

PAULO ROBERTO SANTOS ROMERO

O ARTÍSTICO E O OBSCENO
NO DIREITO PENAL BRASILEIRO:
Por uma visão constitucionalmente orientada
à mediação das liberdades

 Marcial
Pons

MADRI | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

PREFÁCIO

Partamos de uma constatação prévia, para conhecimento da obra. O autor, de plúrima formação, enxerga a vida com aquela compreensão característica dos grandes, estes iluminados expectadores do imenso teatro humano, os quais, assistindo a infinita comédia de erros de nossa espécie, buscam ofertar alguma contribuição, na sincera expectativa de que as lágrimas terminem sempre por sucumbir ao riso. Aí está sua íntima percepção, projetada com luz nesta obra: ao detectar um nó górdio do direito, busca desatá-lo, através de uma análise leve, mas profunda, sobre tema denso, porque vendo-os humanos, *demasiadamente humanos*, pode compreender-lhes a essência, interpretando-os a partir dos distintos papéis encenados no prosclênio da vida.

* * *

Posso imaginar, que por esta visão de mundo, o espírito criativo do autor tenha concebido, tanto o terreno, sobre os quais se assentaria e se inspiraria o seu labor intelectual, como a pedra-de-toque humanística, que empresta o caráter teleológico a ambos os campos de pesquisa, como expressado, também, em suas aludidas *conclusões*: “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”.

* * *

Temos, então, os principais ingredientes deste *melting pot* cultural, a provocar efervescência, porque duas das maiores invenções do gênio humano são chamadas a dialogar: o direito e a arte, grandezas que se completam, finalidades que se atraem, congregando em suas hostes, as mais vastas áreas do saber, tanto para o estudo científico, quanto para a admiração.

* * *

Mas, quem ousaria discorrer, buscando unir tais magnitudes, convocando em análise mundos aparentemente tão díspares e, porventura, tão conflitantes?! O primeiro destes mundos é, sabido, é *normatizado*, um *dever ser* que nem sempre é, como mundo próprio, por excelência, concebido em idioma que só iniciados compreendem, e que representa talvez, *per se*, o maior ganho civilizatório que a espécie humana jamais concebeu. Traz por símbolo uma balança e também uma espada: a primeira, por suas conchas equânimes, reclama o equilíbrio, o seu mais alto céu; a espada representando a força, a sanção, figurativas da justiça.

* * *

O segundo mundo, contudo, é liberto e polissêmico, de idioma variado, um *ser* (a arte) pela qual se revela aquilo que *se é*, quem a produziu, o humano movido por suas infinitas angústias, venturas, tristezas ou luminescências, um mundo de oscilações, portanto, onde é despiciendo o equilíbrio; por isso, dificilmente abarcável em um símbolo, quando muito, um cinzel — para análoga ideia da lâmina de metal —, mas, buril concebido para esculpir, entalhar, revelar o talento; ainda que tenha corte, este se faz originária e majoritariamente para dar vida, arrancar suspiros (ainda que eventualmente também se entregue à sátira, ao choque e até para punir, admoestar). Afinal, toda manifestação de arte é um troféu do espírito, uma conquista do gênio da espécie.

* * *

Um mundo tão aparente e necessariamente desregrado, como eventualmente são folgazãs as libações alcoólicas da química natural dos espíritos criativos, estas que, desconhecendo cercas, não raro pretendem transcender os céus, por voláteis e bruxuleantes que são suas misteriosas brumas imaginativas.

* * *

Por isso seria necessário mesmo, um certo regramento, mister quando a arte toca o tema do obsceno, daí o art. 234 do Código Penal. Mas, como promover o diálogo da liberdade criativa com o jurídico, para que a primeira não desborde e o segundo não a oprima?! É daí que surge “*O artístico e o obsceno no direito penal brasileiro: por uma visão constitucionalmente orientada à mediação das liberdades*”, esta obra que tenho honra em prefaciá-la.

* * *

Dela extraio, aliás, esta bela síntese, que, por sua clareza, prescinde de glosa (vide último parágrafo do item 2, *in verbis*): “Apesar das críticas, 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. No recorte epistemológico que justifica as presentes reflexões, a ordem jurídico-penal é a “musa eleita” e, bem por isso, o “pomo da discórdia” — aqui o valor liberdade — a ela está entregue: com sua força normativa, o direito penal é quem determina, na ordem social,

as dimensões daquele partilhado campo de liberdade, bem como as condições de sua fruição.”

