. 234 do CP, uma vez que os preceitos que as consubstanciam (consoante explicitado) em nada conflitam com os princípios penais constitucionais antes examinados, assim como não se incompatibilizam, sob qualquer aspecto, com os demais termos da CR. É preciso, no entanto, apurar os limites da apontada constitucionalidade.

Entre os princípios instrumentais de exegese da *Lex Legum*,¹²⁹ consta o da “interpretação conforme a Constituição”, verdadeira premissa metodológica e finalística que deve anteceder, no processo hermenêutico, a solução concreta da questão posta.¹³⁰ Segundo Luís Roberto Barroso, tal princípio destina-se “à preservação da validade de determinadas

¹²⁹ Entre os quais, de acordo com Luís Roberto Barroso (*Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a constituição do novo modelo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 339), podem ser listados: a) princípio da supremacia da Constituição; b) princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos do Poder Público; c) princípio da interpretação conforme à Constituição; d) princípio da unidade da Constituição; e) princípio da proporcionalidade; f) princípio da efetividade. É verdade que todos esses princípios cooperam na verificação da compatibilidade do art. 234 do CP com o Texto Maior (v.g., a dúvida em favor da validade da lei, o imperativo de máxima realização dos direitos fundamentais etc.). Porém, na medida em que o “princípio da interpretação conforme à Constituição” é expressamente consagrado na legislação pátria como mecanismo de controle de constitucionalidade (cf. art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/1999), o seu manejo aqui se justifica como forma de explicitar o *modus* exegético, fundamentado do ponto de vista normativo, pertinente aos incs. I, II e III, constantes no § 1º do art. 234 do CP.

¹³⁰ Nesse sentido: BARROSO. *Curso de direito...*, p. 339.

normas, suspeitas de inconstitucionalidade, assim como à atribuição de sentido às normas infraconstitucionais, da forma como melhor realizem os mandamentos constitucionais”.¹³¹

O próprio desenvolvimento da pesquisa demonstrou que as “figuras típicas equiparadas”, componentes do art. 234 do CP, comportam duas possibilidades interpretativas: uma dita “tradicional” — calcada na mera literalidade dos seus enunciados — além de outra, aqui chamada “ressignificada” — atenta a parâmetros hermenêuticos lastreados na apuração dos elementos histórico, sistemático e teleológico, que conferem sentido material às normas deduzidas de cada preceito incriminador.

A interpretação dita tradicional, por se basear em uma objetividade jurídica que homenageia concepções morais globais no terreno da sexualidade (em arrepio ao valor supremo do pluralismo social, irrenunciável ao Estado Democrático de Direito), não se afina integralmente ao Texto Maior; desde essa ótica, a tese de inconstitucionalidade dos aludidos preceitos não deixa de se apresentar como possível. No entanto, essa não é a única possibilidade exegética concernente aos incs. I, II e III, previstos no § 1º do art. 234 do CP; com efeito, o modelo ora proposto, “ressignificado”, por observar o mandato de eficácia que norteia a concretude dos valores, direitos e liberdades fundamentais, tomando-o como ponto de partida à determinação dos limites cognitivos e de aplicação das normas penais, abre, em favor das figuras típicas equiparadas — e sem redução de texto alusivo a quaisquer dos preceitos — uma concreta via de harmonia com a CR. Calha, novamente, o magistério de Luís Roberto Barroso:

Como técnica de interpretação, o princípio impõe a juízes e tribunais que interpretem a legislação ordinária de modo a realizar, de maneira mais adequada, os valores e fins constitucionais. Vale dizer: entre interpretações possíveis, deve-se escolher a que tem mais afinidade com a Constituição. [...]. Como mecanismo de controle da constitucionalidade, a interpretação conforme a Constituição permite que o intérprete, sobretudo o tribunal constitucional, preserve a validade de uma lei que, na sua leitura mais óbvia, seria inconstitucional. Nessa hipótese, o tribunal, simultaneamente, *infirm*a uma das interpretações possíveis, declarando-a inconstitucional, e *afirma* outra, que compatibiliza a norma com a Constituição. Trata-se de uma atuação “corretiva”, que importa na declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto.¹³²

Assentadas essas premissas, resta sublinhar a perspectiva constitucional pela qual os incs. I, II e III do § 1º do art. 234 do CP devem ser conformados no tocante à validade e aos limites que lhes dizem respeito. Nesse sentido, insta acentuar que a CR vigente, escaudada dos arbítrios que nublavam os amplos horizontes que devem se estender diante da liberdade de expressão, inadmite, no plano da juridicidade, que avaliações marcadas pela subjetividade

¹³¹ BARROSO. *Curso de direito...*, p. 341.

¹³² *Ibidem*, p. 342.

estética impeçam o potencial comunicativo da arte. Além disso, a licença à expressão artística, incômoda que possa ser em certas ocasiões, somente pode ser confinada por outros valores, direitos e liberdades assegurados na Lei Fundamental: aquilo que se reputa estritamente imoral ou unicamente feio jamais pode ser, pelos predicados que lhe revestem, objeto de proibição penal, em detrimento da liberdade artística. Esse, decididamente, é o espírito da interpretação que deve imperar *conforme a Constituição*, alusivo às figuras típicas equiparadas ao crime de escrito e objeto obsceno.

As possibilidades hermenêuticas que se oferecem à exegese dos incs. I, II e III, constantes no § 1º do art. 234 do CP, não se esgotam na interpretação literal, tradicionalmente conferida aos mencionados preceitos incriminadores. Com efeito, superando-a e com a vantagem de estar ajustado à máxima efetividade do art. 5º, inc. IX, da CR, figura ainda o modelo de interpretação ressignificado — crítico e antropocêntrico — que nega ao pudor público (ou à moral coletiva) o *status* de bem jurídico resguardado pelas apontadas tipificações penais. Simultaneamente, esse mesmo modelo, reconhece, com todos os seus consectários constitucionais, a autodeterminação sexual de adultos capazes de expressar consentimento jurídico-penal eficaz, além da integridade sexual assegurada às crianças e adolescentes e às pessoas consideradas vulneráveis, como interfaces da dual objetividade jurídica concernente àquelas disposições penais (pois, em quaisquer de seus flancos, ela é invariavelmente digna de tutela no âmbito de legítimo alcance das normas dedutíveis das figuras típicas equiparadas).

Em síntese: a hipótese que ora se apresenta — corolário da ressignificação hermenêutica proposta nesta pesquisa — é a que anuncia a *inconstitucionalidade* do *caput* do art. 234 do CP, bem como o imperativo de *interpretação conforme a Constituição, sem redução de texto*, a ser manejado *em relação aos incs. I, II e III do § 1º* daquele mesmo artigo.

7 O DEVER DO ARTIGO 234 DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO, SOB O ENFOQUE POLÍTICO-CRIMINAL

Se os capítulos precedentes analisaram o art. 234 do CP *de lege lata*, o presente, balizado pelo enfoque político-criminal, dedica-se a examiná-lo, sob a perspectiva *de lege ferenda*. Conforme observam Sheila Jorge Selim de Sales e Ariosvaldo de Campos Pires:

As constantes reformas legislativas, em matéria penal, bem demonstram que ele não é alheio aos fenômenos e transformações sociais. Essas reformas são ditadas por motivos de conveniência e ordem prática. Obedecem a necessidades de ordem social, para resolver problemas contingentes derivados de novas formas de aparecimento da criminalidade, de adotar novas medidas para a melhoria do sistema (ou extinguir existentes), da necessidade de aumentar ou diminuir as sanções previstas. Modernamente, são inspirados na política criminal [...] os processos de criminalização e de descriminalização, procurando indicar soluções para tais problemas.¹

O atual momento histórico revela uma fase de transição no que diz respeito ao enfrentamento do delito de escrito ou objeto obsceno. É que, se, por um lado, os preceitos que lhe correspondem chegam a ser hipertrofiados (jamaís tendo sido, desde a sua edição, há quase 80 anos, objeto de qualquer reforma), por outro, o anteprojeto que visa a instituir o novo Código Penal, em trâmite no Senado Federal, promove a sua *abolitio criminis*.

Se a manutenção dos enunciados do referido tipo legal soa anacrônica e hiperbólica, chega a ser óbvio que o art. 234 do CP não comporta reforma expansionista. Inversamente, se a apresentação de representações obscenas postas em afronta ou em menosprezo à autodeterminação sexual de adultos pode ser, muitas vezes, ofensiva, e se, além disso, a CR compromissa-se com a especial proteção, inclusive no plano sexual, das crianças e dos adolescentes, ressaí manifesto que, no atual estágio histórico, a ab-rogação do art. 234 do CP não é socialmente adequada e tampouco plausível, sob a perspectiva jurídica.

7.1 O anteprojeto do novo Código Penal e o crime de escrito ou objeto obsceno

Apresentado no Senado Federal em 16 de junho de 2011, o Requerimento nº 756, subscrito pelo Senador Pedro Taques, solicitava “a constituição de Comissão de [sete] Juristas com a finalidade de elaborar [em 180 dias] projeto de Código Penal adequado aos ditames da

¹ SALES, Sheila Jorge Selim de; PIRES, Ariosvaldo de Campos. Alguns movimentos político-criminais da atualidade. *Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 42, p. 295-296, 2003.

Constituição de 1988 e às novas exigências de uma sociedade complexa e de risco”.² Na sua justificação, o aludido requerimento destacava:

Em contraste com uma dinâmica social cada dia mais veloz, globalizada e tecnológica, nosso atual Código Penal é oriundo do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, com revisão de sua parte geral pela Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, o que revela um notável grau de atraso e falta de sintonia com as exigências contemporâneas de segurança e proteção da população. Com efeito, se, de um lado, o Direito comumente anda a reboque da evolução social, de outro, o legislador deve sempre estar atento para a necessidade de atualização dos preceitos normativos, sob pena de se gerar injustiça e falta de efetividade das normas, o que se torna dramático na seara penal, que trata da proteção dos maiores bens jurídicos do ser humano: a vida e a liberdade. [...]. Como consequência, a tutela do Direito se desloca de um lugar da não-intervenção estatal para o lugar da proteção coletiva da sociedade, tendo a dignidade da pessoa humana como valor central do sistema jurídico.³

Aprovado o requerimento em 10 de agosto de 2011, foi formada e instalada, em 18 de outubro daquele mesmo ano,⁴ a Comissão de Juristas⁵ “criada para elaborar o anteprojeto do novo Código Penal”.⁶

² BRASIL. Senado da República. Requerimento nº 756, de 2011. Requer, com base no art. 374, parágrafo único, do Regimento Interno do Senado Federal, a constituição, pelo Senado, de uma comissão de 7 (sete) juristas para, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, elaborar projeto de Código Penal adequado aos ditames da Constituição de 1988 e às novas exigências de uma sociedade complexa e de risco. *Diário do Senado Federal*, Brasília, DF, 17 jun. 2011. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/100768>. Acesso em: 3 jul. 2018.

³ *Ibidem*, p. 1-2.

⁴ BRASIL. Senado da República. Comissão de juristas. Lista de presença 1ª reunião 18 de outubro de 2011. *Diário do Senado Federal*, Brasília, DF, 18 out. 2011. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3502809&disposition=inline>. Acesso em: 3 jul. 2018.

⁵ O Requerimento nº 756, de 2011, foi aditado, em 22 de agosto de 2011, pelo Requerimento nº 1.034 (subscrito pelo Senador José Sarney), que solicitava que a Comissão de Juristas criada para elaborar o anteprojeto do novo Código Penal fosse composta por 15 juristas, tendo sido aprovado em Plenário. (BRASIL. Senado da República. Requerimento nº 1.034, de 2011. Solicita, em aditamento ao Requerimento nº 756, de 2011, que a Comissão de Juristas criada para elaborar o anteprojeto do novo Código Penal seja composta por 15 membros. *Diário do Senado Federal*, Brasília, DF, 22 ago. 2011. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/101731>. Acesso em: 3 jul. 2018).

⁶ Foi instituído, como presidente da referida Comissão, o Ministro Gilson Langaro Dipp (do STJ e ex-Corregedor do Conselho Nacional de Justiça), tendo sido designado, como seu relator-geral, o Dr. Luiz Carlos dos Santos Gonçalves (Procurador Regional do Estado de São Paulo). A subcomissão encarregada pela elaboração da nova Parte Geral era integrada pelos Drs. René Ariel Dotti (na qualidade de Relator), Emanuel Messias Oliveira Cacho, José Muiños Piñeiro Filho, Marcelo André de Azevedo e Maria Thereza Rocha de Assis Moura; a subcomissão responsável pela análise da Parte Especial contava com a presença dos Drs. Juliana Garcia Belloque (a figurar como Relatora), Antônio Nabor Areias Bulhões, Marco Antônio Marques da Silva, Luiz Flávio Gomes, Luiza Nagib Eluf e Tércio Lins e Silva; por fim, a subcomissão investida ao exame da Legislação Extravagante tinha como membros os Drs. Tiago Ivo Odon (nomeado Relator), Gamil Föpel El Hireche, Luiz Gonçalves, Marcelo Leal Lima Oliveira e Marcelo Leonardo. A Comissão de juristas ainda contou com a colaboração da Juíza Federal Salise Monteiro Sanchotene, sendo que a Ministra Maria Thereza Rocha de Assis Moura, do STJ, e o advogado René Ariel Dotti pediram, antes da conclusão dos trabalhos, afastamento da Comissão (BRASIL. Senado da República. Comissão de Juristas encarregada de elaborar o Anteprojeto de Código Penal. *Diário do Senado Federal*, Brasília, DF, 18 out. 2011. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3502836&disposition=inline>. Acesso em: 3 jul. 2018).

Em 27 de junho de 2012, houve a apresentação do relatório final,⁷ no qual foi destacado que as tarefas da Comissão se dedicaram a:

a) modernizar o Código Penal; b) unificar a legislação penal esparsa; c) estudar a compatibilidade dos tipos penais hoje existentes com a Constituição de 1988, descriminalizando condutas e, se necessário, prevendo novas figuras típicas; d) tornar proporcionais as penas dos diversos crimes, a partir de sua gravidade relativa; e) buscar formas alternativas, não prisionais, de sanção penal.⁸

Coube à Dra. Luiza Nagib Eluf articular a Exposição de Motivos pertinentes aos “Crimes contra a dignidade sexual”; quanto ao art. 234 do CP vigente, fez constar:

Crimes contra a liberdade sexual: atualização, revogação e criminalização. Poucos títulos do Código Penal se mostram tão defasados em face das práticas e necessidades de proteção social atuais como o dos crimes contra a dignidade sexual. Embora o texto de 1940 tenha recebido modificações pontuais, elas não foram suficientes para honrar o nome atual do título — crimes contra a dignidade sexual — permanecendo, como sombra, o nome antigo, talvez mais revelador da ideologia de tipificação ali encontrada: crimes contra os costumes. A proposta da Comissão, portanto, é fortemente descriminalizadora, propondo a supressão dos crimes de “violação mediante fraude”, art. 215, “mediação para satisfazer a lascívia de outrem”, art. 227, “casa de prostituição”, art. 229, “rufianismo”, art. 230, “ato obsceno”, do art. 233 e “escrito ou objeto obsceno”, art. 234.⁹

Após pouco mais que sete meses de trabalhos, em nome da mencionada Comissão de Juristas, o Ministro Gilson Dipp entregou ao Senado Federal o anteprojeto de reforma do CP, no qual destacou “o esforço de adaptar as normas penais à Constituição de 1988”,¹⁰ bem como a firme opção empenhada no sentido de

descriminação de condutas cuja gravidade social tenha sido ou vem sendo consideradas incompatíveis com a manifesta precariedade das instalações prisionais do país, reservando o rigor e o peso das sanções graves aos delitos de notável repercussão social ou econômica, ou de segurança pública.¹¹

Em 9 de julho de 2012, o anteprojeto de reforma do CP aportou finalmente ao Senado Federal, passando a ser designado “Projeto de Lei do Senado nº 236” (PLS nº 236, de 2012), que “institui novo Código Penal”. De autoria do Senador José Sarney e, atualmente, sob

⁷ BRASIL. Senado da República. Relatório final. Inclui o histórico dos trabalhos, o anteprojeto do novo Código Penal e a exposição de motivos das propostas efetuadas. 18 jun. 2012. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3503133&disposition=inline>. Acesso em: 7 jul. 2018.

⁸ *Ibidem*, p. 3.

⁹ *Ibidem*, p. 321.

¹⁰ BRASIL. Senado da República. Discurso Ministro Gilson Dipp – Entrega do relatório, p. 3. Disponível em: <http://www6g.senado.leg.br/busca/?portal=Atividade+Legislativa&q=discurso+gilson+dipp>. Acesso em: 7 jul. 2018.

¹¹ BRASIL, *loc. cit.*

a relatoria do Senador Rodrigo Pacheco,¹² o referido PLS foi publicado no *Diário do Senado Federal* nº 106, de 10 de julho de 2012 (p. 33.259 *usque* 33.448).¹³

Na “Justificação” do anteprojeto do novo Código Penal, o Senador José Sarney destacou que a “legislação penal vigente há muito não representa as práticas sociais de um povo que sofreu inúmeras transformações”¹⁴ e, sob esse espírito geral, afirmou que os preceitos normativos devem espelhar os valores de uma sociedade democrática, razão pela qual “a Constituição de 1988 necessita de um ordenamento jurídico penal que a ela corresponda”.¹⁵

A exemplo do atual CP, o PLS nº 236, de 2012, mantém o novo Código Penal dividido em Parte Geral (art. 1º ao 120) e Parte Especial (art. 121 ao 541); ademais, seu art. 543 enuncia, expressamente, todas as disposições legais que, sob a sua vigência, serão revogadas.¹⁶

Tipificados no Título IV da Parte Especial do anteprojeto do novo Código Penal, os crimes contra a dignidade sexual constam entre os seus arts. 180 a 189; nesse mesmo rol, inexistem, em razão da total descriminalização anunciada, qualquer preceito correlato ao art. 234 do CP em vigor:¹⁷ aliás, o termo “pudor” sequer consta no citado PLS, e uma única remissão à obscenidade nele prevista está inserida no tipo legal derivado que agrava a pena do delito de “Escravidão”.¹⁸ Impende destacar que, em seu Título XVI - Crimes contra os direitos humanos (arts. 458 *usque* 503), o anteprojeto do novo Código Penal institui os chamados “Crimes contra grupos vulneráveis”, previstos no Capítulo VI, cuja Seção IV tipifica os crimes contra crianças

¹² Já figuraram também como relatores do PLS nº 236, de 2012, na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, o Senador Vital do Rêgo, que, por força de fim de legislatura, deixou o encargo, bem como o Senador Antonio Anastasia, cujo *munus* foi encerrado por força de redistribuição (BRASIL. Senado da República. *Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012 - (novo Código Penal)*. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>. Acesso em: 7 jul. 2018).

¹³ BRASIL. Senado da República. Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012 - (novo Código Penal). Reforma do Código Penal Brasileiro. *Diário do Senado Federal*, Brasília, DF, p. 33.259 *usque* 33.448, 10 jul. 2012. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?codDiario=11731&paginaDireta=33259#diario>. Acesso em: 20 jul. 2019.

¹⁴ BRASIL, *op. cit.*, p. 33.445.

¹⁵ *Ibidem*, p. 33.446.

¹⁶ O art. 543 do anteprojeto do novo Código Penal revoga expressamente e na íntegra, entre outros diplomas legais, o CP vigente e a LCP, assim como os arts. 225 a 244-B do ECA.

¹⁷ Cf. “Quadro Comparativo” elaborado pelo Serviço de Redação da Secretaria-Geral da Mesa do Senado, cujos termos explicitam o cotejo direto estabelecido entre as disposições constantes da legislação penal vigente e o PLS nº 236, de 2012. (BRASIL. Senado da República. *Quadro comparativo do Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012* (projeto do novo Código Penal). Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3515658&disposition=inline>. Acesso em: 7 jul. 2018).

