

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DO LARGO SÃO FRANCISCO

GABRIEL CRISTIANO SILVA ALMEIDA
9841825

**CRIMINALIZAÇÃO DE MANIFESTAÇÕES ARTÍSTICAS: A MORAL
E O ÍMPETO CRIMINALIZANTE NO DIREITO**

Orientador: Prof. Luciano Anderson de Souza

São Paulo
2020

GABRIEL CRISTIANO SILVA ALMEIDA

9841825

**CRIMINALIZAÇÃO DE MANIFESTAÇÕES ARTÍSTICAS: A MORAL E O ÍM-
PETO CRIMINALIZANTE NO DIREITO**

Tese de Láurea apresentada ao Departamento de Direito Penal e Medicina Forense da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Associado Luciano Anderson de Souza.

São Paulo
2020

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. A ARTE COMO CRIME	12
1.1. CRIMINALIZAÇÃO PRIMÁRIA: COIBIÇÃO DA MANIFESTAÇÃO EM SI... 15	
1.1.1. O caso da capoeira	16
1.2. CRIMINALIZAÇÃO SECUNDÁRIA: JUDICIÁRIO COMO INTÉRPRETE DA ARTE	21
1.2.1. Arte como crime material: da representação ao mundo real	21
1.2.2. Arte como crime formal ou de mera conduta	24
1.2.2.1. Crimes contra a honra e crimes de preconceito	26
1.2.2.2. Incitação e apologia de crime ou criminoso	33
1.2.2.3. Crimes relacionados à nudez	38
1.2.2.3.1. Crimes sexuais contra crianças e adolescentes	39
1.2.2.3.2. Crimes de ultraje público ao pudor	43
1.3. CONSIDERAÇÕES INTERMEDIÁRIAS	47
2. A ARTE COMO LIBERDADE DE EXPRESSÃO	49
2.1. ALCANCE DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO.....	51
2.1.1. Limitações infraconstitucionais à liberdade de expressão	56
2.2. PECULIARIDADES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA.....	58
2.3. O QUE É ARTE PARA OS TRIBUNAIS?	62
2.4. COMO OS TRIBUNAIS DEVEM INTERPRETAR A ARTE	67
3. ALTERNATIVAS À CRIMINALIZAÇÃO DA ARTE	72
CONCLUSÕES	77
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	82
FONTES JORNALÍSTICAS	91

Agradecimentos

A toda minha *grande* família que, de alguma forma, sempre contribuiu para que eu pudesse trilhar meu caminho até aqui, seja me ajudando com os estudos ou me apoiando na vida pessoal. Em especial, a meu pai, minha mãe e meus irmãos, a quem devo a vida.

A meus professores de todas as épocas, que me ensinaram a ver o mundo de perspectivas diferentes.

Aos amigos que a faculdade me trouxe e que serão um dos maiores legados dessa minha experiência. Em especial, a meus vizinhos e companheiros de toda hora, Amanda, Alexandre e Valentina, pelos momentos de descontração e de apoio mútuo.

A meu melhor amigo, Dener, que me ajudou em todas as dificuldades durante essa minha formação, proporcionando tanto momentos de reflexão profunda quanto de distração e alento.

A todos que conheci para além da sala de aula, que me ajudaram, de alguma forma, a crescer. Em especial, à equipe do Arcadas Vestibulares, ao Departamento Jurídico XI de Agosto e aos Dinos.

Às pessoas que a vida profissional trouxe para mais perto e que me proporcionaram um aprendizado diário. Em especial, à Tarsila, sem a qual este trabalho perderia em qualidade e ao Rodolfo, à Marcela e à Andreia, que sempre estiveram do meu lado.

Ao meu orientador, que desde o começo da graduação muito me ensinou sobre o Direito Penal, principalmente a não me conformar com suas falhas.

À velha e sempre nova academia, pelas alegrias e tristezas, todas carregadas de ensinamentos que levarei para toda a vida.

“Liberdade completa ninguém desfruta: começamos oprimidos pela sintaxe e acabamos às voltas com a Delegacia de Ordem Política e Social, mas, nos estreitos limites a que nos coagem a gramática e a lei, ainda nos podemos mexer”.

- Graciliano Ramos, *Memórias do cárcere*.

RESUMO

O presente trabalho expõe os panoramas gerais que norteiam a criminalização de manifestações artísticas, analisando de forma crítica a posição da doutrina e dos tribunais pátrios, além de se valer de exemplos do direito comparado. A primeira parte da pesquisa se propõe a descrever as diferentes formas como a arte pode se tornar um crime e quais são os problemas envolvidos nesse processo. Em seguida, analisamos quais os direitos intrínsecos ao trabalho artístico e como eles limitam a criminalização. Por fim, propõem-se formas menos restritivas de proteção de bens-jurídicos sem que ocorra a interferência penal na liberdade de expressão artística.

Palavras-chave: arte, liberdade de expressão, criminalização, interpretação.

ABSTRACT

The present work exposes the general panoramas that guide the criminalization of artistic manifestations, critically analyzing the position of the doctrine and the Brazilian's courts, as well as using examples from comparative law. The first part of the research aims to define the different ways in which art can become a crime and the problems involved in this process. Then, we analyze what are the intrinsic rights to the artistic work and how they limit criminalization. Finally, we propose less restrictive ways of protecting legal interests without criminal law interference in artistic freedom.

Key Words: art, freedom of speech, criminalization, interpretation.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – Charge racismo.....	32
Figura 2 – Charge atentado terrorista	33

INTRODUÇÃO

No decorrer dos séculos, é perceptível a mudança de entendimento acerca do conceito de “crime”, variando, com isso, o espectro de atos que devem ser abarcados pela lei penal. Na melhor descrição desse fenômeno, Nils Christie dizia que o crime não existe – atribuímos aos atos significados diferentes conforme o contexto social em que estamos inseridos¹.