* * *

Seu autor, *Paulo Roberto Santos Romero*, acompanho com admiração desde o ingresso no Ministério Público do Estado de Minas Gerais, onde construiu carreira brilhante e, posteriormente, teve a honra de tê-lo em nossa Escola de Altos Estudos em Ciências Criminais, cuja acentuada inteligência sempre se fez notar. De formação única, conquanto híbrida, para tratar do tema — quase um ensaio sobre a inteligência da própria vida! — uniu na escrita mundos que ele próprio já unira no intelecto: primeiro, por uma sólida formação jurídica, com notas de distinção, como demonstra a avaliação máxima que recebeu em seu mestrado em Direito na prestigiada Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

* * *

Depois e, seguidamente, obteve um feito notável, sobretudo para alguém não apenas oriundo do terreno jurídico, como nele vivamente atuante: o seu bacharelado em artes, conquistado com brilho na respeitável Escola de Belas Artes, também da UFMG.

* * *

(E assim foi expandindo os mundos, quem sabe até para mais largamente compreender as fraquezas, as humanas vicissitudes, de que todos somos cativos).

* * *

E com esses dois cenários desenhados sobre a prancha, mostra ele próprio, em obra lavrada em belo vernáculo, o apuro do esteta no jurista, de modo a comprovar que “não causam dano as Musas aos doutores, antes ajuda às suas letras dão”, no estro do quinhentista Ferreyra.

* * *

Tomou por base o mais polêmico dos temas, onde se costuma andar com pés de chumbo: a pornografia na arte. E o fez com tal coragem e desenvoltura, que somente quem o conhece pode entender o desafio que tomou em mãos, porque gosta de desafios, escrevendo assim um trabalho original, onde todos os autores clássicos do direito penal foram passados em revista, tanto quanto os mais proeminentes da atualidade chamados à colação.

* * *

(Aliás, valem os parênteses: por todos, e sem nenhuma exceção dentre estes, somente o autor, *Paulo Roberto Santos Romero* tem essa dupla formação acadêmica, pelo que duplamente se legitima no tema. Um caso único, a ensejar um trabalho seminal, ao menos no Brasil, com o viés que lhe foi dedicado).

* * *

Sua 8ª nota de rodapé (situada logo na abertura do capítulo intitulado “O conflito”) nos dá mostras de “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*.”

* * *

Sua análise do tema é, assim, um magistério bem elaborado, como quando pontifica, nesta simbólica representação da despedida, em que vai ultimando seu trabalho (vide item 5.4, *in verbis*): “Antes que ‘caiam as cortinas’, impende sublinhar que a hipótese formulada se compromete, em medida atenta às divisas demarcadas pelos valores, direitos e liberdades fundamentais, em enunciar uma nova perspectiva de compreensão do artigo 234 do Código Penal brasileiro. Ditar ‘a solução’ para todos os atritos que possam surgir das disputas entre a expressão obscena, o direito penal e a arte, não é o objetivo desta contribuição. A atenuação do retesamento da liberdade, mediante

possibilidade dialógica entre as instâncias culturais envolvidas no problema, em percurso que ‘parte do’ e que ‘chega no’ mesmo valor — a dignidade humana — é que perfaz o desígnio das reflexões que agora vêm à boca-de-cena.”

* * *

Sim, nota-se aí um sempre presente juízo de ponderação, uma já engendrada arte da prudência. Mas, afinal, qual a “hipótese formulada”? E qual a jurídica fundamentação? Bem, é esta instigante aventura a que se convida o leitor, amante do direito — ou cultor das artes — porque nada escapou ao ágil cinzel do autor, ao pincel manejado para múltiplos matizes, como polifonia de uma música que emerge com as bem talhadas palavras com que elaborou seu trabalho, nascido no berço de um mestrado, e que agora vem a lume pela consagrada editora *Marcial Pons*.