¹⁸ “Art. 462. Exercer sobre alguém qualquer poder inerente ao direito de propriedade, ou reduzir alguém à condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto: Pena - prisão, de dez a quinze anos. Parágrafo único. Se a escravidão tiver finalidade libidinosa ou obscena, a pena será aumentada de um terço até a metade.” (BRASIL. Senado da República. Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012. Segunda Parte. Anteprojeto de Código Penal. *Diário do Senado Federal*, Brasília, DF, p. 33.416, 10 jul. 2012. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?codDiario=11731#diario>. Acesso em: 20 jul. 2019).

e adolescentes, situados entre os arts. 488 *usque* 503.¹⁹ A partir do art. 493 até o art. 498, os delitos ali tipificados, a exemplo do que se verifica no ECA, exigem que crianças e adolescentes participem efetivamente da situação sexual a ser coibida, ou que a cena de sexo explícito ou pornográfica lhes seja apresentada com o fim de praticar ato libidinoso.²⁰

Há, pois, no tocante à disciplina jurídico-penal referente à publicação das representações obscenas, um copioso vácuo normativo situado entre o CP vigente e o anteprojeto do novo Código Penal.

7.2 Crítica ao abolicionismo do artigo 234 do Código Penal Brasileiro

No anteprojeto do novo Código Penal, constam, em suma, três argumentos para justificar a descriminalização do art. 234 do CP: *i*) a imprescindibilidade de uma legislação penal atualizada em relação aos valores fundamentais irradiados pela Constituição; *ii*) a abolição de tipos penais desnecessários; *iii*) a precariedade das condições carcerárias do país.

A rigor, porém, nenhuma dessas considerações serve de justificativa à *abolitio criminis* do apontado tipo legal. Quanto ao último deles, basta assinalar que, sendo de menor potencial ofensivo, o art. 234 do CP certamente não contribui para o problema levantado, pois, no âmbito dos JECrim, a aplicação prioritária de penas não privativas de liberdade é uma determinação do art. 62 da Lei nº 9.099/1995.²¹ Quanto aos demais argumentos, umbilicalmente conectados, os tópicos a seguir servirão ao contraponto.

¹⁹ BRASIL. Senado da República. Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012 - (novo Código Penal). Reforma do Código Penal Brasileiro..., p. 33.426 *usque* 33.430.

²⁰ O PLS nº 236, de 2012, praticamente reedita os crimes do ECA, embora o faça com acréscimo das respectivas rubricas. Destarte, os preceitos primários dos tipos previstos nos arts. 493 (Fotografia ou filmagem de cena de sexo), 494 (Venda de fotografia ou vídeo com cena de sexo), 495 (Divulgação de cena de sexo), 496 (Aquisição ou posse de arquivo com cena de sexo), 497 (Simulação de cena de sexo) e 498 (Assédio de criança para fim libidinoso) do PLS nº 236, de 2012, repetem, respectivamente, as disposições contidas nos arts. 240, 241, 241-A, 241-B, 241-C, 241-D, todos previstos no ECA e com redação dada pela Lei nº 11.829, de 25 de novembro de 2008; a única ressalva, a rigor, diz respeito ao art. 496, § 2º, inc. I, que emprega a expressão “servidor público”, em substituição a “agente público”, prevista no art. 241-B, § 2º, inc. I, do ECA. De outra parte, os preceitos secundários dos referidos tipos, previstos no Anteprojeto, são mais brandos que aqueles correspondentes na Lei nº 8.069/1990, na medida em que, no Estatuto, os delitos apontados, sem exceção, também são apenados com multa, que passa a ser abolida no novo Código Penal Brasileiro. Ademais, não custa destacar que, em suas “Disposições gerais” relativas ao tema, o art. 502 do citado Anteprojeto define “cena de sexo explícito ou pornográfica” em termos idênticos aos consubstanciados no vigente art. 241-E do ECA, enquanto que o art. 503 estabelece que “Para efeitos penais, considera-se criança a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade”. (BRASIL. Senado da República. Relatório final..., p. 188 *usque* 191).

²¹ Suponha-se que alguém seja detido pela prática do crime do art. 234 do CP. Conduzido à Delegacia de Polícia, firmará compromisso de comparecimento à audiência preliminar, na esfera dos JECrim, e, em seguida, o indivíduo será solto. Na referida audiência preliminar, desde que reúna os requisitos legais para tanto, ao autor do fato será apresentado, nos termos do art. 76 da Lei nº 9.099/1995, o benefício da transação penal, cujo cumprimento acarreta a extinção da punibilidade. Mas, se, por hipótese, o autor não aceitar o benefício ou este lhe tenha sido negado, não sendo o caso de arquivamento dos autos, será então denunciado pelo Ministério

7.2.1 Irrenunciabilidade do tipo legal pela ótica da sua objetividade jurídica

A “Exposição de Motivos” do anteprojeto de novo Código Penal não omite a pretensão de eliminar da ordem jurídico-penal brasileira qualquer tipificação que salvguarde o direito de alguém livremente escolher, sob proteção estatal, o “quando”, o “se”, o “modo”, o “onde” e o “com quem” situar-se diante de materiais e atividades obscenas, realizadas por outrem.²²

Considerando que essa solução não se afina com o entendimento de que a dignidade da pessoa humana deve fulgurar como valor central no sistema jurídico — tal como consignado no requerimento que engendrou o PLS nº 236, de 2012 (cf. item 7.1 deste capítulo) — os termos da ressignificação hermenêutica ora proposta mais se justificam, na medida em que não incorre nem no recrudescimento do tratamento jurídico-penal referente à matéria, nem tampouco no radicalismo abolicionista que desprotege, inteiramente, a dignidade sexual do indivíduo submetido a indesejado ou inapropriado confronto com as obscenidades: em postura de matiz moderado, assinala postura reducionista em relação ao ponto, harmônica à efetividade dos valores, direitos e liberdades fundamentais.

Assim é que o reexame exegetico do art. 234 do CP aponta como sujeito passivo desse mesmo delito já não mais a coletividade, mas o indivíduo concreto (cf. item 5.1.4 do Capítulo 5 desta pesquisa). Sublinhar esse ponto não implica entoar loas ao desnecessário paternalismo estatal: apenas se assinala que, no delito, a *pareja criminal* deve ser integralmente considerada.²³ Se a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa

Público, mas contará com outro préstimo legal: a suspensão condicional do processo, prevista no art. 89 daquela mesma lei. Imaginando-se, no entanto, que o benefício tenha sido inviável e o processo tenha chegado até uma sentença condenatória, nem por isso o cárcere se imporá. A pena a ser aplicada poderá ser somente multa, ou, desde que não seja assim, a pena privativa de liberdade (de detenção), uma vez que o crime não envolve violência à pessoa, poderá ser substituída por restritiva de direitos, nos termos dos arts. 43 *usque* 48 do CP. Desde que inviável essa substituição, a pena aplicada poderá, ainda, ser suspensa, nos termos do art. 77 do CP. Considerando que o *sursis* não possa ser oferecido ou venha a ser revogado, a pena de detenção a ser cumprida o será, em razão do máximo cominado, em regime aberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea “c”, do CP, desde que o condenado não seja reincidente; caso o seja, a pena será inicialmente cumprida em regime semiaberto, sujeita à progressão de regime, desde que, mediante a abstenção de desvios disciplinares, o condenado venha a cumprir 1/6 (um sexto) do total da reprimenda (art. 112 da Lei de Execução Penal - LEP). Antes do término da execução da pena, no entanto, outras medidas — como livramento condicional, conversões, comutações e indultos — poderão ser aplicadas, com a potência de minimizar, elidir e até mesmo extinguir o cumprimento da pena privativa da liberdade. Como se vê, a possibilidade de efetivo cumprimento, *in carcere*, de pena decorrente da aplicação do art. 234 do CP é, na prática, quase inexistente.

²² Em reflexão dedicada ao crime de “ato obsceno”, mas que também se aplica integralmente ao art. 234 do CP, Tadeu Antônio Dix Silva (*Crimes sexuais: reflexões sobre a nova Lei nº 11.106/2005*. Leme: J. H. Mizuno, 2006. p. 345) reconhece que “a ab-rogação deste delito sem quaisquer restrições, assim, deixaria ao desamparo a proteção da pessoa contra determinadas condutas que reclamam a tutela penal — como o ato de masturbar-se em frente de alguém ou praticar relações sexuais perante um homem ou uma mulher — eis que vêm a ferir sua liberdade no âmbito da sexualidade”.

²³ “El crimen, a pesar de lo denotado por Derecho penal formal, es una dualidad indivisible, puesto que un protagonista sin el otro no puede existir. En Derecho penal no debe haber delito sin víctima ni víctima sin

do Brasil, se a liberdade é princípio estruturante do Estado Democrático de Direito (e a conjugação daquele valor com esse princípio compõe a autodeterminação sexual) e se a especial proteção devida às crianças e adolescentes é uma questão jurídico-social relevante, o reformador do CP não poderia abstrair, por completo, a vítima do fenômeno criminal, no âmbito da citada tipificação.²⁴

7.2.1.1 A efetividade e a proteção da dignidade da pessoa humana como deveres estatais

Compete ao Estado o cumprimento dos deveres voltados a “efetivar e a proteger”²⁵ a dignidade da pessoa humana, valor fundante que lhe comparece como “limite e tarefa”.²⁶

Simultânea e permanentemente, o Estado deve tanto se abster de violar, ele próprio, a dignidade da pessoa humana, quanto pode e deve atuar, por todos os meios jurídicos legítimos, em prol da efetiva tutela da dignidade da pessoa humana.²⁷ Conforme Ingo Wolfgang Sarlet, “sustenta-se, com razão, que a concretização do programa normativo do princípio da dignidade da pessoa humana incumbe aos órgãos estatais, especialmente, contudo, ao legislador, encarregado de edificar uma ordem jurídica que atenda às exigências do princípio”.²⁸

delito. Por tanto, el crimen es una variable de excepción que permite enfocar los procesos sociales que llevan a él desde distintos ángulos científicos”, resalta Germán Aller (*El derecho penal y la víctima*. Buenos Aires: B de F, 2015. p. 241).

²⁴ É importante frisar que os tipos legais previstos nos arts. 493 a 498 do Anteprojeto do novo CP (que praticamente reiteram os arts. 240 a 241-D do ECA) não tutelam, como deveriam, crianças e adolescentes que, não participando da obscenidade, sejam diretamente confrontados com ela.

²⁵ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*: na Constituição Federal de 1988. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 132.

²⁶ Cf. *Ibidem*, p. 131.

²⁷ “A diferencia de la obligación de los poderes públicos de respetar la dignidad humana, deber que se contrae, según la actual inteligencia de la Constitución, a una pretensión omisiva, esto es, un obrar negativo que se agota en que dichos poderes no violen la dignidad del particular, de la obligación de protegerla, se desprende un reclamo activo al Estado, o sea, un actuar positivo, el cual, sin embargo, nuevamente debiera quedar limitado a la defensa frente a ataques a la dignidad del hombre producidos al margen de la esfera estatal. Para todos los casos en que la pretensión de respecto es atacada desde la esfera externa al Estado (sea por individuos particulares, colectivos sociales o Estados extranjeros), ella, en consecuencia, tiene que implicar una pretensión, también dirigida al Estado, al obrar positivo de defensa. [...]. Sin embargo, la tutela jurídica y la protección de bienes jurídicos, aseguradas e impuestas por el gobierno en un Estado de Derecho, aparecen como la lógica concreción de la básica función tutelar del Estado, impuesta a favor del individuo a todos los poderes públicos con la obligación de proteger la dignidad humana”, pontifica Maihofer (*Estado de derecho y dignidad humana*. Traducción directa del alemán por el Dr. José Guzmán Dalbora. Buenos Aires: B de F, 2008. p. 33-35).

²⁸ SARLET. *Dignidade da pessoa...*, p. 132. O autor ainda lembra, na nr. 343 (situada na mesma página em que consta a lição colacionada *supra*), que “é justamente a partir do reconhecimento de deveres gerais e específicos de proteção por parte do Estado contra atos de outros particulares violadores da dignidade e dos demais direitos fundamentais, que expressiva doutrina vem sustentando, pelo menos, uma eficácia indireta dos direitos fundamentais no âmbito das relações entre particulares, já que apenas o poder público é destinatário dos deveres de proteção. Nesse sentido, paradigmaticamente, C. W. Canaris, *Grundrechte und Privatrecht*, p. 33 e ss”. De fato, a publicização da expressão obscena, no âmbito do art. 234 do CP, sempre se dá de um para outro particular, uma vez que o Estado não pode cometer crimes; assim, em proteção à dignidade da pessoa humana e na esfera da citada tipificação, o Estado desempenha relevante papel ao dar efetivo cumprimento em seu dever de coibir lesões e atentados à autodeterminação sexual da pessoa: como Estado-legislador, por ter

Na medida em que a autodeterminação sexual é bem jurídico derivado da dignidade sexual e, por conseguinte, da própria dignidade humana, é perfeitamente desejável, do ponto de vista jurídico, que o Estado cumpra seu dever de conferir efetividade e proteção àquele valor fundante por meio da edição de leis penais que anunciem e demarquem aos indivíduos os limites de suas liberdades e da convivência social em assuntos concernentes ao sexo. Com efeito, é indubitável que o art. 234 do CP integra esse mesmo horizonte, tornando notório, por conseguinte, que o próprio intento de eficácia dos direitos fundamentais que gravitam em torno do tipo não autoriza a sua cabal abolição.²⁹

7.2.1.2 A autodeterminação sexual como objetividade jurídico-penal

No Capítulo 5 desta dissertação, restou demonstrado que uma das dimensões do bem jurídico que legitima o art. 234 do CP é a autodeterminação sexual, inerente a adultos capazes de externar consentimento penalmente eficaz. Epistemologicamente, cabe assinalar os fundamentos constitucionais que erigem citado objeto de tutela penal e, em seguida, proceder ao exame de suas justificativas dogmáticas, que o alinham ao espírito do sistema penal.

7.2.1.2.1 Fundamentos constitucionais

Na medida em que a liberdade de pensar, de escolher e de agir é intrínseca à dignidade humana — um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, inc. III, da CR)³⁰ e, por isso mesmo, essencial à autenticidade do Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, da CR)³¹ — o respeito à autodeterminação é, sem dúvida, valor irrenunciável no plano das relações sociais, inclusive aquelas que perpassam o campo da sexualidade, considerada, sobretudo, na dimensão da alteridade que lhe é inerente. A reboque, a tutela penal, nessa seara, deve se erigir sem vácuos ante a incontroversa magnitude do valor que se lhe embasa.

previsto tipo legal idealmente competente a prevenir o crime, e como Estado-Juiz, por atuar na repressão de condutas atentatórias àquele bem jurídico e, novamente, ainda como Estado-Juiz, por também colaborar na prevenção do delito, em razão da pena aplicada ao infrator da norma.

²⁹ De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet (*Dignidade da pessoa...*, p. 134), “a própria eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares — ainda que em condição de tendencial igualdade (e, portanto, de igual liberdade) — tem encontrado importante fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, sustentando-se, neste contexto, que — pelo menos no que diz com seu conteúdo em dignidade — os direitos fundamentais vinculam também diretamente os particulares nas relações entre si, sendo — na esfera deste conteúdo — irrenunciáveis, já que, à evidência, e, como bem lembra Jörg Neuner, em termos de uma eficácia vinculante da dignidade, ‘não importa de quem é a bota que desferiu o chute no rosto do ofendido’.”

³⁰ O dispositivo supracitado já foi transcrito nesta pesquisa: cf. nr. 46 do Capítulo 5.

³¹ *Idem*.

A partir do valor supremo da “harmonia social”, inscrito desde o Preâmbulo da CR³², a liberdade é reconhecida como direito fundamental (art. 5º, *caput*)³³ que se desdobra na garantia de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, inc. II); além disso, ainda no rol dos direitos fundamentais, ademais da “igualdade” (art. 5º, *caput*)³⁴, a *Lex Legum* inscreve que “ninguém será submetido [...] a tratamento desumano e degradante” (art. 5º, inc. III) e que “são invioláveis a intimidade, a vida privada e a honra” das pessoas (art. 5º, inc. X). Deriva dessa realidade uma noção elementar: à pessoa humana deve ser garantido o direito de escolher se quer ou não se envolver em contextos sexuais e, nessa esteira, com expressões de caráter obsceno. O confronto com expressões desse naipe deve sempre ser opcional: não fosse assim, o direito de manifestar expressão obscena seria incontrastável, como também seria absoluta a licença para a lesão à dignidade humana,³⁵ situada no plano sexual. Em nome do pluralismo e da aversão ao preconceito, valores supremos instituídos no Preâmbulo da CR, não se justifica toda espécie de comportamentos sexuais, pois a segurança, o bem-estar e a igualdade são também valores de mesma envergadura, imprescindíveis à formação de uma sociedade fraterna fundada na harmonia social. Nessa medida, Renato de Mello Jorge Silveira acentua:

Mesmo em se considerando as muitas variações de uma sociedade pluralista, devem-se impor freios, também penais, a alguma sorte de condutas que venham a agredir a liberdade de percepção sexual, o que equivaleria, em termos, a uma consideração sobre a autodeterminação sexual de alguém.³⁶

Em suma, a obscenidade que se manifesta por intermédio de comportamento perpetrado contra ou em menosprezo a autodeterminação sexual de outrem não deixa de ser, ainda que praticada em nome da liberdade de expressão artística, forma de vilipêndio à dignidade humana, cabendo acentuar que, segundo Maihofer, “en toda violación de ésta se trata nada menos que la destrucción de la personalidad del hombre o de la ruína de la solidaridad

³² Cujá transcrição consta no item 3.1.7 do Capítulo 3 desta pesquisa.

³³ O dispositivo supracitado já foi transcrito nesta pesquisa: cf. item 3.1.7 do Capítulo 3.

³⁴ *Idem*.

³⁵ Richard Posner (Arte erótico, pornografía y desnudez. In: MacKINNON, Catharine A.; POSNER, Richard. *Derecho y pornografía*. Introducción de María Mercedes Gómez. Traducción de Isabel Cristina Jaramillo. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Facultad de Derecho; Universidad de los Andes, 1996. p. 127) considera que “los estados deberían tener la libertad de prohibir las exhibiciones de cuerpos desnudos, aun las que no son obscenas, para los transeúntes que no desean verlas. Tales exhibiciones afectan a los otros; sin duda, imponen costos no obstante su carácter no pecuniario y, si tienen algún valor, lo mantienen aún si se restringen a sitios cerrados, además los sitios cerrados no imponen costos — de todos modos, costos directos — porque a nadie se le obliga a ver la exhibición en contra de su voluntad”.

³⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes sexuais*: bases críticas para a reforma do direito penal sexual. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 379.

entre los hombres”.³⁷ Daí que falha o PLS nº 236, de 2012, em abdicar de dispositivo que cumpra as funcionalidades do art. 234 do CP, pois, sob sua tutela penal, consta bem jurídico cuja proteção é essencial — e, portanto, irrenunciável — à convivência social harmônica e pacífica, característica do Estado Democrático de Direito.

7.2.1.2.2 Perspectiva dogmático-penal

Em um Estado Democrático de Direito, consoante Roxin, “o direito penal deve garantir os pressupostos de uma convivência pacífica, livre e igualitária entre os homens”;³⁸ mas isso não é tudo: aquele mesmo Estado deve fazê-lo, ainda em conformidade ao pensamento do mesmo autor, “sob a garantia de todos os direitos humanos”.³⁹ Destarte, nos termos do funcionalismo penal concebido por Roxin, o conceito de bem jurídico-penal é, portanto, enucleado a partir de “circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento estatal que se baseia nestes objetivos”.⁴⁰ Nesse contexto, a proporcionalidade aparece como importante princípio para a recepção constitucional da ideia de proteção de bens jurídicos, em sede de legitimação dos tipos penais.⁴¹

Ocorre que a íntegra do princípio da proporcionalidade é composta de duas faces indecomponíveis e que se conjugam: a que institui a proibição do excesso (*Übermassverbot*) e a que determina a vedação da proteção insuficiente (*Untermassverbot*).⁴² Nessa perspectiva, a igualdade e a liberdade, cuja efetividade é capital para uma convivência pacífica e cristalizadora de todos os direitos humanos, também devem ser concretamente asseguradas ao sujeito passivo do art. 234 do CP. Desse modo, o direito penal atua em consonância com o dever de proteção do bem jurídico “autodeterminação sexual”, cujas raízes se constituem desde a matriz constitucional, a partir da dignidade da pessoa humana e do primado da liberdade, que com aquele fundamento se conecta.