Da mesma forma, Howard Becker quebra o paradigma de que existe algo inerentemente desviante nos atos que infringem as regras sociais, ao observar que diferentes grupos interpretam diferentes ações como desviantes. Portanto, o crime seria criado pela reação das pessoas a comportamentos que são rotulados como desviantes, sendo que tais rótulos não são universalmente aceitos². Mesmo o assassinato não deve ser considerado uma conduta desviante em si – há atos de morte que não são vistos como crimes³.

Diante de tal premissa, interessante notar a forma como a arte é vista e entendida pelas sociedades ao longo da história, sendo que algumas manifestações, de corriqueiras, passaram a ser consideradas crimes, e outras, ao contrário foram descriminalizadas. O maior exemplo disso, no Brasil, talvez seja a capoeira. Reconhecida, atualmente como bem imaterial, a arte-luta foi muito perseguida e duramente reprimida durante os primeiros anos da República, chegando a constar no rol das contravenções do Código Penal de 1890. A ilegalidade da prática somente foi afastada no governo de Getúlio Vargas, que procurava elementos para a criação de uma identidade nacional⁴.

Desde a promulgação da Constituição Federal, contudo, essa censura explícita e institucionalizada por vezes dissolve-se, aparecendo de formas diversas, diluídas em várias esferas e sob o pretexto salvador de preservar bens jurídicos relevantes, como será visto extensamente ao longo desta pesquisa.

O primeiro capítulo destina-se a analisar as diversidades e peculiaridades dessa censura institucionalizada e plural. Para tanto, sugeriu-se uma classificação desse fenômeno em

¹ CHRISTIE, Nils. *Uma razoável quantidade de crimes*. Tradução: André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 20.

² BECKER, Howard Saul. *Outsiders: estudos de sociologia de desvio*. Tradução: Maria Luísa X. de Borges. 1ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, pp. 15-30.

³ BECKER, Howard Saul. “*E Mozart? E o assassinato?*”. In: Revista Brasileira de Ciências Sociais, ANPOCS, v. 29, nº 86, 2014, p. 6.

⁴ SILVEIRA, Rodrigo Deamici da. *Samba e funk proibido: tentativas de diálogo da criminologia com as manifestações culturais periféricas*. 2016. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2016, p. 54.

duas categorias distintas, tendo em vista suas diferentes justificações e legitimidades: a primeira delas seria uma criminalização primária promovida ainda na esfera legislativa, consistente, portanto, na criação de tipos penais específicos para determinadas manifestações. Na segunda categoria, mais ampla e abrangente, encontra-se a criminalização secundária, realizada principalmente pelo poder judiciário, que tem o papel de interpretar o texto legal já pronto e as próprias expressões artísticas. Dada a largueza dessa segunda categoria, ainda, fez-se por bem dividi-la em outras duas subcategorias que se diferem enormemente, de modo que dedicamos espaços distintos a análises de crimes materiais e de crimes formais associados a manifestações culturais.

Com isso, intentou-se explorar da forma mais ampla possível (não se pretendendo, contudo, o exaurimento) quais as dificuldades em se criminalizar a arte, principalmente por meio de análise crítica dos dispositivos penais mais comumente associados a essas manifestações.

No segundo capítulo, dedicamo-nos à expressão artística como ela deve ser vista desde o início: como uma liberdade de expressão. Assim, como direito fundamental, é preciso explorar quais são os mecanismos que dão legitimidade a um cerceamento da arte. Mais do que isso, é preciso também discutir o que os tribunais consideram como arte e, ainda, como eles devem perceber seus sentidos e significados, ou seja, como precisam interpretá-la.

Por fim, o derradeiro capítulo dedica-se à ênfase no caráter fragmentário do direito penal, entendido como o caminho último da resolução dos conflitos no âmbito jurídico. Apresentamos ali algumas saídas extrapenais para o que se considera uma ofensa à moral causada por uma performance.

O que se pretende, com tudo isso, é demonstrar o descompasso, muitas vezes necessário, entre o senso comum e boa parte da doutrina e da jurisprudência acerca do limite entre certas manifestações artísticas e o crime. Essa análise não deve se revestir de preconceitos, nem de intolerâncias, uma vez que o próprio fazer artístico exige um pensamento agregador, pronto para o disruptivo e para o incômodo. Nils Christie afirmava que, quanto menor a quantidade de informações dentro de um sistema social, tende-se a atribuir o significado de crimes a uma quantidade maior de situações⁵. Esse parece ser o caso de manifestações artísticas mais marginalizadas que, tomadas fora do contexto, acabam virando alvo da criminalização.

⁵ CHRISTIE, Nils. *Uma razoável...*, cit., p. 23.

Um olhar atento para essas situações é essencial para que se garanta satisfatoriamente a liberdade de expressão, tendo em conta as especificidades da manifestação artística.

Importante, portanto, entender as justificativas de criminalizar tantas condutas, colocando em risco um direito tão reverenciado nas democracias, tomando-se o cuidado para que a censura não volte a ser parte do cotidiano brasileiro. Nas palavras do Ministro Luís Roberto Barroso, “*em todos os tempos e em todos os lugares, a censura jamais se apresenta como instrumento da intolerância, da prepotência ou de outras perversões ocultas*”, para ele, sua atuação é bem mais sutil e, “*como regra, ela destrói em nome da segurança, da moral, da família e dos bons costumes. Na prática, oscila entre o arbítrio, o capricho, o preconceito e o ridículo. Assim é porque sempre foi*”⁶.

⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Liberdade de expressão, censura e controle da programação de televisão na Constituição de 1988*. Revista dos Tribunais: São Paulo, ano 90, v. 790, p. 129-152, ago. 2001, pp. 345-346.

1. A ARTE COMO CRIME

A história da cultura, no Brasil, perpassa por momentos obscuros ao longo de toda a sua trajetória. Na concepção de José Marques de Melo, um dos principais teóricos da comunicação nacional, o país sofre, desde a chegada dos portugueses ao litoral nordestino, de uma “*síndrome da mordação*”, consistente na reincidência de constrangimentos, em maior ou menor grau, para a livre manifestação de pensamentos⁷.

Já durante o Império, os efeitos da censura foram sentidos como uma política implantada para impedir um florescimento cultural próprio por meio de austeras medidas proibitivas. A censura prévia, muito comum nessa época, só perdeu fôlego às vésperas da independência, com a eclosão de revoluções constitucionais em Portugal. Todavia, a cultura ainda sentiria dois grandes abalos posteriores: com o advento do Golpe de 1930 e, alguns anos depois, com a austera Ditadura Militar (1964-1985).

Mesmo em tempos recentes, José Marques de Melo considerava que “*os desvãos do sistema constitucional nunca renunciaram aos seus propósitos autoritários, permanecendo vigilantes para amordaçar as redes midiáticas de forma sutil ou ostensiva*”⁸.

Esse cerceamento da liberdade de expressão encontra-se presente em diversas sociedades através dos tempos, fruto da oposição que existe entre a nossa subjetividade e a vida coletiva – da cultura dominante sobre a dissidência⁹. Isso pode ser verificado na forma como a nudez, na arte, foi tratada ao longo de toda a história. Na Grécia antiga, ela era valorizada pela sua aproximação com a natureza, entendida como a revelação do divino. Era, assim, não o tema das obras, mas a própria forma sobre a qual os artistas se debruçavam, ou seja, era um importante ponto de partida, mas não a mensagem central¹⁰. Em contraste com o corpo heroico reproduzido pelos gregos, o nu, na Idade Média, passou a ser retratado como sinônimo de humilhação e martírio – o homem principiou a ter consciência da sua nudez e a entender como pecado¹¹. É nesse período que princípios morais e religiosos propagados pela Igreja Católica passam a impor regramentos sobre sexualidade e prazer, prezando por uma representação

⁷ MELO, José Marques de (org.). *Síndrome da mordação: mídia e censura no Brasil*. São Bernardo do Campo: Universidade Metodista de São Paulo, 2007, pp. 11-17.

⁸ Ibid., pp. 17-20.

⁹ COSTA, Maria Cristina Castilho; BLANCO, Patrícia (org.). *Pós-tudo e a crise da democracia*. São Paulo: ECA-USP, 2018, pp. 17-18.

¹⁰ CLARK, Kenneth. *The nude: a study of ideal form*. Princeton: Princeton University Press, 1984, pp. 5-8.

¹¹ Ibid., p. 311.

comedida do corpo¹². O Renascimento, em seguida, prega novos valores em relação à representação do corpo, culminando, a partir da Revolução Francesa e com os ideais neoclássicos, em uma maior transgressão em relação ao período medieval, apresentando obras eróticas, explícitas e disruptivas, inclusive com ideias políticas relacionadas às diferenças de gênero¹³.

Se antes os mecanismos censórios eram mais explícitos, hoje, com a criação de regimes democráticos participativos, proliferou-se uma censura plural, indireta e privada, que envolve variados conceitos discutíveis, dentre os quais, a moralidade¹⁴.

Nesse contexto, não são raras as reações privadas, mais ou menos legítimas, a diferentes obras de arte, baseadas numa visão moral e parcial do impacto daquela obra na realidade. Essas reações ocorrem nas mais diversas esferas e se manifestam de diferentes formas.

Um exemplo pode ser observado no aumento das reivindicações pela retirada de estátuas e monumentos de figuras coloniais e escravocratas, principalmente após a morte de George Perry Floyd, nos Estados Unidos, no início de 2020, que impulsionou, no mundo todo, discussões sobre violência policial contra pessoas pretas. Longe de ser considerado um revisionismo histórico pelos movimentos antirracistas, a remoção dessas obras visaria a impedir a cristalização de um caráter heroico (já desacreditado pelos historiadores) dos personagens retratados, consequência típica da natureza estética da arte¹⁵.

Num outro extremo, essas reações podem ainda ocorrer contra os artistas responsáveis pela obra. Exemplo notável foi o ataque terrorista ocorrido na sede do jornal francês *Charlie Hebdo*, em 2015, após publicações de caricaturas satirizando o profeta Maomé. O atentado, que deixou doze mortos, é um exemplo de violência religiosa desencadeada pela reprodução artística de um figura que não pode ser representada, segundo a crença islâmica¹⁶. Há casos também no Brasil, como quando a repulsa a representações consideradas como blasfêmias levou a um ataque à sede da produtora Porta dos Fundos, em decorrência do lançamento do filme

¹² PARODE, Fabio Pezzi; ZAPATA Maximiliano. *Filosofia, estética e arte: ensaio sobre transgressão e censura*. Veritas, Port Alegre, v. 63, pp. 575-594, jan. 2018. pp. 580-581. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/veritas/article/view/31295/17334>. Acesso em: 15 jul. 2020.

¹³ *Ibid.*, pp. 582-583.

¹⁴ COSTA, Maria Cristina Castilho; BLANCO, Patrícia (org.). *Pós-tudo...*, cit., p. 18.

¹⁵ MENEZES, Hélio. *Monumentos públicos de figuras controversas devem ser retirados? SIM*. Folha de S. Paulo, 19 jun. 2020. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2020/06/monumentos-publicos-de-figuras-controversas-da-historia-deveriam-ser-retirados-sim.shtml?utm_source=facebook&origin=folha. Acesso em: 15 jul. 2020.