* * *

Paulo Roberto Santos Romero traz na veia aquela Espanha grandiosa de seus antepassados tão caros, desbravadora de mundos, daí seu espírito rompedor de fronteiras, por recôndita influência, que talvez lhe tenha imprimido a ousada coragem para tão grandiosa *ideia e representação do mundo*, mas, não pelo viés *pessimista* de Schopenhauer, com sua obra homônima (‘O mundo como ideia e representação’), mas, sim, pelo matiz conciliador dos aparentes antagonismos, como apaziguador de conflitos, solucionador de aporias, aproximador de distâncias, como demonstrara seu respeito e inspiração na filosofia fecunda de um Ortega y Gasset ou de um Xavier Zubiri, estes hispânicos, que também caminharam por sendas germânicas.

* * *

É que há na sensibilidade ibérica um modo de transpassar geografias culturais, sem necessariamente feri-las, afinal, se a Espanha foi grande na guerra, é gigante, hoje, na paz! Assim, tendo a seu lado a terra lusitana, e sem abandonar o vizinho e francês cartesianis-

mo, cruzando pelo país gálico, vão estes espanhóis buscar em terras germânicas ideias e predicados intelectivos. Fizeram assim um dia os festejados Ortega e Zubiri, visitando Husserl e Heidegger; fazem atualmente, hoje, os mais modernos e celebrados penalistas espanhóis.

* * *

(E em todos estes, o autor vai buscar a tinta da reflexão para mergulhar seu pincel analítico, interpretando o direito nacional dentro da margem conceitual da dogmática alemã).

* * *

Enfim, como o próprio Lope de Vega — o dramaturgo famoso, desta ancestral Espanha, dos ancestrais de nosso autor — citado no curso da obra, por sua singular receita para uma boa *peça de teatro*, tudo o que se necessita são apenas “Quatro cavaletes, quatro tábuas, dois atores e uma paixão”.

* * *

E eis aqui toda a tragicomédia humana representada na obra que prefacio: os *quatro cavaletes e quatro tábuas*, são as páginas onde o trabalho se apresenta, tecido com a inteligência posta em dois mundos distintos — o direito e as artes — e que atuam agora como os *dois atores* na cena da literatura jurídica nacional. E a paixão? Bem, a paixão nasce, brota e se revigora com o próprio autor, como transparece na escolha temática do apaixonante tema, como deixa refletir em cada uma de suas palavras.

* * *

Alguém já escreveu, aliás, que de todas as artes, a mais bela, expressiva e, talvez, difícil, é a arte da palavra, pois *ao se esgrimi-la no texto, ao se verbalizá-la na imagem, o seu expressar califônico ou escrito, malgrado se lhe reconheça a liberdade e independência de manifestação, deve ter por fronteira os padrões ético-morais, como*

se ancila fosse dos mesmos, para que assim não se coloque em perigo a própria estrutura da civilidade, mastro do teatro da sociedade humana, impedindo, destarte, que, rompendo-se esse sustentáculo, o cenáculo teatral venha abaixo.

* * *

Aplaudo-lhe convicto, *Paulo Roberto*, porque brandiu com elegância, apumo e técnica a arte da palavra, este *vestido de ideias!* Sua escrita tem arte, como a arte que seu pensamento jurídico analisa e, com estes direito e arte, tão bem conjugados, se bem pensarmos, pode-se mesmo impedir que todo o cenáculo teatral do mundo venha abaixo!

EDILSON MOUGENOT BONFIM

Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo
Doutor em Direito pela Universidad Complutense de Madrid
Professor convidado da Faculté de Droit et de Science Politique
d'Aix-Marseille Université

APRESENTAÇÃO

Liberdade. Essa é uma palavra sobre a qual muito se escreveu. O que é? Quantos tipos de liberdade há? Liberdade de ir e vir? De escolher? De expressar o que se pensa? Há muitas variantes a respeito. Como exercer o Direito sem liberdade? Certamente um dos pontos mais delicados quando tratamos dela seja ao examinar a liberdade de expressão, a liberdade de criação, especialmente a artística.

Não é difícil concluir que a liberdade não é absoluta, que não se pode tudo, e que há limitações. Já se disse, com razão, que quanto maior a liberdade, maior a responsabilidade.

Como se sabe, o Direito mantém vínculos com todas as áreas da vida cotidiana e com inúmeros campos do conhecimento. Portanto, também se pode indagar: o que é ato obsceno? O que são escritos, desenhos, pinturas, estampas e objetos obscenos?