Diretamente derivada da dignidade humana, a dignidade sexual é inscrita como objetividade jurídica passível de tutela penal, nos expressos termos da epígrafe constante no

³⁷ MAIHOFFER. *Estado de derecho...*, p. 140.

³⁸ ROXIN, Claus. Que comportamentos pode o Estado proibir sob ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais In: _____. *Estudos de direito penal*. 2. ed. rev. Tradução de Luís Greco. Organização de Luís Greco e Fernando Gama de Miranda Netto. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 32.

³⁹ ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como missão do direito penal? Tradução de André Luís Callegari. In: _____. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 17.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 19.

⁴¹ *Ibidem*, p. 26-27.

⁴² Nesse sentido: BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 60-66.

Título VI da Parte Especial do CP. Por conseguinte, a autodeterminação sexual está compreendida nesse mesmo âmbito de proteção jurídico-penal, e, considerando que o art. 234 do CP também tutela, justamente, aquele mesmo bem jurídico, o tipo legal não é supérfluo. Sociedade livre e harmônica, que respeita os direitos humanos, é aquela em que a autodeterminação sexual se erige como bem jurídico assegurado a todos e não somente ao indivíduo que, por inaptidão ao convívio democrático, deseja impor a sua expressão sexual em detrimento do consentimento de outrem. Além disso, a própria concretude da autodeterminação sexual denota que atentados e lesões que lhe digam respeito aviltam a dignidade e a liberdade da pessoa, inseridas no grave plano da sexualidade, dado suficiente à legitimidade da tutela penal renunciada no PLS nº 236, de 2012.

7.2.1.3 A especial proteção devida à criança e ao adolescente

O art. 227, § 4º, da CR é enfático: “A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.”

Dois pontos daí se destacam: i) ao determinar punição severa ao abuso, à violência e à exploração sexual praticados em desfavor da criança e do adolescente, a CR convoca, de forma clara, o Direito Penal, porquanto nele é que vigem as punições mais severas do ordenamento jurídico; ii) ao serem indevidamente⁴³ confrontados com a expressão obscena, crianças e adolescentes poderão estar sendo sexualmente abusados, ou, a depender das circunstâncias,⁴⁴ poderão estar sendo sexualmente violentados, segundo a lógica gradual do desvalor inerente ao injusto.⁴⁵

Sob qualquer perspectiva, a total eliminação do art. 234 do CP, como pretende o PLS nº 236, de 2012, redundaria em inadmissível debilitação do referido mandamento

⁴³ Poderiam estar sendo adequadamente expostos à expressão vincadamente sexual, v.g., pessoas com idade inferior a 18 anos que estivessem, na forma da lei, estudando-a (solução, aliás, proposta pelo art. 529 do *Código Penal italiano* — cf. tópico 2.2.2.3 do Capítulo 2 desta pesquisa). Da mesma forma, desde que cumpridas as exigências estabelecidas na normativa administrativa que regulamenta o acesso de crianças e adolescentes a obras, programas, publicações e espetáculos públicos, a exposição também não seria indevida (cf. Portaria nº 1.189/2018 do Ministério da Justiça, nos termos em que foi mencionada nos itens 5.1.1.2, 5.1.4.2.1 e 5.1.4.2.2.2 do Capítulo 5 desta pesquisa).

⁴⁴ V.g, mediante violência, ameaça, coação, constrangimento físico e moral, confinamento forçado (em local público ou acessível ao público), completa indiferença ao descontentamento ou desespero externados etc.

⁴⁵ Nas figuras delitivas sexuais, há níveis de afetação da vontade, segundo observa Carlos M. Gonzalez Guerra (*Delitos contra la libertad sexual: delimitación de intimidación o amenaza como medio coactivo*. Buenos Aires: B de F, 2018. p. 269): “la falta de consentimiento aparece como requisito suficiente para la existencia del abuso sexual y como requisito necesario — no suficiente — para la existencia de agresión sexual. Sin embargo, en este último caso el segundo nivel de afectación de la voluntad está dado justamente por la existencia física o intimidación.”

constitucional, em prejuízo à especial proteção devida a crianças e adolescentes, cuja tutela que, no ordenamento jurídico-penal brasileiro, deve se instalar isenta de lacunas.

7.2.1.4 Síntese do tópico

A par da magnitude axiológica que caracteriza a objetividade jurídica tutelada pelo art. 234 do CP e da própria imprescindibilidade da segurança que deve ser garantida à convivência pacífica no marco do pluralismo social de um Estado Democrático de Direito, outro ponto não pode escapar à refutação dos argumentos justificadores da abolição do art. 234 do CP: a supressão do dispositivo penal deixaria integralmente a descoberto o trecho de realidade civilizatória que assegura às pessoas em geral o direito de não se verem confrontadas com objetos, representações, cenas e sons sexualmente obscenos em todo lugar e a todo momento. Cada ser humano merece respeito em sua dignidade sexual: eis um imperativo que deve ser assegurado a todos, como condição indelével à coexistência, pois essa dimensão vital não se perdeu pelo desuso e, sob esse aspecto, CP e CR não estão em dissonância.

É equivocado supor que o art. 234 do CP seja supérfluo ao argumento de que desempenha função jurídico-penal já efetivada por outras figuras delitivas.

Conquanto seja verdade que no CP (arts. 215-A,⁴⁶ 218-A,⁴⁷ 218-C⁴⁸ e 233,⁴⁹ este também alvo de *abolitio criminis* pelo PLS nº 236, de 2012) e no ECA (arts. 240, 241, 241-A, 241-B, 241-C e 241-D)⁵⁰ constem tipificações semelhantes ao art. 234 do CP, os preceitos são inconfundíveis e, bem por isso, não conflitam nem se sobrepõem.

O cotejo das mencionadas disposições demonstra, se iluminado pelo princípio da especialidade⁵¹ (apto à solução do conflito aparente de normas penais), que o crime de escrito ou objeto obsceno cumpre funcionalidade própria, cuja relevância deve ser preservada, pena de vácuo jurídico-penal no que concerne à tutela da dignidade sexual. Por isso, ante a

⁴⁶ O dispositivo supracitado já foi transcrito nesta pesquisa: cf. nr. 215 do Capítulo 5.

⁴⁷ *Idem*, cf. nr. 186 do Capítulo 5.

⁴⁸ *Idem*, cf. nr. 188 do Capítulo 5.

⁴⁹ *Idem*, cf. nr. 57 do Capítulo 3.

⁵⁰ *Idem*, cf. nrs. 199 *usque* 204 do Capítulo 5.

⁵¹ Cf., sobre o conteúdo do princípio, a lição de Frederico Horta, lançada na nr. 314 do Capítulo 5 desta pesquisa.

especificidade^{52, 53, 54, 55 e 56} de seu conteúdo e abrangência, o art. 234 do CP, embora reduzido aos limites dos incisos constantes em seu parágrafo, há de ser preservado na normativa jurídico-penal pátria.

Com efeito, ao renunciar à tutela penal de bens jurídicos tão caros a uma vida comunitária pacífica, harmônica, livre e segura, própria de um Estado Democrático de Direito, compromissado em conferir efetividade a todos os direitos humanos, o PLS nº 236, de 2012, aceita, infundadamente, riscos sociais monumentais e desarrazoados, uma vez que a autodeterminação sexual de indivíduos adultos capazes de expressar consentimento jurídico-penal eficaz e a integridade sexual de crianças e adolescentes, bem como a das pessoas reputadas vulneráveis, são bens jurídicos cuja proteção empreendida pelo direito penal é tão

⁵² O art. 215-A do CP não se confunde com o art. 234 do mesmo Diploma Legal porque o primeiro exige, à sua verificação, elemento subjetivo especial do tipo que não é previsto naquele último tipo legal. Assim, na medida em que o crime de “escrito ou objeto obsceno” não requer que o agente atue “com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro”, precisamente aí, aparta-se, em definitivo, do delito de “importunação sexual.”

⁵³ Lê-se, no magistério de André Estefam (*Direito penal*: volume 2: parte especial (arts. 121 a 234-B). 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 832): “em face do elenco de delitos da Lei Especial, é mister ressaltar que estes não se confundem com o art. 234 do CP, notadamente com seu parágrafo único, inciso II, relativamente à apresentação pública de representação teatral, ou exibição cinematográfica de caráter obsceno, ou qualquer outro espetáculo que tenha o mesmo caráter, a menores de 18 anos. A diferença é singela: se uma criança ou adolescente aparece como protagonista ou coadjuvante em cena ou fotografia de sexo explícito (ou um adulto passando-se por menor), dá-se o crime do ECA; se a encenação ou pose retrata adultos, mas é publicamente exibida a crianças ou adolescentes, perfaz-se o delito do art. 234 do CP.”

⁵⁴ André Estefam (*Crimes sexuais*: comentários à Lei nº 12.015/2009. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 161) pontua: “lembre-se, ainda, que induzir menores de 14 anos a presenciar conjunção carnal ou outro ato libidinoso (a fim de satisfazer a lascívia própria ou alheia) se subsume ao crime do art. 218-A do CP (pena: reclusão, de 2 a 4 anos).” Vê-se, pois, que o art. 234 do CP não se limita a indicar como sujeito passivo somente o menor de 14 anos, nem exige que a expressão obscena seja apresentada pelo agente para a satisfação lasciva.

⁵⁵ A diferença entre os crimes previstos no art. 218-C e art. 234, ambos do CP, está, basicamente, no elemento material do delito. Com efeito, este é bastante restrito no citado art. 218-C, pois nele a imagem: a) contém cena de estupro; b) contém cena de estupro de vulnerável; c) contém cena que faça apologia ou induza a prática de estupro ou de estupro de vulnerável; d) não contém cena de estupro ou de estupro de vulnerável, mas contém cena de sexo, nudez ou pornografia, e sua divulgação ocorre sem o consentimento da vítima. O art. 234 do CP, por sua vez, admite maiores possibilidades quanto às mídias de expressão obscena, que pode, inclusive, se manifestar por meio de escritos, desenhos, pinturas, gravações etc., ou, ainda, por meio de sons (audição, recitação etc.) ou representações, encenações ou quaisquer outros espetáculos realizados ao vivo. Assim, se o agente oferece, troca, disponibiliza, transmite, vende ou expõe à venda, distribui, publica ou divulga, por qualquer meio — inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática —, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual, quaisquer dos elementos materiais acima à criança ou adolescente incorre nesse crime, cuja pena (reclusão, de 1 a 5 anos, se o fato não constitui crime mais grave) é significativamente mais severa que aquela prevista no art. 234 do CP (detenção, de 6 meses a 2 anos, ou multa). Ademais, o art. 218-C reivindica, em seu § 1º (tipo derivado que encarta causa especial de aumento de pena, cuja elevação varia de 1/3 a 2/3), a presença de elemento subjetivo especial do tipo (inexistente em quaisquer das modalidades do art. 234 do CP), consistente no “fim de vingança ou humilhação”, que independente daquelas especiais finalidades inseridas no art. 234, *caput*, do CP. Além disso, pelo mesmo § 1º do citado art. 218-C, a pena do delito pode ser majorada desde que quaisquer das condutas previstas no *caput* do artigo venham a ser praticadas por agente que mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima. Essa especificidade não consta no art. 234 do CP, pois, neste, a obscenidade não se conecta à representação desta ou daquela pessoa em particular.

⁵⁶ Os arts. 233 e 234, ambos do CP, diferenciam-se porque, no último, a obscenidade pode se expressar por meio de escritos, pinturas, desenhos, impressos, objetos, sons, imagens projetadas, encenações etc., enquanto, no primeiro, ela se concretiza mediante o ato real, desvinculado de qualquer suporte ou contexto artístico.

legítima como necessária. Portanto, é preciso ter extremada cautela para que o direito penal, à guisa de não tutelar a moral sexual, evite ele mesmo se “desmoralizar” ao incorrer no equívoco de abdicar da legítima proteção devida a bens jurídicos essenciais à convivência social firmada no respeito aos valores, direitos e liberdades fundamentais, assim como o são aqueles que integram a objetividade jurídica tutelada pelo art. 234 do CP.

7.2.2 Sob o vácuo jurídico-penal: o obsceno, naquilo que se diz “arte”

Ao descriminalizar, por completo, as condutas previstas no art. 234 do CP, o PLS nº 236, de 2012, despreza duas perspectivas que, no contexto cultural, devem ser levadas em conta. A primeira delas considera que as diversas formas de manifestação do pensamento (v.g., imagens, sons, palavras etc.) são capazes de afetar as pessoas em geral:⁵⁷ a expressão obscena detém, igualmente, essa mesma potencialidade, pois excita o desejo⁵⁸ ou suscita a abjeção,⁵⁹ até mesmo independentemente das intenções dos seus emissores.⁶⁰ A segunda assinala a existência

⁵⁷ Tanto isso é verdade que o art. 37 do Código de Defesa do Consumidor (CDC) estabelece que “é proibida toda publicidade enganosa ou abusiva”, definindo esta última, em seu § 2º, da seguinte forma: “É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.” Nesse viés, é evidente que o uso da publicidade ilustra bem o exemplo de formas e conteúdos comunicacionais que, direcionados a um objetivo, podem influenciar no comportamento das pessoas, inclusive prejudicando-as: *vide*, pois, que as propagandas de cigarros são proibidas e os maços de cigarros devem conter imagens e frases advertindo dos riscos inerentes ao consumo do produto. À vista disso, cabe a reflexão de Eysenck (*Sexo, pornografia, personalidade: consequências sociais da psicologia moderna*. Tradução de Aydano Arruda. São Paulo: IBRASA, 1976. p. 250-251), também aplicável ao obsceno: “Poder-se-ia seguir aqui a linha de Milton Shulman e acentuar que diretores de televisão, enquanto argumentam que sexo e violência na tela não exercem a menor influência sobre pessoas, também argumentam (embora geralmente em outro lugar) que anúncios mostrando certos tipos de automóveis, bebidas ou chocolates têm tremendo efeito no sentido de levar pessoas a usarem aqueles tipos de automóvel, de bebida ou de chocolate; por que a diferença? Se a publicidade na televisão é eficaz (e existe pouca dúvida de que seja), então por que deve a televisão ser menos eficaz quando anuncia moral frouxa, crueldade, violência e comportamento permissivo em geral?”.

⁵⁸ David Freedberg (*El poder de las imágenes: estudios sobre la historia y la teoría de la respuesta*. 4. ed. Traducción de Purificación Jiménez y Jerónima G.ª Bonafé. Madrid: Ediciones Cátedra, 2011. p. 419), depois de dedicar longo estudo em que reconhece que existem imagens que excitam o desejo, escreve, nessa perspectiva, que “toda representación visual debe ser controlada — como sabían muy bien los antiguos [...] — dada su poderosa capacidad de afectar ao espectador [...]”.

⁵⁹ O obsceno, segundo Hal Foster (*Malos nuevos tiempos: arte, crítica, emergencia*. Traducción de Joaquín Chamorro Mielke. Madrid: Ediciones Akal, 2017. p. 21), implica “un ataque a la escena de representación, [y], en su mayor parte, esta agresión era concebida bajo la rubrica de lo abyecto”.

⁶⁰ A história da arte registra que o pintor florentino Fra Bartolomeo (Florença, 1475 - Florença, 1517) houvera sido várias vezes criticado por não evidenciar mostras de que sabia fazer nus. Por isso, conforme narra Vasari (*Vidas dos artistas: vidas dos mais excelentes arquitetos, pintores e escultores italianos, de Cimabue até nossos dias*. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. p. 473-474), “quis então pôr-se à prova e com esforço mostrar que era capaz de fazer todo e qualquer trabalho excelente naquela arte. Para demonstrá-lo, fez um quadro em que representou um São Sebastião nu com um colorido muito semelhante ao da cútis, suave semblante e beleza correspondente, com acabamento também esmerado, obtendo grandes louvores dos artistas. Conta-se que, quando esse quadro foi exposto na igreja, os frades confessores ficaram sabendo de mulheres que, olhando-o, haviam pecado, movidas pela graciosa e lasciva imitação da realidade

de certa concepção que considera que entre a vida e a experiência artística não deve haver fronteiras estanques.⁶¹ Essa visão de mundo não é, *per se*, boa ou má, moral ou imoral, bonita ou feia, inocente ou criminosa etc.: é um *modus vivendi* que, em razão do seu próprio entendimento estruturante, pode ou não afetar os indivíduos que convivem com o artista em sociedade; no entanto, essas consequências eventualmente transbordantes às claves ética, estética ou política, próprias daquela concepção que funde vida e arte, detêm inegável potencial de suscitar indagações peculiares aos domínios do jurídico.

Em sua significação humanística, a vida social instituída no plano das realidades civilizatórias, abrange, desde o marco fundante da dignidade, o acatamento recíproco das liberdades de todos e de cada um, inclusive no que tange à experiência do fenômeno artístico entregue à fruição, naquele âmbito que extrapola a gerência privada do seu criador.⁶²

É legítimo reconhecer que os artistas, conforme pontua Gombrich,⁶³ “desejam ver o mundo com novos olhos e descartar todas as noções aceitas e preconceitos”. Todavia, as liberdades se autolimitam, e a prerrogativa de autorrealização, seja qual for a sua natureza, necessita perpassar pelo dever de solidariedade. Se, de um lado, não é razoável subjugar as atividades artísticas à censura da moral abstrata, assim como é impróprio criminalizar a expressão que, mesmo maculada pela obscenidade, não chega a atentar contra o bem jurídico de outrem, por outro lado, a dignidade sexual jamais pode ser violada ao argumento de que a arte detém estatuto próprio e autonomia ilimitada, ou — mais do que isso — uma incontestável licença jurídico-penal concedida em favor de quaisquer de suas formas expressão.⁶⁴

obtida pelo talento de frei Bartolomeo; por isso, o quadro foi tirado da igreja e posto no Capítulo, onde não ficou muito tempo, pois, comprado por Giovan Battista della Palla, foi enviado ao Rei da França”. Certamente a intenção do frade pintor não era despertar a luxúria das crentes, sendo o seu intento devocional ou, se não tanto, apenas o de revelar o seu talento artístico.

⁶¹ Além de Joseph Beuys, pode-se mencionar, na atualidade, entre outros tantos artistas vivos, Marina Abramović (Belgrado, 1946), mundialmente consagrada pela potência de suas performances; ao justificar por que o artista taiwanês-americano Tehching Hsieh (Nan-Chou, 1950) lhe é um exemplo de inspiração, diz a própria Marina Abramović (*Pelas paredes: memórias de Marina Abramović*. Tradução de Waldéa Barcellos. Rio de Janeiro: José Olympio, 2017. p. 337): “Tehching fez cinco performances na vida, cada uma com duração de um ano. A elas, seguiu-se um projeto de treze anos, em que ele fez arte sem exibi-la. Se você lhe perguntar o que está fazendo agora, ele dirá que está fazendo a vida. E, para mim, essa é a prova cabal da sua maestria.”

⁶² “Arte” e “civilização”, em realidade, são conceitos que se superpõem, até porque é incontestável, de acordo com os termos precisamente postos por John Dewey (*Arte como experiência*. Tradução de Vera Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 551), que “o material da experiência estética, por ser humano — humano em conexão com a natureza da qual faz parte — é social”.

⁶³ GOMBRICH, Ernest Hans. *A história da arte*. Tradução de Cristiana de Assis Serra. Rio de Janeiro: LTC, 2013. p. 26.