¹⁶ TATE, John William. *Toleration, Skepticism, and Blasphemy: John Locke, Jonas Proast, and "Charlie Hebdo"*. American Journal of Political Science, v. 60, n.º 3 (jul. 2016), p. 673. Disponível em: www.jstor.org/stable/24877487. Acesso em: 15 jul. 2020.

especial de fim de ano que apresentava uma versão homossexual de Jesus. Um dos autores do ataque chegou a afirmar, à época, que “*Uma blasfêmia sempre será infinitamente pior do que qualquer reação contra ela*”¹⁷.

Por outro lado, existem, ainda, formas pacíficas de reação negativa às obras de arte, na esfera privada, como o *boicote*, que consiste num movimento coletivo de recusa ao consumo de determinada arte. Exemplo relativamente recente ocorreu quando do lançamento da novela *Babilônia*, em 2015, na Rede Globo, que veiculou um beijo lésbico em seu primeiro capítulo, desencadeando reações negativas, principalmente de grupos evangélicos. O ato culminou na elaboração de um manifesto *online*, largamente divulgado, pedindo para que as pessoas parassem de assistir à novela¹⁸.

Ressalte-se, contudo, que as reações particulares até agora descritas não são as únicas formas de tentativa de limitação das manifestações artísticas. Outra via que aparece é a político-legislativa, quando o próprio Estado passa a intervir na arte.

Um dos caminhos dessa intervenção é a via cível, que pode resultar em decisão pelo cancelamento ou recolhimento da obra, a exemplo do que ocorreu na Bienal do Livro de 2019, no Rio de Janeiro, quando se exarou decisão para que fossem retirados do evento todos os exemplares não lacrados do livro *Vingadores: Cruzada das Crianças*, por conter uma imagem de um beijo gay. Segundo o desembargador responsável pela liminar,

em se tratando de obra de super-heróis, atrativa ao público infanto-juvenil, que aborda o tema da homossexualidade, é mister que os pais sejam devidamente alertados, com a finalidade de acessarem previamente informações a respeito do teor das publicações disponíveis no livre comércio, antes de decidirem se aquele texto se adequa ou não à sua visão de como educar seus filhos.¹⁹

Anote-se que tal decisão foi suspensa pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que “*fere frontalmente a igualdade, a liberdade de expressão artística e o direito à informação*”²⁰.

Noutro giro, e chegando ao tema central do presente trabalho, tem-se reação institucional mais rígida de retaliação à arte: sua criminalização. Isso porque, diferentemente da via

¹⁷ *Foragido por ataque ao Porta dos Fundos assume autoria do ato*. VEJA, 4 jan. 2020. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/>. Acesso em 15 jul. 2020.

¹⁸ CIMINO, James. *Boicote à novela “Babilônia” é coerção e lembra prática da ditadura militar*. UOL, 21 mar. 2015. Disponível em: <http://televisao.uol.com.br/>. Acesso em: 15 jul. 2020.

¹⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Suspensão de liminar n.º 0056881-31.2019.8.19.0000. Relator: Des. Cláudio de Mello Tavares. Data: 07 set. 2019.

²⁰ STF suspende decisão que permitia a apreensão de livros na Bienal do RJ. STF, Brasília, 8 set. 2019, disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=422875>. Acesso em: 15 jul. 2020.

cível, aqui não somente se procede à restrição da obra, como também se cria um estigma sobre seu artista, que passa a ser um *criminoso*.

Na esteira da já apontada tendência contemporânea do alargamento dos contornos da censura, a criminalização também pode ocorrer de diferentes formas, justificada por motivos diversos, como será analisado criticamente ao longo deste primeiro capítulo.

O estudo começa pela criminalização primária (item 1.1), promovida pela via legislativa, que torna a manifestação artística em si um crime, ou seja, cria tipos específicos para tornar, de pronto, certas expressões culturais ilegais. Em seguida, analisaremos os exemplos e os problemas de uma criminalização secundária (item 1.2) promovida por meio do judiciário, na aplicação, no contexto artístico, de delitos já existentes. Para facilitar a análise, separamos essa segunda parte, de modo a distinguir a aplicação de crimes materiais (item 1.2.1) da aplicação dos delitos formais ou de mera conduta (item 1.2.2).

1.1. CRIMINALIZAÇÃO PRIMÁRIA: COIBIÇÃO DA MANIFESTAÇÃO EM SI

A forma de criminalização mais explícita e, talvez por isso, a menos comum, é aquela que confere um tipo penal específico a uma manifestação artística determinada, ou seja, cria uma identificação direta entre uma forma de expressão e um delito. Essa criminalização, promovida pelas agências políticas, é conhecida como *primária*, uma vez que há a criação de uma lei penal material que autoriza a punição de certas pessoas²¹.

Decerto, o exemplo mais recente de tentativa desse tipo de criminalização tenha ocorrido com a Sugestão Legislativa n.º 17/2017, que pretendia tornar o gênero musical funk um crime contra a saúde pública, por sua ligação com bailes de “*pancadões*”, ambiente alegadamente associado ao cometimento de diversos crimes, como o tráfico de drogas, venda de álcool a menores, sequestros, roubos e porte de arma.