O Brasil de 1940, quando da elaboração do Código Penal, é muito diferente do país de hoje, especialmente em relação ao conceito do que seja arte, do alcance do que seja liberdade criativa. Naquela época, existia o Departamento de Imprensa e Propaganda (DIP). Hoje, dois períodos autoritários depois, não há censura. É o que estabelece a Constituição da República: art. 5º, inc. IX “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”; art. 220, §2º “é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”.

Mas, afinal, o que é arte? O que é obscenidade? Como o Direito se relaciona com a arte e com o obsceno? Com a sexualidade?

Talvez uma boa demonstração dessa dualidade, isto é, sobre o possível conflito entre arte, liberdade de criação, obscenidade e censura, esteja no livro “Feliz Ano Novo” de Rubem Fonseca, livro que, em meados dos anos 70, foi proibido pela “linguagem obscena” que apresentava. Outro fato que pode ser recordado ocorreu aqui em Belo Horizonte, em 1930, quando da inauguração na Praça da Estação, onde foi colocado o monumento em homenagem à Terra Mineira, na qual um homem empunhava a bandeira e parte dela encobria seus órgãos sexuais. Esta obra do artista Júlio Starace, foi considerada por muitos anos um monumento obsceno e agressivo à cidade. Estas duas manifestações artísticas hoje não são vistas da mesma forma de quando sua criação.

Este livro que tem sua origem em uma dissertação de mestrado, em banca examinadora formada pelas Professoras Sheila Jorge Selim de Sales, Daniela de Freitas Marques e pelo Professor Frederico Gomes de Almeida Horta, na qual recebeu a nota máxima, reúne em perfeita harmonia o que há de melhor do Direito e da Arte. Como dito, este trabalho escrito originalmente como dissertação de mestrado, é de fato uma tese de doutorado.

Nesse sentido, seria ideal que um trabalho acadêmico que trate em profundidade e com o saber indispensável do Direito e da Arte fosse escrito por alguém que domine essas duas áreas do conhecimento. Pois bem, é o que ocorre na presente obra. Seu autor, Paulo Roberto Santos Romero, é formado em Direito, é Promotor de Justiça, também é Mestre e Doutorando em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Ao lado disso, é formado na Escola de Belas Artes também da UFMG.

Em linguagem clara, objetiva, tecnicamente correta, o autor realiza uma riquíssima pesquisa sobre questões inerentes às duas áreas em exame. A pesquisa é iluminada pela Constituição da República, pelos valores mais caros da população, pela liberdade de criação e efetua um aprofundado exame sobre o tipo penal do art. 234 do Código Penal. Nesse sentido, apresenta uma ressignificação sobre a interpretação do referido tipo penal.

Ao concluir, não posso deixar de registrar que o Direito tão espremido, tão engessado por leis, normas e formas, de vez em quando é arejado por bons ventos. É o que ocorre neste importantíssimo livro.

Parabéns à editora e ao autor por esta preciosa Obra de Arte.

HERMES VILCHEZ GUERRERO

Professor e Diretor da Faculdade de Direito da UFMG
Advogado Criminalista

AGRADECIMENTOS

Um livro não se materializa de estalo. Ele é o resultado do diálogo com incontáveis outros livros e da convivência com pessoas: entre elas as que admiramos e, por que não dizer, também amamos. Todas elas, de alguma forma, escreveram um pouco do que ora se apresenta. Nessa perspectiva, agradecer, num espaço como este sempre traduz uma falha, porque, inevitável e infelizmente, dessas páginas necessariamente breves, alguém acaba ficando fora. Começo, pois, abraçando a quem não ler aqui o seu nome, mas que o encontrará sim no recôndito do meu coração.

A matriz deste livro é a dissertação de mestrado que apresentei no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais, em novembro de 2019. Compunham a banca examinadora a Prof.^a Dr.^a Sheila Jorge Selim de Sales, o Prof. Dr. Frederico Gomes de Almeida Horta e a Prof.^a Dr.^a Daniela de Freitas Marques. Agradeço imensamente aos três: à primeira, pela liberdade acadêmica que me confiou ao longo da sua insigne orientação, absolutamente notável pela sua aptidão de amalgamar discrição, cordialidade, transmissão de segurança e método; ao segundo, pelas argutas interferências de ordem dogmática com que me brindou na fase de qualificação do projeto, pinceladas decisivas ao correto delineamento da pesquisa; à última, pela sua erudição inspiradora e pela generosidade que demonstrou em suscitar altíssimas reflexões sobre o valor da invenção artística no universo cultural. Também sou grato, não em menor medida, ao Prof. Dr. Carlos Augusto Canedo Gonçalves da Silva, amigo e mestre sempre acessível, homem de espírito largo e de uma luzidia inteligência que me serve de esteio.