⁶⁴ A propósito, lembra Steven Pinker (*Tábula rasa: a negação contemporânea da natureza humana*. Tradução de Laura Teixeira Mota. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. p. 561) que “o compositor modernista Karlheinz Stockhausen qualificou os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001 como a ‘maior obra de arte imaginável em todo o cosmo’ e acrescentou, com inveja, que ‘também os artistas às vezes ultrapassam os limites do que é viável e concebível, para nos despertar, para nos abrir para outro mundo’.” Nessa mesma toada, Ariano Suassuna (*Iniciação à Estética*. 6. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2004. p. 240-241) registra as provocações

O problema é que, quando se diz “arte”, vem à intuição a representação da beleza canônica materializada em clássicos como a pintura descritiva, a escultura de rigorosas proporções, a tragédia que emociona, a dança que flutua, a poesia que eleva e a alta literatura que edifica; o primeiro movimento mental, enfim, vai, quase sempre, ao encontro das mídias tradicionais empregadas em favor do estro casto e virtuoso. A arte contemporânea, porém, não se restringe a esse universo, o que levou Allan Kaprow (Atlantic City, 1927 - Encinitas, 2006) a dizer que “a arte não precisa parecer arte para ser arte”.⁶⁵ A respeito, assinala Archer que

[...] no início dos anos 60 ainda era possível pensar nas obras de arte como pertencentes a uma de duas amplas categorias: a pintura e a escultura. [...]. Depois de 1960 houve uma decomposição das certezas quanto a este sistema de classificação. Sem dúvida, alguns artistas ainda pintam e outros fazem aquilo a que a tradição se referiria como escultura, mas estas práticas agora ocorrem num espectro muito mais amplo de atividades.⁶⁶

Atento a esse panorama, o operador do direito penal do século XXI não pode olvidar que os padrões artísticos que vigiam em 1940 (ano em que veio a lume o CP) já não são mais os mesmos. Mudaram as linguagens da arte, novas mídias surgiram e os temas, formas e conteúdos afetos à manifestação do pensamento artístico são radicalmente distintos daqueles contabilizados no rol das suas possibilidades tradicionais. À arte hodierna parece menos importar o julgamento empreendido pelo gosto do que o legado da liberdade total, que remonta aos experimentalismos próprios da arte do século XX.⁶⁷ a espetacularidade pessoal demonstra a expansão do campo expressivo da arte contemporânea, pois ela saiu do interior dos museus e veio à crueza da vida, em nível talvez ainda mais atroz do que o da própria realidade.⁶⁸

que lançava aos seus alunos, nas lições de iniciação à estética que proferia; *in verbis*: “pergunto se eles acham legítimo que se entregue a personalidades ainda não formadas uma obra de arte literária, escrita por um grande escritor de personalidade doentia e criminoso, que difundisse, entre os adolescentes, a ideia de que o prazer sexual é muito mais intenso se é obtido através da violação de crianças que são assassinadas no mesmo momento, depois de estupradas. Os estudantes, sempre, horrorizados recuam do amoralismo que afirmaram; declaram que absolutamente não acham isso legítimo — e aí, então, eu já tenho ambiente para dar minha aula com todos eles num estado de espírito do qual foram banidas a superficialidade e a paixão.”

⁶⁵ KAPROW *apud* GOMPERTZ, Will. *Isso é arte?: 150 anos da arte moderna: do impressionismo até hoje*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Revisão técnica de Bruno Moreschi. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p. 329.

⁶⁶ ARCHER, Michael. *Arte contemporânea: uma história concisa*. Tradução de Alexandre Krug, Valter Lellis Siqueira. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 1.

⁶⁷ Em relação à arte contemporânea, ainda em vivo crescimento, o que se tem — nas palavras de Carol Strickland e John Boswell (*Arte comentada: da pré-história ao pós-moderno*. Tradução de Angela Lobo de Andrade. 15. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2014. p. 176), é que “à medida que o século XX caminhava para o seu término, a arte se tornava [...] mais diversificada do que nunca. Depois de um século de experimentação, o legado é a liberdade total”.

⁶⁸ Sobre a arte do século XX, registram Carol Strickland e John Boswell (*Ibidem*, p. 187): “Na Califórnia, o performático e escultor Chris Burden, chamado ‘o Evel Knievel da vanguarda’, faz das suas exposições um caso de vida ou morte para tirar a arte do elitismo e trazê-la para o mundo real de perigos e ameaças. Para ‘explorar’ a violência, ele fez com que um amigo atirasse em seu braço diante dos convidados numa galeria em Los Angeles. Em *Dorway to Haven (Umbral do Céu)*, de 1973, Burden ligou dois fios elétricos em seu

Gorsen cita um ato organizado por estudantes austríacos, em 1968, intitulado “Kunst und Revolution”, em cuja descrição consta:

G. Brus se desnuda, se inflige a sí mismo varios cortes en el pecho y los muslos por medio de una hoja de afeitar, orina y vomita tras haber bebido de sus propios orines; entona el himno nacional austríaco, demostrando al mismo tiempo el proceso de la defecación anal; se unta el cuerpo con las heces; finalmente se tiende en el suelo y comienza a masturbar-se.⁶⁹

Jean Clair, crítico de arte francês, afirma que também outros componentes do coletivo integrado por Günter Brus (Ardning, 1938) se manifestavam “essencialmente por *Aktionen*, acciones públicas y violentamente provocadoras, como [...] copular con animales”.⁷⁰ Otto Müehl (Mariasdorf, 1925 - Moncarapacho, 2013), por exemplo, ainda segundo Jean Clair, “entre 1963 y 1969, se había hecho famoso en el pequeno medio de la vanguardia vienesa por orgias fecales celebradas en público”.⁷¹ O mesmo Müehl tentou fundar uma “Comuna” permanente, na qual se praticava o sexo livre e a respeito da qual dizia:

Todo merece ser expuesto... comprendidos la violación y el asesinato. El coito, la tortura y la aniquilación del hombre y del animal son el único drama que merece ser visto... el asesinato forma parte integrante de la sexualidad. [...]. En mis películas futuras, los humanos serán masacrados. Masacrar humanos no debe seguir siendo un monopolio de Estado. Será pronto una obligación ética saquear los bancos y cagarse al azar a un lisiado.⁷²

Archer dá outros exemplos candentes: primeiro narra sobre Rudolf Schwarzkogler (Viena, 1940 - Viena, 1969), que realizava “*performances* em vídeo ao vivo”, além de Body art, e, depois, discorre sobre Vito Acconci (Nova York, 1940 - Manhattan, 2017), que se valia da *performance* convencional, na qual o contato direto com o público é indispensável; assim:

Schwarzkogler faleceu em 1969, e, na época em que seu trabalho se tornou mais amplamente conhecido graças à exibição na *Documenta V* em 1972, os boatos tinham transformado aquela ação e sua morte num só evento. O crítico Robert Hughes escreveu que Schwarzkogler era o “Vincent van Gogh da Body Art”, que “procedeu, centímetro por centímetro, à amputação de seu próprio pênis, enquanto um fotógrafo registrava o ato como evento artístico”.

As *performances* do americano Vito Acconci exploravam um território similarmente intenso: ele mordida a si mesmo, esfregava-se contra a parede, deitava-se sob uma plataforma e se masturbava enquanto fantasiava sobre as pessoas que ouvia

peito nu, batendo o recorde de cintilação da aura numa impressionante fotografia. Um grupo vienense exagerou ao lambuzar com sangue e tripas de carneiro os participantes e depois crucificá-los de cabeça para baixo numa galeria. Um deles morreu em consequência de automutilação.”

⁶⁹ GORSEN, Peter. *El principio de lo obscuro*. Versión al español de J. A. Bravo, de la primera edición alemana de Rowohlt Taschenbuch Verlag, Hamburgo, 1969. México, D.F.: Ediciones Roca, 1974. p. 143-144.

⁷⁰ CLAIR, Jean. *De immundo: apofatismo y apocatástasis en el arte de hoy*. Traducción de Santiago E. Espinosa. Madrid: Arena Libros, 2007. p. 58.

⁷¹ *Ibidem*, p. 59.

⁷² *Ibidem*, p. 58-59.

caminhando acima dele ou tentava distender seu tórax no formato de um busto. Em *Enfeites* (1971), passou três horas vestindo seu pênis com roupas de boneca e falando com ele “como um colega de folguedos”.⁷³

Em 1997, no “Festival de *Performance* de Cali”, Fernando Pertuz realizou “una de las performances más abyectas que se recuerdan en Colombia: había defecado ante el público y luego, con total solemnidad, había procedido a ingerir sus heces”,⁷⁴ conforme registra Carlos Granés Maya.

Fácil entender, deste modo, a razão pela qual “a arte performática é a arma de guerrilha das belas artes”,⁷⁵ segundo Will Gompertz. À vista do que em nome da arte é exibido, como nos exemplos citados, basta imaginar tais manifestações apresentadas em praça pública e em afronta à vontade de pessoas que não quisessem ser confrontadas com elas ou que não pudessem consentir validamente a tanto.

Além disso, ante o vácuo normativo pretendido pelo PLS nº 236, de 2012, mesmo com a discordância dos transeuntes e/ou com a presença de crianças, restariam completamente impunes, do ponto de vista jurídico-penal, v.g., relações sexuais explícitas praticadas a título de arte (*performances* ou *happenings*) e em via pública, a exibição de filmes pornográficos projetados nas paredes externas de uma escola infantil, a automasturbação dita “artística” levada a cabo no interior de um coletivo etc.

Há, portanto, grave e despropositado risco de o obsceno radical, em nome daquilo que se diz “arte” e sob inerte hiato jurídico-penal, impor-se sem prévia informação e se disseminar, pública e explicitamente. Nesse cenário, é axiomático: a “modernidade” dos termos do PLS nº 236, de 2012, não presta homenagem à CR, pois inviabiliza e desmerece, de forma cabal, a tutela à dignidade sexual devida no particular.⁷⁶

⁷³ ARCHER. *Arte contemporânea...*, p. 111-112.

⁷⁴ MAYA, Carlos Granés. *Revoluciones modernas, culpas posmodernas*. In: TOLOSANA, Carmelo Lisón (Ed.). *Antropología: horizontes estéticos*. Barcelona: Anthropos Editorial, 2010. p. 227. O mesmo autor, ao comentar sobre aquilo que na contemporaneidade se designa “arte abjeta”, escreve que, neste tipo de manifestação, o artista se posta diante do público “exhibiendo abiertamente los ritmos biológicos que hacen patente la herencia animal del ser humano. Lo orgánico y lo escatológico, aquello que nos vincula con la naturaleza y que la civilización occidental ha recluso al más privado de los ámbitos, se exhibe sin pudor”. (*Ibidem*, p. 225-226).

⁷⁵ GOMPERTZ. *Isso é arte?...*, p. 332.

⁷⁶ “A vacuidade e a vulgaridade que têm minado a cultura de certa forma também prejudicam outra das mais importantes conquistas da nossa época nos países democráticos: a liberdade sexual, o eclipse de muitos tabus e preconceitos que cercavam a vida erótica. Porque, assim como nos campos da arte e da literatura, o desaparecimento dos formalismos na vida sexual não significa progresso, mas sim retrocesso que desnatura a liberdade e empobrece o sexo, rebaixando-o ao puramente instintivo e animal. [...]. Entregues a si mesmos, sem freio algum, aqueles monstros do inconsciente que afloram na vida sexual e pedem direito da cidadania poderiam acarretar uma violência vertiginosa (como a que banha de sangue e cadáveres os romances do marquês de Sade) [...]” — observa Vargas Llosa (*A civilização do espetáculo: uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura*. Tradução de Ivone Benedetti. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013. p. 95-99).

7.2.3 Pena e prevenção

Além de assegurar que as instituições funcionem adequadamente às finalidades democráticas, com a efetiva observância de todos os direitos humanos, o Estado deve garantir, segundo Roxin, “as condições individuais necessárias para uma coexistência semelhante (isto é, a proteção da vida e do corpo, da liberdade de atuação voluntária, da propriedade etc.).”⁷⁷

Sob essa ótica, todavia, a pena jamais deve servir à punição do pecado nem se predispor ao paternalismo estatal voltado à supressão das escolhas livremente realizadas entre indivíduos adultos capazes de expressar consentimento jurídico-penal eficaz, em assuntos relacionados à sexualidade, ainda que possam, pelo prisma da maioria, ser reputadas vergonhosas. Assiste, portanto, razão a Schünemann ao asseverar que é ilegítimo o manuseio da pena “para a imposição de determinados modos de vida”.⁷⁸ Ocorre que o art. 234 do CP não chancela a pena voltada contra quaisquer dos aspectos supramencionados, porquanto as consequências jurídico-penais advindas da violação da norma penal deduzida do dispositivo somente são pertinentes se alguém, sem consentimento, interferir, por intermédio da publicação de representações obscenas, na sexualidade alheia.

Luís Greco é taxativo em propor uma teoria da pena que “coloca em primeiro plano a função de *intimidação geral por meio da cominação* (e não da execução) de uma pena”.⁷⁹ Também com base na racionalidade desse argumento, entende-se que o art. 234 do CP não pode ser banido da ordem jurídica brasileira, pois cumpre importante função preventiva do ponto de vista penal. Essa mesma prevenção (como categoria teórico-racional) imbrica-se com as razões que levam o agente a refletir sobre a sua reponsabilidade jurídico-penal não somente pelo ângulo do “eu quis”, mas também pela ótica de “o que deveria ter feito”.⁸⁰ Atento a essa pauta, o citado preceito pode contribuir para evitar danos e efetivar, por conseguinte, a harmonia social fundamentada na deferência à igualdade, à liberdade e à dignidade do outro.⁸¹

⁷⁷ Cf. ROXIN. A proteção de bens jurídicos como missão do direito penal?..., p. 17-18.

⁷⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. Prefácio. In: _____. *Direito penal, racionalidade e dogmática: sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional*. Coordenação e tradução de Adriano Teixeira. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 9.

⁷⁹ GRECO, Luís. Bernd Schünemann, penalista e professor. A propósito desta coletânea. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coordenação de Luís Greco, vários tradutores. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 19.

⁸⁰ Nesse sentido: VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 193.

⁸¹ Consoante pontua Luís Greco (*apud* VIANA. *Dolo...*, p. 193): “Se queremos prevenir crimes, mas a prevenção gera custos, é racional empenharmos nossos recursos primeiramente na prevenção de condutas as quais, por serem dominadas, são — *ceteris paribus* (isto é, mantendo-se o resto constante) — tanto mais perigosas para bens jurídicos penalmente protegidos, como também mais passíveis de virem a ser repensadas e abandonadas pelos agentes que estão a ponto de as praticar.”

A pertinência da prevenção penal, nas hipóteses que externam comportamentos em que o organismo físico é instrumento/suporte de expressão, chega ser truísmo, uma vez que a exibição de si mesmo, em contextos obscenos, deve levar em conta “a dominabilidade sobre o próprio corpo”. Impende destacar que referida dominabilidade, conforme adverte Eduardo Viana, “gera maior necessidade de prevenção porquanto a representação da situação do perigo deveria ter feito o agente repensar o seu comportamento e abandonar o seu compromisso cognitivo com a realização do tipo”.⁸²

Se as penas cominadas no art. 234 do CP podem, em alguma medida, evitar danos à dignidade sexual das pessoas, a desconformidade funcional ao sistema jurídico-penal não é pecha que lhes cabe. Calha, nesse passo, invocar o pensamento de Schünemann, pois

a racionalidade teleológica sob a forma do princípio da *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos por meio da prevenção geral ameaçadora e o legitimador princípio da culpabilidade constituem os dois princípios jurídico-penais fundamentais de todo Estado democrático de direito.⁸³

Portanto, também por este flanco — o da prevenção estimulada pela cominação da pena —, a *abolitio criminis* de todos os preceitos compõem o art. 234 do CP, notadamente no que concerne às suas figuras típicas equiparadas, não soa oportuna e prudente.

7.3 O tipo legal em questão, *de lege ferenda*

Se, por um lado, a tipificação *de lege lata*, concernente ao art. 234 do CP, chega a ser hiperbólica, e, se por outro, a *abolitio criminis* sugerida pelo PLS nº 236, de 2012, patenteia, no ordenamento jurídico-penal brasileiro, lacuna sujeita a reservas e conseqüentes retificações, urge a proposição de dispositivo penal que possa intermediar racionalmente os apontados extremos, ambos — *venia concessa* — disfuncionais.

De lege ferenda, esta poderia ser a formatação do tipo legal que, no Brasil contemporâneo, melhor disciplinaria a publicização das obscenidades:

Publicização de expressões obscenas

Art. _____. Exibir, disponibilizar, difundir, transmitir ou expor material, forma ou conteúdo obscenos, bem como realizar representação, audição ou outro espetáculo de mesmo caráter, independentemente de obtenção de vantagem de qualquer natureza e em desacordo com determinações legais ou regulamentares.

⁸² VIANA. *Dolo...*, p. 193.

⁸³ SCHÜNEMANN, Bernd. Direito penal no Estado Democrático de Direito: o imprescindível nível de racionalidade de sua dogmática e a progressiva propaganda de retrocesso. In: _____. *Direito penal, racionalidade e dogmática: sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional*. Coordenação e tradução de Adriano Teixeira. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 34.

Pena - detenção, de três meses a um ano, se o fato não constituir crime mais grave.

§ 1º Não exclui o crime o consentimento do menor de dezoito anos, da pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento, ou de quem, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência à apresentação dos meios de expressão obscenos ou de mesmo caráter referidos no *caput* deste artigo, publicados por intermédio das condutas nele descritas.

§ 2º Não será considerada obscena a expressão artística, intelectual ou científica que, de acordo com determinações legais e regulamentares, seja apresentada a menores de dezoito anos.

§ 3º Somente se procede mediante representação, salvo se o crime é cometido contra as pessoas indicadas no § 1º deste artigo.

Ostensivamente, os enunciados sugeridos eliminam incriminações calcadas em mero perigo abstrato, com resguardo ao momento da criação intelectual: a rubrica do dispositivo reforça essa noção. Criminaliza-se, tão somente, a publicação que impossibilita o exercício da autodeterminação sexual por parte de indivíduos adultos capazes de expressar consentimento jurídico-penal eficaz, ou que embaraça a efetividade da especial proteção devida em favor de crianças e adolescentes, bem como a tutela assegurada às pessoas reputadas vulneráveis.

Seis são as condutas descritas no preceito primário do *caput* do artigo: “exibir” (*i.e.*, apresentar, mostrar), “disponibilizar” (no sentido de oferecer, ceder), “difundir” (*i.e.*, divulgar, disseminar), “transmitir” (que significa enviar, comunicar), “expor” (*i.e.*, dar a conhecer, revelar) e “realizar” (que quer dizer executar, fazer com que aconteça). Note-se que os núcleos típicos são de uso corrente na língua escrita e falada, de fácil compreensão popular e, mesmo do ponto de vista erudito, veiculadores de suficiente precisão, se considerados em sua dimensão semântica. Nessa perspectiva, o significado dos verbos empregados permite evidenciar o momento consumativo do crime, condicionado à efetiva publicização da expressão obscena.

Naquilo que for cabível, os comportamentos tipificados vinculam-se às mídias elencadas no aludido preceito primário. De toda sorte, a fim de que não se tenha a falsa impressão de que o dispositivo se presta a criminalizar as diversas formas de manifestação artística, são dele suprimidas as referências aos suportes que normalmente servem de veículo à expressão dotada daquele atributo. O “material” (o objeto dotado de corporeidade física), a “forma” (o arranjo da composição), o “conteúdo” (a substância comunicacional, mesmo imaterial — *v.g.*, eletrônicas, digitais, telemáticas), desde que obscenos, bem como a “representação” (a interpretação, simbolização do ato obsceno), a “audição” (a interlocução falada, recitada, cantada, que afeta o sentido correspondente) ou “outro espetáculo” (qualquer meio expressivo, cuja fórmula de interpretação analógica considera a natureza da atividade publicada que, independentemente de sua apresentação ao vivo, traduza prática comunicacional), contanto que de caráter obsceno, podem consubstanciar o delito.

Dois são os “elementos normativos” presentes no tipo legal.

O primeiro, de valoração empírico-cultural, é o termo “obsceno”, cuja acepção jurídica já foi referida pelo STF, no RE 898.450/SP.⁸⁴

O segundo está consubstanciado na fórmula “em [des]acordo com determinações legais ou regulamentares”,⁸⁵ sob esse último aspecto, sugere-se tipo legal em branco, informado pela totalidade do sistema jurídico-normativo: busca-se a superação de antinomias, cujo resultado perpassa por toda normatividade jurídica pertinente à proteção da criança e do adolescente, bem como pelos marcos regulatórios alusivos à disciplina da comunicação social.⁸⁶

Em quaisquer de suas modalidades, o crime somente é punível a título de dolo por parte do sujeito ativo, que permanece sendo qualquer pessoa. Aliás, nenhum elemento especial subjetivo é exigido à caracterização do delito, segundo deixa nítido a locução “independentemente de vantagem de qualquer natureza”.