Contudo, para além do problema que seria a identificação do objeto de proibição dessa norma, uma vez que o gênero musical não é uma categoria exata, demandando largo exercício interpretativo, as justificativas para a criminalização desse ritmo, independentemente do seu conteúdo, não se sustentam. Isso porque o que ocorreria, de fato, não seria a transformação de um estilo musical num delito, mas sim, a efetiva criminalização de todo um segmento

²¹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro - Teoria Geral*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2017, p. 43.

social, que se viu associado, de uma forma reducionista e até mesmo determinista, ao cenário de violência urbana, tendo nas galeras ou gangues²² e na “biografia suspeita” dos seus integrantes a confirmação desse acuso.²³

No próprio despacho que determinou a realização de audiência pública para a discussão da sugestão legislativa, reconheceu-se a necessidade de se investigar “*em que medida as ocorrências criminosas ocorridas (sic) durante ou após os bailes funk podem ser coibidas pelo Estado, sem que uma medida tão drástica como a criação de um tipo penal seja efetivada*”²⁴. Em outras palavras, a criminalização do funk seria uma parca resposta do Estado a um problema muito mais complexo.

Ressalte-se, contudo, que esse episódio não é único na história brasileira. Um dos exemplos mais expoentes de criminalização de uma manifestação artística em si, no país, é da capoeira. Toda a história e eventuais justificativas de sua repressão guardam largo material de estudo sobre a criminalização primária.

1.1.1. O caso da capoeira

Registrada em 2008 como bem imaterial brasileiro por indicação do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, órgão do extinto Ministério da Cultura (IPHAN/MinC)²⁵, a capoeira, prática consistente na síntese entre luta, jogo e dança protagonizada primordialmente pela população preta, já foi proibida expressamente pela legislação do início do período republicano.

O Código Penal de 1890 surgiu em um momento de transição entre regimes. A queda da monarquia sem a participação popular deu lugar a uma República que não era o objeto

²² O termo “galeras” é usado geralmente para identificar os grupos de funkeiros que se reúnem nos bailes. Contudo, a expressão tem sido associada com o vocábulo mais pejorativo “gangues”, que é definido, de forma mais completa por Martín Sánchez-Jankowki como “*um sistema social organizado que é ao mesmo tempo quase privado (isto é, não totalmente aberto ao público) e quase secreto (isto é, a maior parte das informações sobre suas atividades permanece restrita ao grupo), cujo tamanho e objeto tornam indispensável que a interação social seja dirigida por uma estrutura de liderança com papéis bem definidos; que a autoridade ligada a esses papéis é tão legitimada que os códigos sociais regulam tanto o comportamento dos líderes quanto o das bases; que planeja e provê não somente serviços econômicos e sociais para seus membros como sua própria manutenção como organização; que persegue esses objetivos a despeito da legalidade ou ilegalidade das atividades e que não tem uma burocracia (isto é, um pessoal administrativo hierarquicamente organizado e distinto de liderança)*” (SÁNCHEZ-JANKOWKI, Martín. *As gangues e a estrutura da sociedade norte americana*. Revista Brasileira de Ciências Sociais, São Paulo: Anpocs, v. 12, n. 34, jun. 1997, p. 26).

²³ HERSCHMANN, Micael. *O funk e o hip hop invadem a cena*. Rio de Janeiro: UFRJ, 2000, pp. 51-52.

²⁴ Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/129233>. Acesso em 18 jul. 2020.

²⁵ OLIVEIRA, Josivaldo Pires de, LEAL, Luiz Augusto Pinheiro. *Capoeira, identidade e gênero: ensaios sobre a história social da capoeira no Brasil*. Salvador: EDUFBA, 2009, p. 43.

ideológico da maioria da população brasileira. Diante disso, o Estado precisou buscar alguma forma de definir uma base de legitimidade do novo regime.

Para o historiador José Murilo de Carvalho, o alicerce de qualquer regime político se encontra na elaboração de um imaginário popular, por meio de símbolos. Seria assim uma forma de “atingir não só a cabeça, mas, de modo especial, o coração, isto é, as aspirações, os medos e as esperanças de um povo”²⁶. Isso pode ser sentido no início do período republicano brasileiro com a criação da figura heroica de Tiradentes, com a compra da opinião dos jornais da época e a propaganda contra a monarquia.

Todavia, esses símbolos não conseguiram extrapolar as apertadas fronteiras da classe dominante responsável pelo próprio movimento republicano – não se logrou quebrar a barreira criada pela falta do envolvimento popular na implantação do novo regime, caindo a simbologia republicana num grande vazio²⁷.

Com isso, o mecanismo predominante para manutenção da Primeira República foi a repressão direta e o controle social, utilizando-se da lei penal para imposição de seus ideias, uma vez que, por meio da criação de estereótipos, passaram-se a punir condutas vistas como contrárias à ordem instituída. A própria Constituição servia de alibi para essa nova tática, uma vez que previa como cláusula pétrea a proibição de qualquer tentativa de retorno à Monarquia. Com isso, justificando-se pela imposição da ordem, iniciou-se verdadeira caça aos inimigos da República²⁸.

O historiador José Murilo de Carvalho destacou a popularidade da Monarquia entre a população preta, evidenciando que a queda desse regime ocorreu quando ele atingia seu maior índice de popularidade nesse nicho, muito provavelmente em decorrência da abolição da escravidão. Como consequência, a República não foi bem recepcionada por essa parcela populacional, que, além do já rotulado estigma social que carregava, passou a ostentar o título de inimigo político²⁹.

²⁶ CARVALHO, José Murilo de. *A formação das almas: o imaginário da república no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1990, p. 10.

²⁷ *Ibid.*, p. 141.

²⁸ DONADELI, Paulo Henrique Miotto. *Os “inimigos” e os “cidadãos” da República: direito penal e controle social (Franca, 1890 – 1902)*. 2016. Tese (Doutorado em História) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista, Franca, 2016, pp. 69-71.

²⁹ VIDOR, Elisabeth. *Capoeira: uma herança cultural afro-brasileira*. São Paulo: Selo Negro, 2013, p. 25.