Na pessoa do estimadíssimo amigo Prof. Dr. Hermes Vilchez Guerrero, Diretor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, apresento também meu respeitoso agradecimento à mesma Instituição, sobretudo aos Profs. Drs. Adriana Campos Silva, Felipe Martins Pinto, Fernando Antônio Nogueira Galvão da Rocha, Luís Augusto Sanzo Brodt, Marcelo Campos Galuppo e Onofre Alves Batista Júnior, que tanto me ensinaram ao longo da pós-graduação.

No campo das artes visuais, agradeço a todos os artistas que me impactaram com as suas invenções, independentemente da época, nacionalidade e das mídias por eles utilizadas, bem como a todos os mestres que me ensinaram algo sobre seus mistérios da Arte, dentro e fora da Academia: fora dela, obrigado ao saudoso pintor Mauro Ferreira e ao caro Roberto Melo, pintor também; e, dentro dela, aos professores do Curso de Conservação e Restauração de bens culturais móveis, que cheguei a cursar na Escola de Belas Artes da Universidade Federal de Minas Gerais, mas, principalmente, a todos os professores do Curso de Artes Visuais da mesma Escola e, entre eles, com as melhores tintas, ao Prof. PhD. George Rembrandt Gutlich e à Prof.^a Dr.^a Eliana Ambrósio: artistas talentosos, professores admiráveis. Ambos “gravaram” em minha vida as melhores ternuras e “imprimiram”, na minha formação artística, o maravilhamento.

Minha gratidão também ao Ministério Público do Estado de Minas Gerais, feito de valorosos homens e mulheres — Procuradores(as) de Justiça, Promotores(as) de Justiça, Servidores(as) e Estagiários(as) — que tanto me iluminam na laboriosa trilha sobre a qual se distende o ofício da serventia pública quanto me inspiram em prosseguir na luta diuturna de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. À valorosa magistratura brasileira também agradeço penhoradamente; foram muitos os Juízes de Direito com quem tive a honra de ombrear: a todos eles, pelo muito que me ensinaram, minha sincera gratidão.

Agradeço ainda, imensamente e com toda a admiração, ao Prof. Dr. Edilson Mougenot 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.

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. Na pessoa dele, expresso minha gratidão a todos os advogados e Defensores Públicos com quem pude dialogar ao longo de minha carreira, ela que é indispensável à complementação de minha formação acadêmica.

Meus agradecimentos não estariam completos se não abraçassem a todos alunos que tanto me ensinaram, notadamente, àqueles da citada Escola, além dos condiscípulos da Universidade Estadual de Londrina e a todos os colegas com quem dividi as salas de aulas e os ateliês da Universidade Federal de Minas Gerais.

Uma especialíssima nota de gratidão ao dileto Prof. Luís Greco (Prof. Catedrático de Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito penal Estrangeiro e Teoria do Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade Humboldt, de Berlim; Doutor e LL. M. em Direito – Universidade Ludwig-Maximilian, de Munique), ao caro Prof. Adriano Teixeira (Prof. da FGV Direito SP; Doutor e mestre – LL.M – pela Universidade Ludwig-Maximilian, de Munique) e, mais uma vez, ao prezadíssimo Prof. Dr. Frederico Horta (meu orientador no doutorado, na Universidade Federal de Minas Gerais). O Prof. Frederico, com sua singular afabilidade, foi quem me encorajou a irromper o processo que culminou nesta publicação; o Prof. Luís, com sua sinceridade amiga, e de forma tão precisa quanto gentil, indicou-me as adaptações necessárias para que a então dissertação que lhe apresentei adquirisse o atual formato: a ele meu mais reverente “muito obrigado”, em face de sua benévola acolhida; e, por fim, agradeço ao Prof. Adriano em razão de sua paciente fineza comigo, ao apontar os detalhes técnicos imprescindíveis ao enquadramento do texto, segundo os parâmetros da coleção na qual ela agora se insere. Tudo isso redundou neste livro, possível graças à receptividade da Marcial Pons, que dispôs ao meu trabalho generosa atenção e confiança.