A obtenção de proveito (econômico, sexual etc., para si ou para outrem) pode caracterizar crimes mais graves (v.g., arts. 215-A,⁸⁷ 216-A,⁸⁸ 218-C, § 1º,⁸⁹ todos do CP), razão pela qual a subsidiariedade está expressa no preceito secundário do tipo legal; outrossim, crimes mais graves também ocorrem nas hipóteses em que crianças ou adolescentes são utilizados como personagens da representação obscena: nestes supostos, cabe aplicação do ECA, que, em

⁸⁴ Cf. item 5.1.5.2.1 do Capítulo 5 desta pesquisa.

⁸⁵ A fórmula “em desacordo com determinações legais ou regulamentares” é empregada, v.g., no crime de “posse irregular de arma de fogo de uso permitido”, previsto no art. 12 da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, *in verbis*: “Art. 12. Possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência ou dependência desta, ou, ainda no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa: Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.” A locução consta, igualmente, no delito tipificado no art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, *in litteris*: “Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.”

⁸⁶ Consoante exposto no item 3.2.7 do Capítulo 3 desta dissertação, o Anteprojeto do Código Penal de 1998 sugeriu, na redação do art. 176 (que corresponde ao atual art. 234 do CP), a mesma solução de elisão de antinomias jus-normativas, ao introduzir na tipificação então proposta a expressão “em desacordo com as normas legais.”

⁸⁷ O dispositivo supracitado já foi transcrito nesta pesquisa: cf. nr. 215 do Capítulo 5.

⁸⁸ *Idem*, cf. nr. 211 do Capítulo 5.

⁸⁹ *Idem*, cf. nr. 188 do Capítulo 5.

seus arts. 241-A,⁹⁰ 241-B,⁹¹ 241-C,⁹² 241-D,⁹³ 244-A⁹⁴ e 244-B,⁹⁵ também prevê punições mais severas que a sugerida na tipificação *de jure constituendo*.

Em reforço ao sistema de liberdades e ao ideal da segurança jurídica, os §§ 1º e 2º correspondem às hipóteses de exclusão do injusto.

O § 1º diz respeito ao consentimento do ofendido, revelador de que o sujeito passivo do delito é a pessoa individual, e não mais a coletividade. A estrutura do tipo permite, a partir de interpretação *contrario sensu*, deduzir que o adulto capaz de expressar consentimento jurídico-penal eficaz está autorizado a renunciar à proteção penal concernente à sua autodeterminação sexual, diversamente do que se dá com as pessoas com idade inferior a 18 anos e com aquelas consideradas sexualmente vulneráveis, cuja integridade sexual de que são portadoras consiste no indisponível bem jurídico protegido. O exame do presente enunciado permissivo denota, pois, que a objetividade jurídica tutelada pelo dispositivo é bifronte, variando conforme o sujeito passivo, nos termos da proposta constante no item 5.1.1.3 do Capítulo 5 desta dissertação.

De outro giro, inspirado no art. 529 do Código Penal Italiano,⁹⁶ o § 2º se preocupa com a especial proteção devida às crianças e aos adolescentes.⁹⁷ Para manter intocada a garantia de acesso à cultura, o dispositivo exclui a possibilidade de caracterização do crime quando, considerada toda a normatividade jurídica, invenções, formas, conteúdos ou experimentos de cunho artístico ou científico, potencialmente problemáticos do ponto de vista da expressão da sexualidade, sejam apresentados àquele público específico. Assim, quaisquer mídias levadas ao

⁹⁰ O dispositivo supracitado já foi transcrito nesta pesquisa: cf. nr. 201 do Capítulo 5.

⁹¹ *Idem*, cf. nr. 202 do Capítulo 5.

⁹² *Idem*, cf. nr. 203 do Capítulo 5.

⁹³ *Idem*, cf. nr. 204 do Capítulo 5.

⁹⁴ “Art. 244-A. Submeter criança ou adolescente, como tais definidos no *caput* do art. 2º desta Lei, à prostituição ou à exploração sexual:

Pena - reclusão de quatro a dez anos e multa, além da perda de bens e valores utilizados na prática criminosa em favor do Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente da unidade da Federação (Estado ou Distrito Federal) em que foi cometido o crime, ressalvado o direito de terceiro de boa-fé.

§ 1º Incorrem nas mesmas penas o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verifique a submissão de criança ou adolescente às práticas referidas no *caput* deste artigo.

§ 2º Constitui efeito obrigatório da condenação a cassação da licença de localização e de funcionamento do estabelecimento.”

⁹⁵ “Art. 244-B. Corromper ou facilitar a corrupção de menor de 18 (dezoito) anos, com ele praticando infração penal ou induzindo-o a praticá-la:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

§ 1º Incorre nas penas previstas no *caput* deste artigo quem pratica as condutas ali tipificadas utilizando-se de quaisquer meios eletrônicos, inclusive salas de bate-papo da internet.

§ 2º As penas previstas no *caput* deste artigo são aumentadas de um terço no caso de a infração cometida ou induzida estar incluída no rol do art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990.”

⁹⁶ O dispositivo supracitado já foi transcrito nesta pesquisa: cf. item 2.2.2.3 do Capítulo 2.

⁹⁷ Assim como no § 2º do art. 218-C do CP, cuja transcrição consta na nr. 188 do Capítulo 5 desta pesquisa.

contato do público infanto-juvenil que tenham finalidades reconhecidamente educativas ou mesmo recreativas (essas, desde que compatíveis com o estágio de maturidade psíquica e pertinentes às particularidades de seus vários subgrupos etários), mesmo que abordem (de modo instrutivo) a sexualidade, não constituirão o elemento material do crime. Nesse ponto, dissolve-se, desde o ponto de vista estritamente jurídico-penal, o problema estético referente à compatibilidade ou não do artístico com o obsceno.

A natureza da ação penal referente ao processo e julgamento do delito acompanha a lógica do caráter individual e da hipótese que autoriza a disponibilidade do bem jurídico dual tutelado pelo dispositivo. Assim, a promoção da ação penal depende, por expressa exigência da lei, de representação do ofendido, sempre que o crime for praticado em desfavor de adulto apto a expressar consentimento jurídico-penal eficaz, pois a falta de provocação às autoridades policiais e judiciárias alinha-se à própria ausência de lesão à autodeterminação sexual, objetividade jurídica afeta àquele específico sujeito. De outro giro, pública incondicionada é a ação penal tocante aos casos em que o sujeito passivo do delito seja a pessoa com idade inferior a 18 anos, ou quaisquer daquelas reputadas sexualmente vulneráveis pelo direito penal brasileiro, indicadas no § 1º da tipificação ora proposta: na medida em que a integridade sexual que lhes diz respeito é bem jurídico indisponível, a sua efetiva proteção — cujo dever compete ao Estado — está desobrigada de autorizações eventualmente declinadas por particulares.⁹⁸ É disso que trata o § 3º do dispositivo ora apresentado, concêntrico à proposta de moderação na incidência do *jus puniendi* quanto ao particular.⁹⁹

A pena recomendada, ademais, é reduzida, se comparada àquelas que atualmente estão inscritas no preceito secundário do art. 234 do CP. A uma, porque o mínimo e o máximo ora propostos são minorados; a duas, porque a pena de multa é suprimida. Justifica-se, sob o primeiro aspecto, a diminuição punitiva, porque, se um ato obsceno desprovido de qualquer

⁹⁸ O CP prevê casos em que a natureza da ação penal de um mesmo delito varia conforme o sujeito passivo contra o qual é praticado; nesse sentido, v.g., no crime de “invasão de dispositivo informático” (art. 154-A), o art. 154-B, que disciplina o *modus* da sua correspondente ação penal, possui a seguinte redação: “Art. 154-B. Nos crimes definidos no art. 154-A, somente se procede mediante representação, salvo se o crime é cometido contra a administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios ou contra empresas concessionárias de serviços públicos.”

⁹⁹ A exemplo do que se extrai da combinação dos arts. 170º, notadamente a primeira figura (“Quem importunar outra pessoa praticando perante ela actos de carácter exhibicionista ou constringendo-a a contacto de natureza sexual é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 120 dias, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.”) e 178º.1 do Código Penal de Portugal (“O procedimento criminal pelos crimes previstos nos artigos 163º a 165º, 168 e 170º depende de queixa, salvo se forem praticados contra menor ou deles resultar suicídio ou morte da vítima). A sugerida concepção referente à natureza da iniciativa da ação penal possui, ademais, a vantagem de operar como filtro jurídico capaz de permitir que somente cheguem ao âmbito da Justiça Criminal os casos cujo desvalor do resultado sejam dotados de magnitude penalmente significativa.

sentido metafórico (*i.e.*, completamente desvinculado de significação artística) é punido, no art. 233 do CP¹⁰⁰ em vigor, com pena de detenção que varia de três meses a um ano, é racional, desde o ponto de vista da proporcionalidade, que uma representação obscena não possa ser alvo de maior reprovabilidade penal. A previsão da pena de multa é eliminada porquanto, desse modo, impede-se que a ofensa à dignidade sexual de outrem possa ser convertida em mera questão monetária, além do que evidencia que a consequência jurídico-penal alusiva à violação da norma penal deduzida do tipo em nada se confunde com a sanção de natureza administrativa (o que reforça o sentido preventivo da pena cominada). Seja como for, a pena máxima cominada mantém o processamento do delito sob a competência dos JECrim, orbe judiciário em que — *ex vi lege* — vige a diretriz descarcerizante.

Em suma, a vantagem da proposta legislativa ora apresentada à formatação dos preceitos penais destinados à prevenção e sanção de comportamentos que se manifestam contra ou em desconsideração à autodeterminação sexual ou à integridade sexual de outrem, decorrente da publicização de materiais, formas, conteúdos ou representação de atos obscenos, é que ela evita antinomias no sistema normativo de proibições jurídicas, ao mesmo tempo em que amplifica o nível de segurança jurídica alusiva ao exercício do direito fundamental de liberdade de expressão artística, conferindo-lhe máxima efetividade em face de um direito penal mínimo. “Evitar que el sistema penal sea utilizado, en el presente y en el futuro como aríete contra el arte”¹⁰¹ é medida que se impõe, conforme assinala Terradillos Basoco. Conquanto possa não estar imune a eventuais críticas, o dispositivo ora sugerido — atento aos valores, direitos e liberdades fundamentais — almeja, definitivamente, a consecução desse propósito.

¹⁰⁰ O dispositivo supracitado já foi transcrito nesta dissertação: cf. nr. 57 do Capítulo 3.

¹⁰¹ BASOCO, Juan M. Terradillos. Represión penal y libertad de expresión (a propósito del proceso de Charles Baudelaire). In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (Org.). *Direito penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Távares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 670.

8 EPÍLOGO (OU CONCLUSÕES)

É tempo de reunir toda a matéria anteriormente analisada em uma breve sinopse. A partir das seguintes conclusões que se articulam e se integram ao final em uma única fórmula, será apresentado o subsecutivo enunciado, a saber:

1. Direito e arte são, ambos, *produtos culturais*, e esse núcleo que lhes é comum impede sejam integral e permanentemente antagônicos: os dois, de acordo com as funcionalidades que lhes são inerentes, *servem à edificação do humanismo*;
2. O belo artístico e o recato sexual são valores *indiscutivelmente importantes* nas dimensões estética e ética. Todavia, a castidade e a beleza canônicas nem sempre perfazem os conteúdos e as formas da invenção artística, motivo pelo qual ela não deve ser ingenuamente idealizada, em olvido ao amplo espectro de transgressões até certo ponto toleráveis em nome da autonomia da arte. A inserção social da expressão artística demanda, no entanto, a observância de limites instituídos pela *normatividade jurídica*;
3. Os *limites de validade* do art. 234 do CP não são aferíveis por análise que considere unicamente o tipo legal, pois a sua cognição e as divisas de sua aplicabilidade têm na unidade do *marco constitucional* o ângulo hermenêutico obrigatório e a diretriz teleológica inafastável;
4. A leitura conjugada da CR e do art. 234 do CP estabelece que, do ponto de vista jurídico-penal, *a expressão artística e a manifestação obscena somente são antitéticas se e quando a reunião delas implicar a violação de valores, direitos e liberdades fundamentais*;
5. A história da liberdade de expressão no constitucionalismo brasileiro comprova que ela jamais foi direito absoluto, e, sob esse *status* jurídico, ainda permanece, embora, contemporaneamente, apenas a legalidade possa lhe impor limitações. Da mesma forma, a evolução da normatividade penal correlata ao art. 234 do CP notabiliza que, na atualidade, a “moral coletiva”, os “costumes sexuais” (eliminados do Título VI da Parte Especial do CP, *ex vi* da Lei nº 12.015/2009) e o “pudor público” (ausente, a rigor, na rubrica do Capítulo VI do referido Título e sequer apontado no *corpus* do citado tipo legal) não constituem o bem jurídico inserto sob sua proteção;

6. A *tradicional doutrina pátria* confere ao art. 234 do CP exegese que não se coaduna nem com os anseios da política criminal de uma sociedade pluralista, nem com a dogmática penal característica de um autêntico Estado Democrático de Direito: sob essa perspectiva, apenas o reconhecimento de “qualquer pessoa” como sujeito ativo do delito ainda subsiste intocado, ao passo que os demais componentes da tipificação exigem *profundo reexame crítico*;

7. O art. 234 do CP deve ser alvo de *ressignificação hermenêutica* comprometida com os fundamentos constitucionais que lhe conferem validade e demarcam os seus legítimos limites. Destarte, a proposta exegética que ora se apresenta, alusiva ao referido tipo legal, pode ter seu conteúdo sintetizado a partir dos seguintes parâmetros epistemológicos:

7.1) O modelo tradicional de interpretação do citado dispositivo, proposto pela doutrina pátria anteriormente à promulgação da CR em vigor e à edição da Lei nº 12.015/2009, já não realiza axiologicamente a primeira e, se *considerado em sua isolada literalidade*, pode *indevidamente restringir a eficácia dos valores, direitos e liberdades fundamentais*;

7.2) Justamente em razão da necessidade de conferir máxima efetividade às disposições constitucionais e levando-se em conta que o Título VI da Parte Especial do CP cuida dos “Crimes contra a dignidade sexual”, *juízos puramente estéticos e concepções estritamente morais não consubstanciam a objetividade jurídica tutelada* no art. 234 do CP;

7.3) É bifronte o bem jurídico protegido no art. 234 do CP, pois ele é composto pela *autodeterminação sexual*, decorrência da autonomia assegurada a *indivíduos adultos capazes de expressar consentimento jurídico-penal eficaz*, e pela *integridade sexual*, corolário da *especial proteção devida às crianças e adolescentes*, bem como à tutela assegurada às *pessoas reputadas, para fins penais, sexualmente vulneráveis*;

7.4) Em coerência com o item anterior, o *sujeito passivo* do art. 234 do CP já não é a coletividade, mas, invariável e tão somente, a *pessoa humana*;

7.5) O obsceno *per se*, além de não constituir objeto de interesse jurídico-penal, nem sempre é contrário à normatividade jurídica brasileira, conforme se infere da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, da Lei nº 10.359, de 27 de dezembro de 2001, da Lei nº 12.485, de 12 de dezembro de

2011, e da Portaria nº 1.189, de 3 de agosto de 2018, do Ministério da Justiça. Logo, a eficácia do art. 234 do CP deve considerar os permissivos contidos na apontada normatividade;

7.6) A autodeterminação sexual, ao contrário da integridade sexual, é bem jurídico *disponível*: pessoas aptas a expressar *consentimento eficaz* (pertencentes ao grupo a que se refere essa específica face da objetividade jurídica – cf. item 7.3, *supra*), ao fazê-lo, *livres de quaisquer vícios* que possam comprometer a vontade por qualquer meio externada, já *não são vítimas* do delito tipificado no art. 234 do CP;

7.7) O obsceno (distinto do erótico, mas abarcante do pornográfico) é *termo passível de definição jurídica*, cujo significado pode ser extraído mediante o emprego do “teste de Miller”, inclusive já admitido pelo Tribunal Pleno do STF (RE nº 898.450/SP). O diagnóstico do obsceno exige *carga argumentativa que jamais prescinde de avaliações contextuais*, razão pela qual os costumes e uma razoável compreensão da matéria artística contemporânea, conquanto não sirvam à objetividade jurídica do art. 234 do CP, informam a valoração empírico-cultural do predicado de valor inerente ao tipo;

7.8) O agente não precisa conhecer, do ponto de vista técnico, a definição jurídica do obsceno: a compreensão do *sentido do tipo* (ou a possibilidade de um juízo leigo que antecipa as valorações do julgador) basta ao conteúdo intelectual do dolo exigido pelo art. 234 do CP;

7.9) Também em correlação lógica com a objetividade jurídica apontada, a consumação do delito tipificado no art. 234 do CP é condicionada à *efetiva apresentação* da expressão obscena a terceiros, pois o *iter criminis*, que pode ser fracionado com admissão do *conatus*, somente se aperfeiçoa no momento em que se dá o confronto da obra/representação contra ou em desconsideração à integridade sexual ou à autodeterminação sexual do ofendido (bem jurídico cuja essência também determina seja sempre oportunizada, ao seu portador, a liberdade de escolha quanto ao seu envolvimento com a publicação obscena);

7.10) Nada impede que o juízo de natureza penal a respeito do *caráter artístico ou não de determinada expressão* prevista no art. 234 do CP seja formado com auxílio de *experts* que integram o sistema de arte, ainda que a medida implique o deslocamento de competência para o processo e julgamento do caso concreto, que, em razão da eventual complexidade da *perícia*, pode, por conseguinte, *migrar do Juizado Especial Criminal para a Justiça Criminal Comum*;

8. O art. 234 do CP *não é de todo inconstitucional*. Essa afirmativa tem por fundamento o cotejo que se faz do dispositivo tanto em face de princípios influentes à matéria penal (dignidade da pessoa humana, liberdade de expressão e acesso à cultura) quanto em face de princípios penais (exclusiva proteção de bens jurídicos, taxatividade, lesividade, proporcionalidade, adequação social e intervenção penal mínima). Muito embora o STF jamais tenha se pronunciado nesse sentido, o *caput* do art. 234 do CP *é inconstitucional* (porquanto colidente com os quatro últimos princípios constitucionais penais retromencionados), enquanto os *três incisos integrantes de seu § 1º* não o são, mas exigem *leitura conforme a Constituição*;

9. O art. 234 do CP, notadamente no que tange aos incisos de seu § 1º, não deve sofrer *abolitio criminis*: valores supremos como o pluralismo e a harmonia social, característicos do Estado Democrático de Direito, restariam, com essa medida, *permanentemente expostos a inadmissível vácuo jurídico-penal*. A autodeterminação sexual da pessoa que não quer ser confrontada com a expressão obscena há de ser penalmente tutelada, uma vez que a dignidade, a liberdade e a segurança, situadas no plano sexual, exigem-no efetivamente e desde a perspectiva da prevenção resultante da cominação da pena; igualmente e com esteio nos mesmos fundamentos, há de se salvaguardar a integridade sexual dos vulneráveis, bem como — em virtude do que é possível extrair do comando inscrito no art. 227, § 4º, da CR — há de ser especialmente protegida, sob o prisma penal, a integridade sexual das crianças e dos adolescentes;

10. O art. 234 do CP merece reformulação legislativa em viés *reducionista*, a ser reescrita à *efetiva* equalização dos valores, direitos e liberdades fundamentais que o legitimem constitucionalmente e em proveito à própria realidade sociocultural na qual a tipificação se inscreve.