Foi nesse cenário de tentativa de valorização do trabalho, ante a abolição da escravidão, e de busca pelos inimigos da nação, que se estigmatizou a figura do *vadio* como ameaça à ordem social. Como o novo regime não mudou o quadro social corrente (uma vez que foi imposto), as ideias de submissão e de controle social permaneciam, perpetradas por atos discriminatórios, que se justificavam por uma ciência determinista³⁰.

Nesse mesmo contexto, o Código Penal de 1890, elaborado às pressas, apresentava graves defeitos de técnica, ignorando os avanços doutrinários que surgiam à época³¹. Com efeito, mantiveram-se ali os fundamentos históricos do direito penal brasileiro, colhendo-se, de forma imperfeita, esparsas inovações do direito penal estrangeiro. Adotaram-se, assim, aspectos da Escola Positiva, sem deixar de lado os princípios fundantes da Escola Clássica.

Com isso, o foco do novo Código Penal não era mais no ato, mas sim no indivíduo, baseando-se na ideia do crime como manifestação da personalidade humana. Não escapam dessa influência os estudos do médico italiano Lombroso, que buscava a classificação dos tipos de delinquentes, numa lógica de determinismo biológico³².

Nesse esteira, a contravenção de capoeiragem veio insculpida nos artigos 402 a 404 desse novo código, nos seguintes termos:

Art. 402. Fazer nas ruas e praças publicas exercicios de agilidade e destreza corporal conhecidos pela denominação capoeiragem; andar em correrias, com armas ou instrumentos capazes de produzir uma lesão corporal, provocando tumultos ou desordens, ameaçando pessoa certa ou incerta, ou incutindo temor de algum mal:

Pena - de prisão celllular por dous a seis mezes.

Paragrapho unico. E' considerado circumstancia agravante pertencer o capoeira a alguma banda ou malta.

Aos chefes, ou cabeças, se imporá a pena em dobro.

Art. 403. No caso de reincidencia, será applicada ao capoeira, no gráo maximo, a pena do art. 400.

Paragrapho unico. Si for estrangeiro, será deportado depois de cumprida a pena.

Art. 404. Si nesses exercicios de capoeiragem perpetrar homicidio, praticar alguma lesão corporal, ultrajar o pudor publico e particular, perturbar a ordem,

³⁰ VIDOR, Elisabeth. *Capoeira: uma...*, cit., pp. 98-99.

³¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, v. 1, p. 91.

³² DONADELI, Paulo Henrique Miotto. *Os "inimigos" ...*, cit., p. 96-98.

a tranquilidade ou segurança pública, ou for encontrado com armas, incorrerá cumulativamente nas penas cominadas para tais crimes³³.

Em interpretação aos aludidos dispositivos, Oscar de Macedo Soares, respeitado doutrinador da época, destaca que a figura penal da capoeiragem não existia nos códigos anteriores, constituindo ilícito apenas quando os exercícios resultavam em lesão corporal ou morte. O novo código teria acertadamente retirado a necessidade de ofensas físicas, punindo, assim, a manifestação em si, independentemente de algum resultado³⁴. Ao descrever o tipo, assevera:

Esta espécie de capoeiras são os desordeiros e turbulentos profissionaes ou instinctivos pertencentes de ordinario a grupos ou maltas com denominações diversas, que saham a fazer correrias e se pertenciam a maltas rivaes desafiavam-se para brigar, empenhando-se ás vezes em verdadeiros combates na praça publica. Estes malfeitores eram vistos tambem em exercicios de capoeiragem na frente da musica dos batalhões que saham á rua. Hoje esta gente pertence a grupos carnavalescos, aos denominados *cordões*, ou são capangas eleitorais ao serviço dos políticos da mesma laia.³⁵

Dessa forma, verifica-se que a ilicitude da capoeiragem se justificava política e socialmente, principalmente por sua ligação com ações relacionadas às de capangas políticos, atuação conferida aos capoeiristas profissionais que viviam às custas de cabos eleitorais, numa espécie de instrumentalização promovida por parte da elite branca³⁶. A capoeira, portanto, deixava de ser vista como uma expressão cultural para se enquadrar como indicativo de delinquência. Assim, era reprimida de pronto, mesmo sem produzir consequências danosas. João Vieira de Araujo, que também fez comentários ao Código da Primeira República, chegou a destacar que a tipificação dessa contravenção penal seria até mesmo desnecessária, uma vez que as bandas ou maltas de capoeiras já estariam satisfatoriamente enquadradas no delito de *associações para delinquir*³⁷, reforçando o esmaecimento da visão da arte-luta como cultura.

Em síntese, Lilia Schwarcz descreve que as representações sociais produzidas sobre o preto no início da República definiriam seu lugar nessa nova composição de sociedade, enfatizando principalmente dois estigmas – o cativo e a marca da origem africana – fazendo com

³³ BRASIL. Decreto do Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil. Décimo fascículo de 1 a 31 de outubro de 1890, capítulo XIII. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1890, pp. 2734-2735.

³⁴ SOARES, Oscar Macedo. *Código penal da República dos Estados Unidos do Brasil*. Ed. Fac-similar. Brasília: Senado Federal – Superior Tribunal de Justiça, 2004, p. 776.

³⁵ *Ibid.*, p. 776.

³⁶ CYMROT, Danilo. *A criminalização do funk sob a perspectiva da teoria crítica*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 175.

³⁷ ARAUJO, João Vieira de. *O Código Penal interpretado*. Ed. Fac-similar. Brasília: Senado Federal – Superior Tribunal de Justiça, 2004, v. II, pp. 396-397.

o que suas práticas fossem consideradas “bárbaras”, ameaçadoras do *status* civilizatório. Eis o motivo de se criminalizar a capoeiragem³⁸.