Como não poderia deixar de ser, agradeço a todas as pessoas da minha família: à memória de avôs e avós, tios e tias, primos e

primas, filhos deles etc. etc. etc., aqui representados pelo tio Wagner e pela Mara, a prima que, sendo das Artes, cedeu-me parte de sua própria casa para que eu pudesse estudar Direito em São Paulo. À “Fafá”, querida sobrinha, e ao “Gu”, estimado afilhado, sorrisos de minha vida, obrigado! Também aos meus sogros, Fany e João Guilherme, sou grato pelo incentivo à causa do conhecer. Aos meus cunhados Paulo e Renata, agradeço-lhes nossa amável amizade e a constante gentileza que me dispensam. Mas claro, o meu maior “MUITO OBRIGADO”, é dedicado aos meus amadíssimos pais, Eleny e Roberto, com terno reconhecimento ao colossal esforço que dedicaram à minha formação: saiba, mãe, saiba, pai, que nada pode ser maior que o orgulho que tenho de ser filho de ambos e nada jamais superará a amorável gratidão que lhes devoto por todos os exemplos que invariavelmente me concederam: obrigado por tudo! Com um abraço apertado, agradeço também a minha irmã, Silvana (a “Tatá”, que tanto amo), pelo seu transbordante carinho e pela obstinada inclusão de meu nome em suas orações de fé.

À Fernanda, minha esposa, obrigadíssimo, infinitas vezes. Obrigadíssimo pelo amor que me concede e que em mim reaviva, a cada batida do coração, a certeza da existência desse mesmo sentimento; amor que em mim faz festa e que irradia, imenso e intenso, do meu para o teu ser. Obrigadíssimo, minha amada “Fê”, pelo companheirismo que me acalenta, pela torcida que me impulsiona, pelas inúmeras revisões que faz em meus escritos, pelas dicas jurídicas que me oferta, pelos conselhos de vida que me dá, pela linda família que formamos, agora tão felizmente acrescida com a chegada da Luísa. Ser seu colega de profissão, amigo e marido são dádivas que, pelo valor da sua presença, dão-me, sempre e a todo momento, o bendito privilégio de fervorosamente agradecer ao Altíssimo.

Ao fim, devo lembrar que todas essas pessoas incríveis (além de tantas outras que, por falha minha, posso ter feito a indelicadeza de não as nominar) 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 entregue 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.

SUMÁRIO

PREFÁCIO	7
APRESENTAÇÃO	15
AGRADECIMENTOS	19
LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS	25
1. PRÓLOGO	33
2. O CONFLITO: A CONSTITUIÇÃO SE REVELA AO CÓDIGO PENAL	41
2.1. Um roteiro que não se pode desprezar: a Constituição	47
2.2. A arte e o obsceno, na normatividade constitucional e penal brasileira.....	48
2.2.1. Império absoluto da arte?	50
2.2.2. Hegemonia autossuficiente do artigo 234 do Código Penal Brasileiro?	51
2.2.2.1. Primeiro ponto problemático: valorização da moral sexual como objeto de tutela jurídico-penal	52

2.2.2.2. Segundo ponto problemático: ênfase em elementos indutores de instabilidade exegética	53
2.2.2.2.1. Sobre a definição de arte	53
2.2.2.2.2. Sobre a definição do obsceno	56
2.2.2.3. Terceiro ponto problemático: o perigo de sobreposição do Código Penal Brasileiro em detrimento da Constituição da República Federativa do Brasil	57
2.2.2.4. Quarto ponto problemático: risco de afronta a direitos e liberdades fundamentais	61
2.3. Modelo teleologicamente orientado à realização axiológica dos valores, direitos e liberdades fundamentais	62
2.4. A importância da revisão crítica ora proposta.....	67
3. O CLÍMAX: EXEGESE TRADICIONAL <i>VERSUS</i> RESIGNIFICAÇÃO HERMENÊUTICA DO VIGENTE ARTIGO 234 DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO EM FACE DA ATUAL CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL	71
3.1. Tipo objetivo	73
3.1.1. Objetividade jurídica	73
3.1.1.1. Rejeição da moral sexual, do pudor coletivo e dos bons costumes como objetos de proteção jurídico-penal	77
3.1.1.2. Fundamentos dogmáticos da revisão ora proposta	80
3.1.1.3. Revisão do bem jurídico tutelado e a dúplice proteção penal efetivada	88
3.1.1.4. “Aparência” coletiva do bem jurídico tutelado	92