À vista disso, *Q.E.D.*:

Na cognição e na aplicação do art. 234 do CP devem ser garantidas a máxima efetividade ao direito fundamental de liberdade de expressão artística, bem como a mínima interferência do direito penal: as sanções penais decorrentes do manejo da tipificação somente são admissíveis “se” e “quando” a representação obscena for publicada em contrariedade à normatividade jurídica, lesionando, ou inserindo sob concreto perigo, a autodeterminação sexual ou a integridade sexual das pessoas que, respectivamente, não querem ou não podem ser confrontadas com o apontado modelo representacional.

* * *

Antes que “caiam as cortinas”, impende sublinhar que a hipótese acima formulada se compromete, em medida atenta às divisas demarcadas pelos valores, direitos e liberdades fundamentais, com a autonomia da arte e se concentra, desde esses mesmos marcos inscritos na vigente Constituição da República Federativa do Brasil, em enunciar contribuição científica em prol de uma *nova perspectiva de compreensão do artigo 234 do Código Penal brasileiro*.

Frise-se, mediante natural advertência, que os resultados desta dissertação não se erigem com o desígnio de ditar “a solução” para todos e quaisquer atritos que eventualmente possam surgir das disputas travadas entre a expressão obscena, o direito penal e a arte. Mas a pesquisa não se furta à apresentação de propostas que, acredita-se, *atenuam o retesamento da liberdade*, estabelecido em virtude daquelas apontadas relações de tensão. Nesse cenário, a hipótese citada quer, portanto, desvelar uma *possibilidade dialógica* entre as instâncias culturais envolvidas no problema, em percurso que “parte do” e que “chega no” mesmo valor: a *dignidade humana*.

Ademais, em nome da segurança jurídica e em reverência aos métodos de interpretação histórico-evolutivo, sociológico, lógico, sistemático e teleológico, foram *sugeridas chaves hermenêuticas voltadas a alguma mitigação da ênfase que tantas vezes é adjudicada ao obsceno*, presente no ora analisado dispositivo da codificação penal pátria. Se, no entanto, o tipo legal se perfaz em um conjunto de elementos integrados num mesmo enunciado, é evidente que todos eles interferem na sua *validade* e nos seus *limites*, razão pela qual sobre cada um daqueles aludidos elementos deve incidir *rigoroso exame crítico*. Nesse sentido, soa plausível que a não publicização de expressões obscenas, ou a não publicização delas em desacordo com a normatização jurídica e em afronta ou em desconsideração do consentimento (ou à capacidade de expressá-lo) de outrem *são balizas bastante razoáveis à própria previsibilidade e consequente evitação do delito*. Também isso a pesquisa pretendeu trazer à reflexão, em favor de *máxima efetividade da liberdade de expressão artística, nos quadrantes de um direito penal mínimo*.

A dissertação que ora vem a lume corresponde, enfim, ao intento de aproximação orientada à dissolução de antigos entraves jurídico-penais que, ciclicamente, inflamam-se na órbita social referente ao tema. Que aqueles que se dispuserem, doravante, a enfrentar o assunto possam elaborar — oxalá com algum suporte nesta pesquisa, ou quiçá para superá-la ou desconstruí-la — novos e mais apurados argumentos a respeito das intrincadas relações havidas entre o artístico e o obsceno, no orbe do direito penal.

REFERÊNCIAS

- ABOSO, Gustavo Eduardo. *Derecho penal sexual: estudio sobre los delitos contra la integridad sexual*. Buenos Aires: B de F, 2018.
- ABRAMOVIĆ, Marina. *Pelas paredes: memórias de Marina Abramović*. Tradução de Waldéa Barcellos. Rio de Janeiro: José Olympio, 2017.
- ABREU, Nuno César. *O olhar pornô: a representação do obsceno no cinema e no vídeo*. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: Alameda, 2012.
- ACOSTA PATIÑO, Rafael. De los delitos de exhibicionismo, provocación sexual y pornografía: estudio de los artículos 431 y 432 del código penal. *Revista de derecho penal y criminología*, Madrid, n. 2, p. 117-172, 1992.
- ADAM, Peter. *El arte del tercer Reich*. Traducción de Antonio-Prometeo Moya. Barcelona: Tusquets, 1992.
- ALLER, Germán. *El derecho penal y la víctima*. Buenos Aires: B de F, 2015.
- ALMEIDA, Tiago. Teatro em miniatura. Disponível em: <https://teatroemminiatura.wordpress.com/>. Acesso em: 18 jan. 2019.
- ARANGO, Ariel C. *Os palavrões: virtudes terapêuticas da obscenidade*. Tradução de Jasper Lopes Bastos. Revisão da tradução Sergio Molina e Rubia Prates Goldoni. São Paulo: Brasiliense, 1991.
- ARCHER, Michael. *Arte contemporânea: uma história concisa*. Tradução de Alexandre Krug, Valter Lellis Siqueira. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.
- ARGENTINA. Código Penal (1984). In: ROMERO VILLANUEVA, Horacio J. *Código penal anotado: legislación complementaria*. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009. p. 11-1.237.
- ARREGUI, Igor Minteguía. Religión, moral y expresión artística. In: GARCÍA CONLLEDO, Miguel Diaz y (Coord.). *Libertad de expresión y sentimientos religiosos*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 71-102.
- ASÚA, Luis Jiménez de. *Tratado de derecho penal: tomo I*. 5. ed. actual. Buenos Aires: Editorial Losada, 1990.
- BACIGALUPO, Enrique. *Direito penal: parte geral*. Tradução de André Estefam. Revisão, prólogo e notas de Edilson Mougenot Bonfim. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BAKER, C. Edwin. Autonomy and hate speech. In: HARE, Ivan; WEISTEIN, James (Ed.). *Extreme speech and democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 139-157.
- BALEEIRO, Aliomar. A Constituição de 1946. In: BALEEIRO, Aliomar; LIMA SOBRINHO, Barbosa. *Constituições brasileiras: 1946*. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Coleção Constituições brasileiras, v. 5, p. 9-23.

BALEEIRO, Aliomar. *Constituições brasileiras: 1891*. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Coleção Constituições brasileiras, v. 2.

BALEEIRO, Aliomar; LIMA SOBRINHO, Barbosa. *Constituições brasileiras: 1946*. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Coleção Constituições brasileiras, v. 5.

BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. Preâmbulo da CR: função e normatividade. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al.* *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 105-108.

BARRETO, Tobias. Ideia do Direito: discurso de paraninfo, proferido em 10 de abril de 1883. In: _____. *Estudos de direito I*. 2. ed. Organização e notas de Paulo Mercadante e Antonio Paim com a colaboração de Luiz Antonio Barreto: introdução de Miguel Reale. Rio de Janeiro: Record; Aracaju, SE: Secretaria de Cultura e Meio Ambiente, 1991. p. 45-50.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a constituição do novo modelo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BASOCO, Juan M. Terradillos. Represión penal y libertad de expresión (a propósito del proceso de Charles Baudelaire). In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (Org.). *Direito penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 667-687.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

BATAILLE, Georges. *O erotismo*. Tradução, apresentação e organização de Fernando Scheibe. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017.

BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. In: _____. *Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios*. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 226-272.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial 4: crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública*. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOIX REIG, Javier; ORTS BERENGUER, Enrique. Consideraciones sobre los delitos de violación de la libertad sexual, proxenetismo y ofensas al pudor público en el CP peruano. *Revista peruana de ciencias penales*, Lima, v. 7/8, n. 11, p. 145-174, 2002.

BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel. De los delitos de exhibicionismo y provocación sexual. In: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis; CASABONA, Carlos María Romeo (Coord.).

Comentarios al código penal: parte especial II: títulos VII-XII y faltas correspondientes. Valencia: Tirant lo Blanc, 2004. p. 425-474.

BOLOGNE, Jean Claude. *História do pudor*. Tradução de Telma Costa. Lisboa: Teorema, 1990.

BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BORINSKY, Carlos. Cinematografía, ley penal y obscenidad. *Doctrina Penal: teoría y práctica en las ciencias penales*, Buenos Aires, v. 9, n. 33/36, p. 87-99, 1986.

BORTULUCCE, Vanessa Beatriz. Arte como catarse: as performances de Joseph Beuys e a ressignificação do mundo. In: ENCONTRO DE HISTÓRIA DA ARTE DO INSTITUTO DE FILOSOFIA E CIÊNCIAS HUMANAS DA UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS, 9, 2013, Campinas, SP. Atas. Organização de André Ribeiro de Barros *et al.* Campinas, SP: UNICAMP/ IFCH/CHAA, 2013. p. 413-416.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Direitos fundamentais em espécie. In: MENDES, Gilmar Ferreira Mendes; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 255-320.

BRASIL. Agência Nacional do Cinema. Instrução Normativa nº 105, de 10 de julho de 2012. Dispõe sobre o Registro de Título da Obra Audiovisual Não Publicitária, a emissão de Certificado de Registro de Título e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 20 jul. 2012. Disponível em: <https://www.ancine.gov.br/pt-br/legislacao/instrucoes-normativas-consolidadas/instru-o-normativa-n-105-de-10-de-julho-de-2012>. Acesso em 11 jun. 2018.

_____. Câmara dos Deputados. Secretaria-Geral da Presidência. *Constituição do Brasil de 1967*. Anais. Brasília, DF, 1969. 4 v. Disponível em: http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf/Anais_Republica/1967/1967%20Livro%206.pdf. Acesso em: 2. Jun. 2018.

_____. Congresso Nacional. Lei nº 6.016, de 31 de dezembro de 1973. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 1.004, de 21 de outubro de 1969, que instituiu o Código Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 31 dez. 1973. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-6016-31-dezembro-1973-357598-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 11 jun. 2018.

_____. Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 13 jul. 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm. Acesso em: 20 nov. 2018.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 16 jul. 1990, retificado em 27 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 22 mar. 2019.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 12 set. 1990, edição extra e retificado em 10 jan. 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 22 mar. 2019.

_____. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 27 set. 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 22 mar. 2019.

_____. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 13 fev. 1998, retificado em 17 fev. 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm. Acesso em: 22 mar. 2019.

_____. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 nov. 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm. Acesso em: 22 mar. 2019.

_____. Lei nº 10.359, de 27 de dezembro de 2001. Dispõe sobre a obrigatoriedade de os novos aparelhos de televisão conterem dispositivo que possibilite o bloqueio temporário da recepção de programação inadequada. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 28 dez. 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10359.htm. Acesso em: 22 mar. 2019.

_____. Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 23 dez. 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.826.htm. Acesso em: 22 mar. 2019.

_____. Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005. Altera os arts. 148, 215, 216, 226, 227, 231 e acrescenta o art. 231-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 29 mar. 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11106.htm. Acesso em: 22 mar. 2019.

_____. Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006. Altera os art. 60 e 61 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, e o art. 2º da Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, pertinentes à competência dos Juizados Especiais Criminais, no âmbito da Justiça Estadual e da Justiça Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 29 jun. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11313.htm. Acesso em: 22 mar. 2019.

_____. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 24 ago. 2006. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 22 mar. 2019.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 20 dez. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11417.htm. Acesso em: 22 mar. 2019.

_____. Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 10 ago. 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm. Acesso em: 22 mar. 2019.

_____. Lei nº 12.376, de 30 de dezembro de 2010. Altera a ementa do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 31 dez. 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12376.htm. Acesso em: 22 mar. 2019.

_____. Lei nº 12.485, de 12 de dezembro de 2011. Dispõe sobre a comunicação audiovisual de acesso condicionado; altera a Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, e as Leis nºs 11.437, de 28 de dezembro de 2006, 5.070, de 7 de julho de 1966, 8.977, de 6 de janeiro de 1995, e 9.472, de 16 de julho de 1997; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 13 set. 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12485.htm. Acesso em: 22 mar. 2019.

_____. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 7 jul. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm. Acesso em: 22 mar. 2019.

_____. Lei nº 13.603, de 9 de janeiro de 2018. Altera a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, para incluir a simplicidade como critério orientador do processo perante os Juizados Especiais Criminais. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 10 jan. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13603.htm. Acesso em: 22 mar. 2019.

_____. Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 26 abr. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm. Acesso em: 22 mar. 2019.

_____. Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, tornar pública incondicionada a natureza da ação penal dos

crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelecer causas de aumento de pena para esses crimes e definir como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo; e revoga dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 25 set. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm. Acesso em: 22 mar. 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça. Portaria nº 232, de 24 de março de 1998: Anteprojeto de lei (1998). *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, Seção 1, p. 1 et seq., 25 mar. 1998. (Publicação original). Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/1123567/pg-1-secao-1-diario-oficial-da-uniao-dou-de-25-03-1998>. Acesso em: 7 ago. 2019.

_____. *Manual da nova classificação indicativa*, 2006. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/classificacao/manual-da-nova-classificacao-indicativa.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2019.

_____. Portaria nº 1.189, de 3 de agosto de 2018. Regulamenta o processo de classificação indicativa de que tratam o art. 74 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, o art. 3º da Lei nº 10.359, de 27 de dezembro de 2001, e o art. 11 da Lei nº 12.485, de 12 de setembro de 2011. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 6 ago. 2018. Disponível em: http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/35518982. Acesso em: 30 mar. 2019.

_____. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Guia prático da classificação indicativa*. 3. ed. Brasília, 2018. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/classificacao/guia-pratico>. Acesso em: 30 mar. 2019.

_____. Presidência da República. Ato institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968. São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições Estaduais; o Presidente da República poderá decretar a intervenção nos estados e municípios, sem as limitações previstas na Constituição, suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 13 dez. 1968. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm. Acesso em: 2 jun. 2018.

_____. Ato institucional nº 13, de 5 de setembro de 1969. Institui a pena de banimento do Território Nacional para o brasileiro que se tornar inconveniente, nocivo ou perigoso à Segurança Nacional e dá outras providências. *Oficial da União*, 9 set. 1969, retificado em 10 set. 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-13-69.htm. Acesso em: 2 jun. 2018.

_____. Código Penal (1940). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 25 jan. 2018.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 22 mar. 2019.

BRASIL. Presidência da República. *Decreto nº 11*, de 18 de janeiro de 1991. Aprova a Estrutura Regimental do Ministério da Justiça e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVil_03/decreto/1990-1994/D0011.htm#download. Acesso em: 19 jun. 2018.

_____. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Promulga o Código Penal. *Coleção de Leis do Brasil - 1890*, fasc. X, 1890. (Publicação original). Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 11 jun. 2018.

_____. Decreto nº 4.743, de 31 de outubro de 1923. Regula a liberdade de imprensa e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 1º nov.1923. (Publicação original). Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4743-31-outubro-1923-567758-publicacaooriginal-91090-pl.html>. Acesso em: 11 jun. 2018.

_____. Decreto nº 22.213, de 14 de dezembro de 1932. Aprova a Consolidação das Leis Penais, da autoria do Sr. Desembargador Vicente Piragibe. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 dez. 1932. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D22213.htm. Acesso em: 11 jun. 2018.

_____. Decreto nº 24.776, de 14 de julho de 1934. Regula a liberdade de imprensa e dá outras providências. *CLBr*, 31 dez. 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVil_03/decreto/1930-1949/D24776.htm. Acesso em: 19 jun. 2018.

_____. Decreto-Lei nº 1.004, de 21 de outubro de 1969. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 21 out. 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del1004.htm. Acesso em: 11 jun. 2018.

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, 31 dez. 1940. Seção 1. (Publicação original). Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 20 nov. 2018.

_____. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 9 set. 1942, retificado em 8 out. 1942 e em 17 jun. 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm. Acesso em: 11 jun. 2018.

_____. Emenda constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 20 out. 1969, retificado em 21 out.1969 e republicado em 30 out. 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 2 jun. 2018.

_____. Emenda constitucional nº 11, de 13 de outubro de 1978. Altera dispositivos da Constituição Federal. *Diário do Congresso Nacional*, 14 out. 1978. (Publicação original). Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1970-1979/emendaconstitucional-11-13-outubro-1978-366947-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 2 jun. 2018.

BRASIL. Presidência da República. Emenda constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 31 dez. 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 11 jun. 2018.

_____. Emenda constitucional nº 65, de 13 de julho de 2010. Altera a denominação do Capítulo VII do Título VIII da Constituição Federal e modifica o seu art. 227, para cuidar dos interesses da juventude. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 14 jul. 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc65.htm. Acesso em: 2 jun. 2018.

_____. Lei de 16 de dezembro de 1830. Manda executar o Código Criminal. *Coleção de Leis do Império do Brasil - 1830*, v. 1, pt I. (Publicação original). Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-38059-16-dezembro-1830-565840-publicacaooriginal-89575-pl.html. Acesso em: 11 jun. 2018.

_____. Senado da República. Comissão de juristas. Lista de presença 1ª reunião 18 de outubro de 2011. *Diário do Senado Federal*, Brasília, DF, 18 out. 2011. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3502809&disposition=inline>. Acesso em: 3 jul. 2018.

_____. Comissão de juristas encarregada de elaborar o Anteprojeto de Código Penal. *Diário do Senado Federal*, Brasília, DF, 18 out. 2011. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3502836&disposition=inline>. Acesso em: 3 jul. 2018.

_____. Discurso Ministro Gilson Dipp – Entrega do relatório, p. 3. Disponível em: <http://www6g.senado.leg.br/busca/?portal=Atividade+Legislativa&q=discurso+gilson+dipp>. Acesso em: 7 jul. 2018.

_____. Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012 - (novo Código Penal). Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>. Acesso em: 7 jul. 2018

_____. Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012 - (novo Código Penal). Reforma do Código Penal Brasileiro. *Diário do Senado Federal*, Brasília, DF, 10 jul. 2012. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?codDiario=11731&paginaDireta=33259#diario>. Acesso em: 20 jul. 2019.

_____. Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012. Segunda Parte. Anteprojeto de Código Penal. *Diário do Senado Federal*, Brasília, DF, 10 jul. 2012. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?codDiario=11731#diario>. Acesso em: 20 jul. 2019.

_____. Projeto de Lei do Senado nº 236, de 9 de julho de 2012. Institui novo Código Penal. *Diário do Senado Federal*, Brasília, DF, 10 jul. 2012. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?codDiario=11731&paginaDireta=33260&from=busca#diario>. Acesso em: 7 jul. 2018.

BRASIL. Senado da República. *Quadro comparativo do Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012* (projeto do novo Código Penal). Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3515658&disposition=inline>. Acesso em: 7 jul. 2018.

_____. Relatório final. Inclui o histórico dos trabalhos, o anteprojeto do novo Código Penal e a exposição de motivos das propostas efetuadas. *Diário do Senado Federal*, Brasília, DF, 18 jun. 2012. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3503133&disposition=inline>. Acesso em: 7 jul. 2018.

_____. Requerimento nº 756, de 2011. Requer, com base no art. 374, parágrafo único, do Regimento Interno do Senado Federal, a constituição, pelo Senado, de uma comissão de 7 (sete) juristas para, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, elaborar projeto de Código Penal adequado aos ditames da Constituição de 1988 e às novas exigências de uma sociedade complexa e de risco. *Diário do Senado Federal*, Brasília, DF, 17 jun. 2011. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/100768>. Acesso em: 3 jul. 2018.

_____. Requerimento nº 1.034, de 2011. Solicita, em aditamento ao Requerimento nº 756, de 2011, que a Comissão de Juristas criada para elaborar o anteprojeto do novo Código Penal seja composta por 15 membros. *Diário do Senado Federal*, Brasília, DF, 22 ago. 2011. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/101731>. Acesso em: 3 jul. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Seção. Reclamação nº 27.315/SP. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. *Diário do Judiciário eletrônico*, Brasília, DF, 15 dez. 2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201502331420&dt_publicacao=15/12/2015. Acesso em: 7 set. 2018.

_____. Terceira Turma. Recurso especial nº 1.209.792. Relatora: Min.^a Nancy Andrighi. *Diário do Judiciário*, Brasília, DF, Acórdão de 8 de nov. de 2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201001568769&dt_publicacao=28/03/2012. Acesso em: 13 abr. 2019.

_____. Quinta Turma. Recurso ordinário em *habeas corpus* nº 15.093/SP. Relatora: Min.^a Laurita Vaz. *Diário do Judiciário*, Brasília, DF, Acórdão de 16 de mar. de 2006. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=607725&num_registro=200301774675&data=20060612&formato=PDF. Acesso em: 12 mar. 2019.