Destaque-se, contudo, que a capoeira não foi a única manifestação artística a ser reprimida nesse período. Ao olhar para os costumes brasileiros, os criminólogos da época acham no carnaval e no samba também a incapacidade para o controle moral, a indolência para o trabalho, a maior suscetibilidade para o desrespeito à autoridade e, finalmente, para o crime, sendo muitas vezes enquadrados no delito de *vadiagem* trazido pelo Código Penal Republicano³⁹. Essa criminalização feita, em verdade, por instâncias secundárias de controle, será analisada mais adiante. Por ora, destaque-se sua justificativa, encontrada no estudo criminológico de Clóvis Bevilacqua:

As conclusões que se podem tirar destas ponderações resumem-se no seguinte: as duas raças inferiores [pretos e índios] contribuem muito mais poderosamente para a criminalidade do que os arianos, creio que, principalmente, por defeito de educação e pelo impulso do alcoolismo, **porquanto grande número de crimes violentos têm suas origens nos sambas, si não são mesmo durante elles praticados.**⁴⁰ (grifei)

Percebe-se, portanto, na lógica já apontada no início desse capítulo, que a criminalização, em tipos específicos, de manifestações artísticas oriundas de determinados segmentos mais vulneráveis da sociedade, está intimamente ligada às opiniões políticas e sociais dominantes em cada época. A capoeira, o samba e mesmo o funk não são delitos por si mesmos – essas manifestações foram marginalizadas pela valoração produzida a partir da simbiose entre sua expressão e os ideais semeados por uma maioria política.

Num período em que predominava a, ainda prematura, escola positivista, esse movimento criminalizante se justificava pelos (hoje superados) métodos científicos dominantes, que tratavam o criminoso como o ser anormal, prisioneiro de suas próprias patologias ou mesmo dos processos causais que o cercavam⁴¹. Passado mais de um século, todavia, várias formas de criminalização da arte ainda persistem, sob diferentes pretextos (mas ainda com a assustadora sombra desse passado positivista), como será analisado nos próximos capítulos.

Certo é, contudo, que sob a égide da atual Constituição Federal, não mais se sustenta uma criminalização calcada exclusivamente na reprovabilidade de determinado tipo de

³⁸ VIDOR, Elisabeth. *Capoeira: uma...*, cit., p. 26.

³⁹ RAUTER, Cristina. *Criminologia e subjetividade no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 37.

⁴⁰ BEVILAQUA, Clóvis. *Criminologia e direito*. Bahia: Magalhães, 1986, p. 94.

⁴¹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pp. 48-49.

expressão cultural. Como será aprofundando mais adiante, nossa Lei Maior proíbe a censura prévia, de modo que não se espera que manifestações artísticas sejam tolhidas na raiz, preferindo-se enfrentar as consequências advindas da liberdade conferida às artes.

1.2. CRIMINALIZAÇÃO SECUNDÁRIA: JUDICIÁRIO COMO INTÉRPRETE DA ARTE

Para além da via legislativa apontada no capítulo anterior, existe ainda uma forma secundária de criminalização das obras de arte, bem mais comum e descentralizada. Ela ocorre pela interpretação que os tribunais e órgãos de repressão dão ao texto legal e ao enquadramento de certas ações dentro desses tipos.

Para Zaffaroni, a criminalização secundária é uma “*ação punitiva exercida sobre pessoas concretas*”. Seria, portanto, realizada por agências específicas, como policiais, juízes e agentes penitenciários⁴². Sobre isso, Howard Becker apontou, em seu estudo sobre a sociologia do desvio, que o fato de um ato ser ou não considerado desviante depende de como as pessoas reagem a ele, de modo que, se uma pessoa infringe uma regra não significa que os outros reagirão como se isso tivesse acontecido. Da mesma forma, se alguém não viola, objetivamente, uma regra, não há garantia de que, em algumas circunstâncias, ela não seja tratada como se tivesse violado⁴³.

Assim, o presente subcapítulo visa a analisar os problemas e os desafios de se inserirem obras de arte na aplicação de crimes já presentes no ordenamento pátrio, uma vez que isso demanda um largo exercício de exame e interpretação da obra pelos agentes secundários da criminalização, que nem sempre seguem um padrão ensejador de segurança jurídica.

1.2.1. Arte como crime material: da representação ao mundo real

Dentro da criminalização secundária da manifestação artística, uma fórmula menos comum, mas ainda assim presente, consiste na atribuição de condutas típicas de *crimes materiais* a expressões e performances artísticas.

O estranhamento desse tipo de criminalização ocorre na medida em que os delitos materiais exigem a presença da efetiva lesão ao bem jurídico tutelado quando do *summum*

⁴² ZAFFARONI, Eugênio Raúl, et al. *Direito Penal...*, cit., pp. 43-44.

⁴³ BECKER, Howard Saul. *Outsiders: estudos...*, cit., p. 25.

*opus*⁴⁴. Em outras palavras, esses crimes preveem um resultado distinto da própria ação, ou seja, exigem que, a partir da conduta do sujeito haja uma *modificação no mundo exterior*⁴⁵.

Ocorre que, a arte, em seu sentido mais conservador, seria uma *representação* e, como tal, se definiria como a tradução mental do mundo exterior, ou seja, seria uma ordem simbólica construída de imagens e discursos que aspiram dar uma definição da realidade, sem, todavia, se confundir com ela⁴⁶. Disso tem-se que, para que um crime material se aperfeiçoe, ele tem de sair desse contexto artístico a fim de que produza resultados na realidade. Não há de se questionar, por exemplo, que o ator que interpreta Jean Valjean na aclamada peça de Victor Hugo, *Les Misérables*, tenha o mesmo destino do personagem, que foi condenado por roubar uma fatia de pão. A peça em si, como uma ordem simbólica à parte do mundo exterior, cria um contexto próprio de acontecimentos. No mundo real, o ator não teve qualquer intenção de roubar o pão e nem sequer se apoderou dele de fato, uma vez que o material cenográfico continuou pertencente à produção da peça.