3.1.2. Condutas proibidas	94
3.1.2.1. Significado dos núcleos previstos na tipificação	96
3.1.2.2. Limites das proibições	103
3.1.2.3. Síntese do tópico	106
3.1.3. Sujeito ativo	107
3.1.4. Sujeito passivo	109
3.1.4.1. O titular do bem jurídico como sujeito consenciente	111
3.1.4.1.1. Do consentimento jurídico-penal: noção, terminologia e relevância	112
3.1.4.1.2. Pressupostos de validade	114
3.1.4.2. O consentimento do sujeito passivo em face do escrito e objeto obsceno	119
3.1.4.2.1. O acesso à prévia informação alusiva às cenas de sexo e de nudez, nas publicações, como condição ao exercício do consentimento	120
3.1.4.2.2. O consentimento exercido pelo conhecimento da publicação, segundo os diferentes titulares do bem jurídico protegido	125
3.1.4.2.2.1. Consenciente adulto e capaz	125
3.1.4.2.2.2. Menoridade e vulnerabilidade do sujeito passivo	131
3.1.4.2.2.2.1. Vulneráveis	131
3.1.4.2.2.2.2. Menores de 18 e maiores de 14 anos	135
3.1.4.3. Síntese do tópico.....	139
3.1.5. Elemento material	143

3.1.5.1. O erótico, o obsceno e o pornográfico: generalização e (in)definições	145
3.1.5.2. O erótico	150
3.1.5.3. O obsceno	153
3.1.5.3.1. Teste de Miller	154
3.1.5.3.2. “Texto” e “contexto” da obscenidade .	158
3.1.5.4. O pornográfico	163
3.1.5.4.1. Pornografia infantojuvenil (ou pedopornografia)	166
3.1.5.4.2. Pornografia entre adultos imputáveis .	169
3.1.5.5. Síntese do tópico	169
3.1.6. Figuras típicas equiparadas	171
3.2. Tipo subjetivo	182
3.3. Consumação e tentativa	197
3.4. Sanção penal	201
3.5. Aspectos processuais penais	202
3.6. Considerações de fecho	204
4. O DESENLACE: O CÓDIGO PENAL VERGA-SE À CONSTITUIÇÃO	211
4.1. O crime de escrito ou objeto obsceno à luz dos princípios constitucionais influentes à matéria penal	212
4.1.1. A dignidade da pessoa humana e o crime de escrito ou objeto obsceno	212
4.1.2. A liberdade de expressão e o crime de escrito ou objeto obsceno	215
4.1.3. O acesso à cultura e o crime de escrito ou objeto obsceno	219
4.2. O crime de escrito ou objeto obsceno à luz dos princípios penais	220

4.2.1. O crime ora analisado sob a compreensão da taxatividade penal	220
4.2.2. O mesmo crime em cotejo com a exclusiva proteção de bens jurídicos.....	222
4.2.3. Ainda o mesmo crime na dimensão da lesividade jurídico-penal	223
4.2.4. Ainda o mesmo crime do ponto de vista da proporcionalidade	227
4.2.5. Ainda o mesmo crime na realidade circundante e a adequação social	230
4.2.6. Ainda o mesmo crime como alvo da intervenção penal mínima	232
4.3. Constitucionalidade do artigo 234 do Código Penal Brasileiro: balanço.....	239
5. EPÍLOGO	241
5.1. Invenções ultrapotentes	245
5.2. Pena e prevenção	251
5.3. O tipo legal em questão, <i>de lege ferenda</i>	253
5.4. Conclusões	259
REFERÊNCIAS	265

1.

PRÓLOGO

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, porém, 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

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.

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 integram 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

Jeff Koons (York, Pensilvânia, 1955) — autor de *Balloon Dog (Orange)*, escultura vendida por U\$ 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 chancelar certas invenções,

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

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

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 Contudo, daí se produz um impasse: se

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. Rodin (*A arte*. Tradução de Plínio Augusto Coelho. São Paulo: Intermezzo; Imaginário, 2015, p. 33) dizia 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 ponderava 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).