_____. Súmula 269 do STJ. É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais. Terceira Seção, em 22 maio 2002. *Diário do Judiciário*, Brasília, DF, 29 maio 2002. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011_20_capSumula269.pdf. Acesso em: 12 mar. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.815. Relatora: Min.^a Cármen Lúcia. Brasília, DF, Acórdão de 10 de jun. de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em: 14 jan. 2019.

_____. Tribunal Pleno. Recurso Extraordinário nº 898.450. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF, Acórdão de 17 de ago. de 2016. Disponível em:

<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311915149&ext=.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 719 do STF. A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea. *Diário do Judiciário*, Brasília, DF, 13 out. 2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2556>. Acesso em: 15 ago. 2018.

BRECHT, Bertolt. *A vida de Galileu*. Tradução de Roberto Schwarz. São Paulo: Abril, 1977.

BRICOLA, Franco. Limite esegetico, elementi normativi e dolo nel delitto di pubblicazioni e spettacoli osceni. *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 3, n. 3, p. 738-785, jul./set. 1960.

BRITTO, Carlos Ayres. *O humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BRODT, Luís Augusto Sanzo. Dos crimes contra a dignidade sexual: a nova maquiagem da velha senhora. *Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, v. 7, n. 13, p. 170-193, jul./dez. 2010.

BRUNO, Aníbal. BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral: tomo 1º: introdução – norma penal, fato punível*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

_____. *Direito penal: parte geral: tomo 2º: fato punível*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

BRUSCKY, Paulo Roberto Barbosa. *Meu cérebro desenha assim (My brain draws like that)*. Nova York: Museum of Modern Art de Nova York (MoMA), 1976. Disponível em: <https://www.moma.org/collection/works/168171>. Acesso em: 4 nov. 2018.

BUCHHOLZ, Ernest. ¿Cuándo es deshonesto el arte?. In: BAUER, Fritz; BÜRGER-PRINZ, Hans; GIESE, Hans; JÄGER, Herber (Ed.). *Sexualidad y crimen*. Versión de la 3ª edición alemana por Enrique Gimbernat. Madrid: REUS, 1969. p. 343-354.

BURKE, Edmund. *Investigação filosófica sobre a origem de nossas ideias do sublime e da beleza*. Tradução, introdução e notas de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: EDIPRO, 2016.

CABALLERO, Jorge Frias; CODINO, Diego; CODINO, Rodrigo. *Teoría del delito*. Buenos Aires: Hammurabi, 1993.

CABANNE, Pierre. *Marcel Duchamp: engenheiro do tempo perdido*. Tradução de Paulo José Amaral. São Paulo: Perspectiva, 2012.

CAMARGO, Francisco Carlos; HOFF, Tânia Márcia Cezar. *Erotismo e mídia*. São Paulo: Expressão & Arte, 2002.

CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal: estudios sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*. 2. ed. Barcelona: J. M. Bosch, 2001.

CANCIO MELIÁ, Manuel. Las infracciones de violación de la libertad sexual, proxenetismo y ofensas al pudor público en derecho penal peruano: algunas consideraciones de política criminal y de derecho comparado. *Revista peruana de ciencias penales*, Lima, v. 7/8, n. 11, p. 175-207, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CARLSON, Marvin. *Teorias do teatro: estudo histórico-crítico dos gregos à atualidade*. Tradução de Gilson César Cardoso de Souza. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1997.

CASTANHO DE CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti. *Direito de informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CASTELLO BRANCO, Humberto de Alencar. Mensagem nº 25, de 1966. In: BRASIL. Câmara dos Deputados. Secretaria-Geral da Presidência. *Constituição do Brasil de 1967: anais*. Brasília, 1969. p. 9-10. Disponível em: http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf/Anais_Republica/1967/1967%20Livro%206.pdf. Acesso em: 2 jun. 2018.

CASTELLO BRANCO, Lúcia. O que é erotismo. In: MILAN, Betty *et al.* *O que é amor, erotismo e pornografia*. São Paulo: Brasiliense/Círculo do Livro, 1984. p. 58-103.

CATTANI, Icileia Borsa. *Arte moderna no Brasil: constituição e desenvolvimento nas artes visuais: 1900-1950*. Belo Horizonte: C/ Arte, 2011.

CAUQUELIN, Anne. *Arte contemporânea: uma introdução*. Tradução de Rejane Janowitzer. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão; BRITO, Luiz Navarro de; BALEEIRO, Aliomar. *Constituições brasileiras: 1967*. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Coleção Constituições brasileiras, v. 6.

CEREZO MIR, José. *Derecho Penal: parte general*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Lima, PE: ARA Editores, 2007.

CLAIR, Jean. *De immundo: apofatismo y apocatástasis en el arte de hoy*. Traducción de Santiago E. Espinosa. Madrid: Arena Libros, 2007.

_____. *La responsabilité de l'artiste: les avant-gardes entre terreur et raison*. Paris: Gallimard, 1997.

CLARAVAL, São Bernardo de. *Opúsculo sobre o livre arbítrio*. Tradução de Tiago Tondinelli. Campinas: Ecclesiae, 2013.

COLI, Jorge. *O que é arte?* 15. ed. São Paulo: Brasiliense, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

COSTA ANDRADE, Manuel da. *Consentimento e acordo em direito penal: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

COSTA NETO, João. *Liberdade de expressão: o conflito entre o legislador e o juiz constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2017.

CROCE, Benedetto. Aquilo de que a arte se distingue. In: _____. *Breviário de estética/Aesthetica in nuce*. Tradução de Rodolfo Hari Jr. São Paulo: Ática, 1997. p. 158-161.

DANTO, Arthur C. *A transfiguração do lugar-comum: uma filosofia da arte*. Tradução de Vera Pereira. São Paulo: Cosac Naify, 2005.

_____. *O abuso da beleza: a estética e o conceito de arte*. Tradução de Pedro Sússekind. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015.

DAVI, Rocco. L'arte, la scienza ed il diritto penale. *Annali di Diritto e Procedura Penale*, Torino, v. 8, n. 1, p. 13-20, jan. 1939.

D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DE CASTRO, Ana Lara Camargo; SYDOW, Spencer Toth. *Perversão, pornografia e sexualidade: reflexos no direito criminal informático*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Código penal alemão: tradução, comparação e notas*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014.

D'ELIA, Fábio Suardi. *Tutela penal da dignidade sexual e vulnerabilidade*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2014.

DELMANTO, Celso *et al.* *Código penal comentado*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

DEWEY, John. *Arte como experiência*. Tradução de Vera Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2007.

_____. Sobre a construção dogmática da doutrina do fato punível. In: _____. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 185-252.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. In: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis; CASABONA, Carlos María Romeo (Coord.). *Comentarios al código penal: parte especial II: títulos VII-XII y faltas correspondientes*. Valencia: Tirant lo Blanc, 2004. p. 209-389.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *El derecho penal ante el sexo: límites, criterios de concreción y contenido del derecho penal sexual*. Barcelona: Bosch, 1981.

_____. El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual. *Estudios de derecho judicial: delitos contra la libertad sexual*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Escuela Judicial, n. 21, p. 215-259, 1999.

_____. *Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras: la frontera del derecho penal sexual*. Barcelona: Bosch, 1982.

DÍEZ SÁNCHEZ, Juan José. Los delitos de exhibicionismo y provocación sexual. *Cuadernos de política criminal*, Madrid, n. 37, p. 75-118, 1989.

DIMOULIS, Dimitri; CHRISTOPOULOS, Dimitris. O direito de ofender: sobre os limites da liberdade de expressão artística. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 3, n. 10, p. 49-65, abr./jun. 2009.

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DUFOUR, Dany-Robert. *A cidade perversa: liberalismo e pornografia*. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

DWORKIN, Andrea; MACKINNON, Catherine A. *Pornography and Civil Rights: a new day for women's equality*. Minneapolis: Organizing Against Pornography, 1988.

ECO, Umberto. *A definição da arte*. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Record, 2016.

ENDSJØ, Dag Øistein. *Sexo e religião: do baile de vertigens ao sexo sagrado homossexual*. Tradução de Leonardo Pinto Silva. São Paulo: Geração Editorial, 2014.

ESPANHA. Código Penal (1995). In: MÉNGUEZ, José Moyna *et al.* *Código penal: comentarios y jurisprudencia*. Madrid: Editorial Colex, 1996. p. 13-815.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Constitution of the United States* (1787). Disponível em: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm. Acesso em: 26 jan. 2019.

_____. Supreme Court of the United States. *Cohen vs. California* (403 U.S. 15, 1971). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/403/15/>. Acesso em: 26 jan. 2019.

_____. *Ginsberg vs. New York* (390 U.S. 629, 1968). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/390/629/>. Acesso em: 26 jan. 2019.

_____. *Ginzburg vs. United States* (383 U.S. 463, 1966). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/383/463/>. Acesso em: 26 jan. 2019.

_____. *Jacobellis vs. Ohio* (378 U.S. 184, 1964). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/378/184/>. Acesso em: 26 jan. 2019.

_____. *Memoirs vs. Massachusetts* (383 U.S. 413, 1966). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/383/413/>. Acesso em: 26 jan. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. *Miller vs. California* (413 U.S. 15, 1973). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/413/15/>. Acesso em: 26 jan. 2019.

_____. *Mishkin vs. New York* (383 U.S. 502, 1966). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/383/502/>. Acesso em: 26 jan. 2019.

_____. *Paris Adult Theatre I vs. Slaton* (413 U.S. 49, 1973). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/413/49/>. Acesso em: 26 jan. 2019.

_____. *Redrup vs. New York* (368 U.S. 767, 1967). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/368/767/>. Acesso em: 26 jan. 2019.

_____. *Rosen vs. United States* (161 U.S. 29, 1896). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/161/29/>. Acesso em: 26 jan. 2019.

_____. *Roth vs. United States* (354 U.S. 476, 1957). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/354/476/>. Acesso em: 26 jan. 2019.

_____. *United States vs. Schwimmer* (279 U.S. 644, 1929). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/279/644/>. Acesso em: 26 jan. 2019.

ESTEFAM, André. *Crimes sexuais: comentários à Lei nº 12.015/2009*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Direito penal*, volume 2: parte especial (arts. 121 a 234-B). 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

ESTELLITA, Heloisa. Paternalismo, moralismo e direito penal: alguns crimes suspeitos em nosso direito positivo. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 15, n. 179, p. 17-19, out. 2007.

EYSENCK, Hans Jurgen. *Sexo, pornografia, personalidade: consequências sociais da psicologia moderna*. Tradução de Aydano Arruda. São Paulo: IBRASA, 1976.

FARIA, Bento de. *Código penal brasileiro (comentado): Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*: v. VI: parte especial (arts. 213 a 285). 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Record, 1961.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1986.

FERRO VEIGA, José Manuel. *El tráfico internacional/nacional de obras de arte (robo y falsificación): un acercamiento al crimen organizado*. [S.l.]: Createspace, 2014.

FIEDLER, Konrad. *Escritos sobre arte*. Traducción de Vicente Romano. Madrid: Visor, 1991.

FISCHER, Ernst. *A necessidade da arte*. 7. ed. Tradução de Leandro Konder. Rio de Janeiro: Zahar, 1979.

FISS, Owen M. *La ironía de la libertad de expresión*. Traducción de Victor Ferreres Comella y Jorge F. Malem Seña. Barcelona: Editorial Gedisa, 1999.

FLAUBERT, Gustave. *El origen del narrador: actas completas de los juicios a Flaubert y Baudelaire*. Traducción de Luciana Bata. Buenos Aires: Mardulce, 2013.

FOSTER, Hal. *Malos nuevos tiempos: arte, crítica, emergencia*. Traducción de Joaquín Chamorro Mielke. Madrid: Ediciones Akal, 2017.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade 1: a vontade de saber*. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 4. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2017.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: 3º volume: parte especial*. São Paulo: José Buschatsky Editor, 1959.

FRANÇA, Júnia Lessa; VASCONCELOS, Ana Cristina de. *Manual para normalização de publicações técnico-científicas*. 9. ed. Colaboração de Maria Helena de Andrade Magalhães e Stella Maris Borges. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2013.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Considerações sobre o controle de moralidade dos atos administrativos. *Revista dos Tribunais: doutrina civil, segunda seção*, São Paulo, v. 774, p. 108-125, abr. 2000.

FREEDBERG, David. *El poder de las imágenes: estudios sobre la historia y la teoría de la respuesta*. 4. ed. Traducción de Purificación Jiménez y Jerónima G.^a Bonafé. Madrid: Ediciones Cátedra, 2011.

FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização*. Tradução de José Octávio de Aguiar Abreu. Rio de Janeiro: Imago, 1997.

FRISCH, Wolfgang. El error como causa de exclusión del injusto y/o como causa de exclusión de la culpabilidad. Traducción de Enrique Peñaranda. In: FRISCH, Wolfgang *et al.* *El error en el derecho penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2010. p. 11-85.

GALVÃO, Fernando. *Direito penal: parte geral*. 10. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal: volume I: tomo I*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1972.

GARCÍA CONLLEDO, Miguel Díaz y. *El error sobre elementos normativos del tipo penal*. Madrid: La Ley, 2008.

GARDNER, James. *Cultura ou lixo?: uma revisão provocativa da arte contemporânea*. Tradução de Fausto Wolff. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996.

GERACE, Rodrigo. *Cinema explícito: representações cinematográficas do sexo*. São Paulo: Perspectiva; Edições Sesc, 2015.

GOMBRICH, Ernest Hans. *A história da arte*. Tradução de Cristiana de Assis Serra. Rio de Janeiro: LTC, 2013.

GOMES, Enéias Xavier. *Dolo sem vontade psicológica: perspectivas de aplicação no Brasil*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

GÓMEZ, María Mercedes. La mirada pornográfica. In: MacKINNON, Catharine A.; POSNER, Richard. *Derecho y pornografía*. Introducción de María Mercedes Gómez. Traducción de Isabel Cristina Jaramillo. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Facultad de Derecho; Universidad de los Andes, 1996. p. 11-43.

GOMPERTZ, Will. *Isso é arte?: 150 anos da arte moderna: do impressionismo até hoje*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Revisão técnica de Bruno Moreschi. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

GORSEN, Peter. *El principio de lo obsceno*. Versión al español de J. A. Bravo, de la primera edición alemana de Rowohlt Taschenbuch Verlag, Hamburgo, 1969. México, DF: Ediciones Roca, 1974.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *A autocolocação da vítima em risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

GRECO, Luís. A teoria da imputação objetiva: uma introdução. In: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Tradução e introdução de Luís Greco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 1-180.

_____. Bernd Schünemann, penalista e professor. A propósito desta coletânea. In: SCHÜNNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coordenação de Luís Greco, vários tradutores. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 5-25.

_____. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, n. 49, p. 89-147, jul./ago. 2004.

GRECO, Luís; HORTA, Frederico; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; QUANDT, Gustavo. *Parte geral do código penal: uma proposta alternativa para debate; versão revista e ampliada*. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

GUERRA, Carlos M. González. *Delitos contra la libertad sexual: delimitación de intimidación o amenaza como medio coactivo*. Buenos Aires: B de F, 2018.

GUHA, Anton-Andreas. *Sexualidad y pornografía*. Traducción de Nélica I. de Machain. Buenos Aires: Granica Editor, 1972.

GUITTON, Jean; ANTIER, Jean-Jacques. *O livro da sabedoria e das virtudes redescobertas*. Tradução de José Luiz Miranda. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003.

GULLAR, Ferreira. *Argumentação contra a morte da arte*. 8. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

GULOTTA, Guglielmo. *Presentazione: l'osceno: considerazioni psico-socio-giuridiche*. In: GOLDSTEIN, Michael J.; KANT, Harold S.; HARTMAN, John J. *Pornografia e comportamento sessuale deviante*. Milano: Giuffrè Editore, 1978. p. XI-XXVII.

GUSMÃO, Chrysolito de. *Dos crimes sexuais*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1981.

HANSON, Dian. *Shedding some light*. In: HANSON, Dian; KROLL, Eric. *The new erotic photography*. Köln: Taschen, 2013. p. 7-9.

HEFENDEHL, Roland. *El bien jurídico como eje material de la norma penal*. In: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang (Ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Traducción de original “Das Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm” realizada por María Martín Lorenzo. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 173-190.

HEIDEGGER, Martin. *A origem da obra de arte*. Tradução de Maria da Conceição Costa. Lisboa: Edições 70, 2017.

HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss de sinônimos e antônimos da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2003.

HORBACH, Beatriz Bastide. *Liberdade artística, obscenidade e o Supremo Tribunal Federal: HC 83.996*. In: HORBACH, Beatriz Bastide; FUCK, Luciano Felício (Coord.). *O Supremo por seus assessores*. São Paulo: Almedina, 2014. p. 65-78.

HORTA, Frederico Gomes de Almeida. *Do concurso aparente de normas penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco*. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal* (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. v. VIII (arts. 197 a 249). 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

HUNT, Lynn. *A invenção da pornografia: obscenidade e origens da modernidade, 1500-1800*. Tradução de Carlos Szlak. São Paulo: Hedra, 1999.

ITÁLIA. Código Penal (1930). In: PALIERO, Carlo Enrico; UBERTIS, Giulio. *Codice penale e normativa complementare*. 20. ed. Milano: Raffaello Cortina Editore, 2016. p. 93-393.

JAKOBS, Günther. *O que protege o direito penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma?* In: CALLEGARI, André Luís *et al.* *Direito penal e funcionalismo*. Tradução de André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli e Lúcia Kalil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 31-52.

_____. *Proteção de bens jurídicos?: sobre a legitimação do direito penal*. Tradução, apresentação e notas de Pablo Rodrigo Alflen. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

JAKOBS, Günther. *Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*. Günther Jakobs; Luiz Moreira, coordenador e supervisor; Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho, tradutores. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general*. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. renovada, corregida e ampl. Granada: Editorial Comares, S. L., 2002.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Comentários ao código penal: parte geral: volume 1: de acordo com a Lei nº 7.209, de 11-7-1984*. São Paulo: Saraiva, 1985.

_____. *Direito penal: parte especial: volume 3*. 12. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Direito penal: volume 1: parte geral*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

JOLIVET, Régis. *Curso de filosofia*. Tradução de Eduardo Prado de Mendonça. 8. ed. rev. Rio de Janeiro: Agir, 1966.

KAUFMANN, Armin. La misión del derecho penal. In: ESTUDIOS de derecho penal. Traducción de Santiago Mir Puig. Buenos Aires: B de F, 2018. p. 29-44.

KIECOL, Daniel. *Erotic art*. Paris: Koenemann, 2018.

LEITE, Inês Ferreira. *Pedofilia: repercussões das novas formas de criminalidade na teoria geral da infracção*. Coimbra: Almedina, 2004.

LENER, Raffaele. Il concetto di “osceno” nella legge penale. *Archivio Penale*, Roma, v. 1/12, p. 415-422, jan./dez. 1950.

LESSING, Gotthold Ephraim. *Laocoonte ou sobre as fronteiras da pintura e da poesia: com esclarecimentos ocasionais sobre diferentes pontos da história da arte antiga*. Introdução, tradução e notas de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Secretaria de Estado da Cultura do Governo de São Paulo; Iluminuras, 1998.

LEWIS, Anthony. *Liberdade para as ideias que odiamos: uma biografia da Primeira Emenda à Constituição americana*. Tradução de Rosana Nucci. São Paulo: Aracati, 2011.

LIMA SOBRINHO, Barbosa. A Constituição de 1946. In: BALEEIRO, Aliomar; LIMA SOBRINHO, Barbosa. *Constituições brasileiras: 1946*. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Coleção Constituições brasileiras, v. 5, p. 25-40.

LOPES, Jair Leonardo. *Curso de direito penal: parte geral*. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LOPES, Leandro Ricardo. *Exploração sexual e publicação obscena*. 4. ed. Poços de Caldas: CBCN, 2016.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo: o uso da cegueira deliberada no Brasil*. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

LUHMANN, Niklas. A obra de arte e a auto-reprodução da arte. Tradução de Heidrun Krieger Olinto. In: OLINTO, Heidrun Krieger. *Histórias da literatura: as novas teorias alemãs*. São Paulo: Editora Ática, 1996. p. 241-271.

LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

LUNA, Everardo da Cunha. A arte e o obsceno. *Fascículos de Ciências Penais*, Porto Alegre, v. 3, n. 4, p. 60-66, out./dez. 1990.

MACHADO, Alcântara. Projeto do Código Criminal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 34, n. 2, p. 193-494, 1º jan. 1938. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/65859/68470>. Acesso em: 19 jun. 2018.

MAIHOFER, Werner. *Estado de derecho y dignidad humana*. Traducción directa del alemán por el Dr. José Guzmán Dalbora. Buenos Aires: B de F, 2008.

MALUF, Sahid. *Direito Constitucional*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Sugestões Literárias, 1981.

MAMET, David. *Teatro*. Tradução de Ana Carolina Mesquita. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho penal*. Primera parte: teorías generales. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Prólogo y notas de derecho argentino por Ricardo C. Núñez y Ernesto R. Gavier. Buenos Aires: Ediar Sociedade Anônima Editores, 1948. t. I, v. I.

MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. *Crimes contra a dignidade sexual: comentários ao Título VI do Código Penal*. 3. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de constitucionalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 942-1.419.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal: v. II: Da infração penal*. Campinas: Bookseller, 1997.

MARTÍNEZ, Soares. *Filosofia do direito*. 2. ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1995.

MARTINS, Leonardo. Direito constitucional à expressão artística. In: MAMEDE, Gladston; FRANCA FILHO, Marcílio Toscano; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Org.). *Direito da arte*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 29-86.

MARTINS, Salgado. *Sistema de direito penal brasileiro: introdução e parte geral*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1957.

MASSON, Cleber. *Direito penal: parte especial: volume 3: arts. 213 a 359-h*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Forense, 2018.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

MAYA, Carlos Granés. Revoluciones modernas, culpas posmodernas. In: TOLOSANA, Carmelo Lisón (Ed.). *Antropología: horizontes estéticos*. Barcelona: Anthropos Editorial, 2010. p. 211-246.

MAYER, Max Ernest. *Derecho penal: parte general*. Traducción directa del alemán por el profesor Sergio Politoff Lipschitz. Buenos Aires: B de F, 2007.

_____. *Filosofía del derecho*. Traducción de la segunda edición original por Luis Legaz Lacambra. Buenos Aires: B de F, 2015.

MEDEIROS, Afonso. *O imaginário do corpo, entre o erótico e o obsceno: fronteiras líquidas da pornografia*. Goiânia: FUNAPE, 2008.

MEYER, Dagmar Elisabeth Estermann. Gênero e educação: teoria e política. In: LOURO, Guacira Lopes; FELIPE, Jane; GOELLNER, Silvana Vilodre (Org.). *Corpo, gênero e sexualidade: um debate contemporâneo na educação*. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 11-29.

MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*. Traducción de la segunda edición alemana (München, 1933) y notas de derecho español por José Arturo Rodríguez Muñoz. Buenos Aires: Hammurabi, 2010. t. I.

_____. *Tratado de derecho penal*. Traducción al castellano por José Arturo Rodríguez Muñoz. Buenos Aires: Hammurabi, 2010. t. II.

MICHEL, Marianne Roland. *A arte e a sexualidade*. Tradução de João Belchior Viegas. Lisboa: Editorial Estúdios Cor, S.A.R.L., 1973.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal: parte especial: volume 2*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 1993.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza; NOVAIS, Andrea Lanna Mendes. Acessibilidade aos bens culturais: direito humano fundamental. In: SOARES, Inês Virgínia Prado; CUREAU, Sandra (Org.). *Bens culturais e direitos humanos*. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2015. p. 389-401.

MIRANDA, Marine Carrière de. *Reflexos da vitimodogmática no consentimento em direito penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018.

MONTEIRO, Ângelo. *Arte ou desastre*. São Paulo: É Realizações, 2011.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Eliane Robert; LAPEIZ, Sandra Maria. O que é pornografia. In: MILAN, Betty *et al.* *O que é amor, erotismo e pornografia*. São Paulo: Brasiliense/Círculo do Livro, 1984. p. 105-174.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017.

MOURAZ LOPES, José. *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no código penal*. 4. ed. rev. e modificada de acordo com a Lei nº 59/2007, de 4 de setembro. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

MUÑOZ CONDE, Francisco. El tráfico ilegal de obras de arte. *Estudios penales y criminológicos*, Santiago de Compostela, n. 16, p. 395-421, 1993.

MUÑOZ SABATÉ, Luis. *Sexualidad y derecho*: elementos de sexología jurídica. Barcelona: Editorial Hispano-Europea, 1976.

NÃO à censura. *Revista Cult*, n. 230, p. 14-21, dez. 2017.

NARVAIZ, Pedro. El concepto de la obscenidad y el art. 128 del código penal. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Buenos Aires, n. 1, p. 55-70, jan./mar. 1971.

NATSCHERADETZ, Karl Prelhaz. *O direito penal sexual*: conteúdos e limites. Coimbra: Livraria Almedina, 1985.

NERET, Gilles. *Arte erótica*. Tradução de Paula Lisboa. Köln: Taschen, 1994.

NOGUEIRA, Octaciano. *Constituições brasileiras*: 1824. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Coleção Constituições brasileiras, v. 1.

NORONHA, Edgard Magalhães *Direito penal*: volume 3: (de crimes contra a propriedade imaterial a crimes contra a segurança dos meios de comunicação e transporte e outros serviços públicos). 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Código penal comentado*: estudo integrado com processo e execução penal: apresentação esquemática da matéria: jurisprudência atualizada. 14. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. *Manual de direito penal*. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. *Prostituição, lenocínio e tráfico de pessoas*: aspectos constitucionais e penais. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OCVIRK, Otto G. et al. *Fundamentos da arte*: teoria e prática. Tradução de Alexandre Salvaterra. 12. ed. Porto Alegre: AMGH, 2014.

OLIVEIRA, Edmundo. *Vitimologia e direito penal*: o crime precipitado pela vítima. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Paris, 10 dez. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2019.

OSTERWOLD, Tilman. *Pop art*. Köln: Taschen, 2003.

PALAZZO, Francesco C. O princípio da determinação taxativa da lei penal. Tradução de Antônio Martins. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (Org.). *Direito penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 485-494.

_____. *Valores constitucionais e o direito penal: um estudo comparado*. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

PELLEGRINI, Aldo. Lo erótico como sagrado. In: LAWRENCE, D. H.; MILLER, H. *Pornografía y obscenidad*. Traducción y notas de Aldo Pellegrini. Buenos Aires: Ediciones Nueva Visión, 1967. p. 9-36.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PERU. *Código Penal* (1991). ed. actual. Lima: Jurista Editores E.I.R.L., 2014.

PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni. *Discurso sobre a dignidade do homem*: edição bilingue. Tradução de Maria de Lurdes Sirgado Ganho. Lisboa: Edições 70, 2001.

PIEIDADE JÚNIOR, Heitor. *Vitimologia: evolução no tempo e no espaço*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993.

PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Consentimento do ofendido: na teoria do delito*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PIERANGELI, José Henrique; SOUZA, Carmo Antônio de. *Crimes sexuais*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

PINHEIRO, Lenise. *Fotografia de palco II*. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2015.

PINKER, Steven. *Tábula rasa: a negação contemporânea da natureza humana*. Tradução de Laura Teixeira Mota. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela. Segurança jurídica e direitos humanos: o direito à segurança de direitos. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. 2. ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009. p. 47-83.

POLAINO-ORTS, Miguel. Los delitos sexuales a la luz del código penal de 1995: especial referencia a la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril: *Cuadernos de política criminal*, Madrid, n. 67, p. 143-215, 1999.

POLETTI, Ronaldo. *Constituições brasileiras: 1934*. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Coleção Constituições brasileiras, v. 3.

PORTO, Walter Costa. *Constituições brasileiras: 1937*. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Coleção Constituições brasileiras, v. 4.

PORTUGAL. Assembleia da República. Lei nº 59, de 4 de setembro de 2007. Vigésima terceira alteração ao Código Penal, aprovado pelo Decreto-Lei nº 400/82, de 23 de setembro. *Diário da República*, Lisboa, n. 170/2007, série I de 2007-09-04. Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/640142/details/maximized>. Acesso em: 20 nov. 2018.

_____. Código Penal (2007). In: ANTUNES, Maria João. *Código penal*. 16. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 5-155.

POSNER, Richard. Arte erótico, pornografia y desnudez. In: MacKINNON, Catharine A.; POSNER, Richard. *Derecho y pornografía*. Introducción de María Mercedes Gómez. Traducción de Isabel Cristina Jaramillo. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Facultad de Derecho; Universidad de los Andes, 1996. p. 88-139.

POUGY, Eliana; VILELA, André. *Todas as artes*. São Paulo: Ática, 2016.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 8. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

_____. *Comentários ao código penal: doutrina: jurisprudência selecionada: leitura indicada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Tratado de direito penal brasileiro: v. III: parte especial: 2. ed. rev. atual. e reform.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

PULIDO, Carlos Bernal. *O direito dos direitos: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais*. Tradução de Thomas da Rosa Bustamante com a colaboração de Bruno Stiegert. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

PUPPE, Ingeborg. Error de hecho, error de derecho, error de subsunción. Traducción del artículo “Tatirrtum, Rechtsirrtum, Subsumtionsirrtum”, publicado en *Goldammer’s Archiv für Strafrecht*, realizada por Manuel Cancio Meliá. In: FRISCH, Wolfgang et al. *El error en el derecho penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2010. p. 87-138.

_____. Perspectivas conceptuales del dolo eventual. Traducción de Ramón Ragués. In: _____. *El derecho penal como ciencia: método, teoría del delito, tipicidad y justificación*. Coordinación de Nuria Pastor Muñoz. Buenos Aires: Editorial B de F, 2018. p. 291-316.

RABELO, Galvão; VIANNA, Tulio. O fundamento constitucional do princípio da lesividade no direito brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 26, n. 139, p. 69-108, jan. 2018.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Tradução e prefácios de Luís Cabral de Moncada. 6. ed. rev. e acresc. Coimbra: Arménio Amado; Editor Sucessor, 1979.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1977.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral: volume I*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

RIBEIRO, Jorge Severiano. *Código penal dos Estados Unidos do Brasil (comentado): quarto volume*. 2. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto Editora, 1945.

RODIN, Auguste. *A arte*. Tradução de Plínio Augusto Coelho. São Paulo: Intermezzo; Imaginário, 2015.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Actos exhibicionistas. In: DIAS, Jorge de Figueiredo *et. al.* *Comentário conimbricense do código penal: parte especial: tomo I (artigos 131º a 201º)*. Dirigido por Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. p. 533-540.

ROSENKRANZ, Karl. *Estética de lo feo*. Traducción de Miguel Salmerón. Sevilla: Athenaica Ediciones Universitarias, 2018.

ROUDINESCO, Elisabeth; PLON, Michel. Sexualidade (verbetes). In: _____. *Dicionário de psicanálise*. Tradução de Vera Ribeiro, Lucy Magalhães. Supervisão da edição brasileira Marco Antonio Coutinho Jorge. Rio de Janeiro: Zahar, 1998. p. 704-705.

ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como missão do direito penal?. Tradução de André Luís Callegari. In: _____. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 9-36.

_____. *Derecho penal: parte general: tomo I: fundamentos: la estructura de la teoría del delito*. Traducción de la 2ª edición alemana y notas de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

_____. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Tradução dos §§ 7º e 11, nm 1/119 de *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3. ed. München, Beck, 1997. 3. ed. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Proteção de bens jurídicos e liberdade individual na encruzilhada da dogmática jurídico-penal. Tradução de Nereu Giacomolli. In: _____. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 37-63.

_____. Que comportamentos pode o Estado proibir sob ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais. In: _____. *Estudos de direito penal*. 2. ed. rev. Tradução de Luís Greco. Organização de Luís Greco e Fernando Gama de Miranda Netto. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 31-53.

RUBIN, Gayle. *Políticas do sexo*. Tradução de Jamille Pinheiro Dias. São Paulo: Ubu, 2017.

SALES, Sheila Jorge Selim de. *Do sujeito ativo na parte especial do código penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

_____. Sobre o objeto da tutela penal. In: _____. *Escritos de direito penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 107-130.

SALES, Sheila Jorge Selim de. Um estudo sobre o significado ideológico da parte especial do código penal nos (ex)países socialistas não democráticos. In: _____. *Escritos de direito penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 45-84.

SALES, Sheila Jorge Selim de; PIRES, Ariosvaldo de Campos. Alguns movimentos político-criminais da atualidade. *Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 42, p. 295-306, 2003.

SANT'ANNA, Affonso Romano de. *Desconstruir Duchamp: arte na hora da revisão*. Rio de Janeiro: Vieira & Lent, 2003.

SANTOS, Mário Ferreira dos. *A arte e a vida*. São Paulo: Logos, 1959.

_____. *Invasão vertical dos bárbaros*. São Paulo: É Realizações, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais: na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

_____. Direitos fundamentais em espécie. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 406-796.

SARMENTO, Daniel. Comentários ao art. 5º, IX, da Constituição do Brasil. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al.* *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 282-285.

SAUER, Wilhelm. *Filosofía jurídica y social*. Traducción directamente del alemán y anotado por Luis Legaz Lacambra. Barcelona; Madrid; Buenos Aires: Editorial Labor, 1933.

SCHÜNNEMANN, Bernd. A posição da vítima no sistema penal: um modelo em três colunas. Tradução de Luís Greco. In: _____. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coordenação e tradução de Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 112-123.

_____. Direito penal no Estado Democrático de Direito: o imprescindível nível de racionalidade de sua dogmática e a progressiva propaganda de retrocesso. In: _____. *Direito penal, racionalidade e dogmática: sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional*. Coordenação e tradução de Adriano Teixeira. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 21-63.

_____. Ensaio sobre os conceitos de crime e pena e de bem jurídico e estrutura do delito. In: _____. *Direito penal, racionalidade e dogmática: sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional*. Coordenação e tradução de Adriano Teixeira. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 65-85.

_____. O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal. Tradução de Luís Greco. In: _____. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coordenação de Luís Greco, vários tradutores. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 69-90.

SCHÜNNEMANN, Bernd. O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos. Tradução de Luís Greco. In: _____. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coordenação de Luís Greco, vários tradutores. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 39-68.

_____. Prefácio. In: _____. *Direito penal, racionalidade e dogmática: sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional*. Coordenação e tradução de Adriano Teixeira. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 9-10.

SCRUTON, Roger. *Beleza*. Tradução de Hugo Langone. São Paulo: É Realizações, 2013.

_____. *Desejo sexual: uma investigação filosófica*. Tradução de Marcelo Gonzaga de Oliveira. Campinas: VIDE Editorial, 2016.

SIEBERT, Fred S. *Four theories of the press: the authoritarian, libertarian, social responsibility and soviet communist concepts of what te press should be and do*. Chicago: University of Illinois Press, 1984.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 12. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. Liberdade de expressão cultural. In: ESTUDOS em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover. Coordenação de Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes. São Paulo: DPJ Editora, 2005. p. 241-252.

SILVA, Tadeu Antonio Dix. *Crimes sexuais: reflexões sobre a nova Lei nº 11.106/2005*. Leme: J. H. Mizuno, 2006.

_____. *Liberdade de expressão e direito penal no Estado democrático de direito*. São Paulo: IBCCRIM, 2000.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 3. ed. ampl. Buenos Aires: B de F, 2011.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal sexual*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

SIMIONI, Ana Paula Cavalcanti. Modernismo no Brasil: campo de disputas. In: BARCINSKY, Fabiana Werneck (Org.). *Sobre a arte brasileira: da pré-história aos anos 1960*. São Paulo: WMF Martins Fontes; Edições SESC, 2014. Cap. VII, p. 232-263.

SIQUEIRA, Galdino. *Direito penal brasileiro: segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidadas pela doutrina e jurisprudência: parte especial*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1924.

_____. *Tratado de direito penal: tomo III: parte especial*. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1947.

SOBLE, Alan. Sexualidade: a moral e a sexualidade (verbete). In: CANTO-SPERBER, Monique (Org.). *Dicionário de ética e filosofia moral*. Tradução de Ana Maria Ribeiro-Althoff et al. São Leopoldo, RS: UNISINOS, 2013. p. 949-952.

SOLER, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*. 4. ed. Buenos Aires: TEA, 2000. v. III.

SONTAG, Susan. *A vontade radical: estilos*. Tradução de João Roberto Martins Filho. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

SOUSA NETO. *O motivo e o dolo*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1949.

STEARNS, Peter N. *História da sexualidade*. Tradução de Renato Marques. São Paulo: Contexto, 2010.

STEINER, George. Palavras da noite. In: _____. *Linguagem e silêncio: ensaios sobre a crise da palavra*. Tradução de Gilda Stuart e Felipe Rajabally. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 89-99.

STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal: parte general*, v.1, el hecho punible. Traducción de la 2ª edición alemana (1976) de Gladys Romero. Madrid: Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid; Edersa, Editoriales de Derecho Reunidas, 1982.

STRICKLAND, Carol; BOSWELL, John. *Arte comentada: da pré-história ao pós-moderno*. Tradução de Angela Lobo de Andrade. 15. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2014.

SUASSUNA, Ariano. *Iniciação à Estética*. 6. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2004.

SUZUKI, Shin Oliva. Artista não revela se deixou cão morrer de fome em instalação. *G1*, 23 abr. 2008. Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/PopArte/0,,MUL421044-7084,00-ARTISTA+NAO+REVELA+SE+DEIXOU+CAO+MORRER+DE+FOME+EM+INSTALA+CAO.html>. Acesso em: 25 nov. 2018.

TAIPA DE CARVALHO, Américo. *Direito penal: parte geral: questões fundamentais: teoria geral do crime*. 2. ed. Coimbra, 2008.

TAVARES, Juarez. *Fundamentos da teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanc, 2018.

_____. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TOLSTOI, Leon. *O que é arte?* Tradução de Bete Toril. São Paulo: Ediouro, 2002.

URE, Ernesto J. *El pudor y la ley penal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1959.

VAN DE VEER, Donald. Pornografia (verbete). Tradução de Magda Lopes. In: CANTO-SPERBER, Monique (Org.). *Dicionário de ética e filosofia moral*. Tradução de Ana Maria Ribeiro-Althoff et al. São Leopoldo: UNISINOS, 2013. p. 820-822.

VARGAS LLOSA, Mario. *A civilização do espetáculo: uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura*. Tradução de Ivone Benedetti. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013.

VASARI, Giorgio. *Vidas dos artistas: vidas dos mais excelentes arquitetos, pintores e escultores italianos, de Cimabue até nossos dias*. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

VÁZQUEZ, Mariana Malet. Apuntes sobre la violencia sexual y su abordaje anacrónico por el Código Penal. *Espacio abierto: revista del Ciej-Afju*, Montevideo, n. 15, p. 80-86, nov. 2011.

VENDITTI, Rodolfo. *La tutela penale del pudore e della pubblica decenza*. Milano: Giuffrè, 1962.

_____. L'oscenità, il pudore, il comune sentimento e la disapplicazione dell'art. 528 C.P. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 3, n. 2, p. 453-486, abr./jun. 1960.

VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretação jurídica: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas*. Tradução de Susana Elena Dalle Mura. Revisão e notas de Alfredo de J. Flores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

VIVEIROS DE CASTRO, Francisco José. *Atentados ao pudor: estudos sobre as aberrações do instinto sexual*. 4. ed. aum. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1948.

VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del sistema penal: acción significativa y derechos constitucionales*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanc, 2011.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán: parte general*. 11. ed. Traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1970.

WYNNE, Frank. *Eu fui Vermeer: a lenda do falsário que enganou os nazistas*. Tradução de Hidegard Feist. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

YACOBUCCI, Guillermo. *El sentido de los principios penales*. Buenos Aires: B de F, 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro: primeiro volume: teoria geral do direito penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

_____. *Direito penal brasileiro: segundo volume: teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Introdução ao estudo do direito*. Tradução de Gerceléia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ZUBIRI, Xavier. *Inteligência e logos*. Tradução de Carlos Nougué. São Paulo: É Realizações, 2011.