O mesmo não pode ser dito em relação à polêmica cena do filme *O Último Tango em Paris* (*Le Dernier Tango à Paris*, 1972), em que Jeanne, personagem interpretada por Maria Schneider é estuprada por Paul (Marlon Brando), que se utiliza de manteiga como lubrificante para o ato. Ocorre que, em 2007, durante uma entrevista ao *Daily Mail*, a atriz revelou que a cena não estava no roteiro e que só foi avisada no momento da filmagem. Mais tarde, em 2013, confirmando essa versão, o diretor do filme, Bertolucci, disse que manteve segredo de Maria pois “*queria sua reação como uma garota, não como uma atriz*”⁴⁷. Nesse exemplo, a extrapolação do mundo da representação para o mundo real se mostra evidente, uma vez que o agente deixou de praticar mera atuação para efetivamente, no mundo exterior, cometer um crime.

A questão nevrálgica, portanto, reside nos casos em que a separação entre a realidade e o ficcional não são tão explícitos. Pergunta-se, por exemplo: atirar contra alguém pode, em algum contexto, ser considerado arte? Em 1971, o artista Chris Burden, em sua performance chamada “*Shoot*”, pediu a um colega que atirasse com uma arma de baixo calibre contra seu

⁴⁴ HUNGRIA, Néelson; FRAGOSO, Heleno Claudio. *Comentários ao código penal*: Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940: arts. 11 a 27. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v.1, t.2, p. 43.

⁴⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de...*, v. 1, cit. p. 281.

⁴⁶ MAKOWIECHY, Sandra. *Representação: a palavra, a idéia, a coisa*. Cadernos de Pesquisa Interdisciplinar em Ciências Humanas, v. 4, n. 57, pp. 2-25, 2003, p. 5. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/cadernos-depesquisa/article/view/2181/4439>. Acesso em: 10 ago. 2020.

⁴⁷ VUOLTEENAHO, Anne. *The case of Last Tango in Paris and the ethics of producing and consuming filmed depictions of sexual violence*. 2019. Dissertação (Doutorado em Filologia Inglesa). University of Oulu, 2019, pp. 20-21 (tradução nossa).

braço em frente a uma plateia, como forma de questionar a insensibilidade das pessoas frente à violência encontrada na Guerra do Vietnã. Nesse caso, a apresentação não foi considerada ilegal, na medida em que o alvo do disparo era o próprio artista e houve explícito consentimento seu⁴⁸.

Caso diverso é o do episódio em que um ex-membro de um grupo paramilitar, Michael Stone, entrou armado no Stormont, Parlamento da Irlanda do Norte, com a intenção de matar o Primeiro Ministro e seu vice, que tomariam posse naquele dia. Segundo Stone e seus advogados, sua intenção, na verdade, era a de proceder a uma performance artística que reproduziria um ataque terrorista. Isso não foi suficiente para convencer o júri, que o condenou a 16 anos de prisão⁴⁹.

Percebe-se, assim, que no contexto performático, principalmente na contemporaneidade, arte e realidade muitas vezes se confundem. Há, por exemplo, um conceito na arte chamado de “*Mimesis performativa*”, que relativiza o entendimento de uma performance como “figuração da vida”, tornando-a mais que uma *representação* e valorizando a simbiose entre os atores e os espectadores. Em outras palavras, esse processo “*descreve experimentos que se recusam a esconder sua própria artificialidade, e que, nessa recusa, desafiam as regras clássicas do drama e da chamada ‘quarta parede’*”⁵⁰.

Essa fluidez entre o ficcional e a realidade faz com que os juízes tenham de decidir, no caso concreto, o que deve ou não ser considerado arte, merecendo maior ou menor proteção constitucional. Há opiniões, por exemplo, de que atirar aleatoriamente em direção a uma plateia não pode ser considerado arte⁵¹, diferentemente de quando uma pessoa da audiência consente com o ato⁵². Todavia, esse é apenas um dos espectros da análise da problemática da conceituação da arte pelo Direito Penal, que será largamente tratado nos próximos capítulos.

⁴⁸ LANG, Martin et al. *Dangerous Artists of Calibre: shooting people as performance art*. Trebuchet, n. 5, pp. 94-103, 2018, p. 98. Disponível em: <http://eprints.lincoln.ac.uk/id/eprint/34426/>. Acesso em: 10 ago. 2020.

⁴⁹ Ibid., p. 97.

⁵⁰ FARINA, Luiz Antonio Romboli. *O caso Tobias – vida e obra de Ricardo Lísias: por uma crítica da arte viva*. 2019. Dissertação (Mestrado em Teoria e Prática do Teatro) - Escola de Comunicações e Artes, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 43.

⁵¹ Durante o julgamento de Michael Stone, Peter Bond, especialista em arte chamado para testemunhar afirmou que, numa apresentação artística, o mais importante é que as pessoas não saiam feridas e que “se um indivíduo tem bombas como aquelas encontradas com Stone, e tem a intenção de detoná-las, em nenhum momento isso pode ser considerado arte” (tradução nossa). Todavia, se não há intenção de detonar a bomba, o ato pode ser considerado uma performance artística. Cf. MCDOWELL, Wallace. *Overcoming Working-Class Ulster Loyalism's Resistance to Theatricality after the Peace Process*. *Contemporary Theatre Review*, v. 23, n. 3, pp. 323-333, 2013, p. 324.

⁵² LANG, Martin et al. *Dangerous Artists...*, cit., p. 101.

1.2.2. Arte como crime formal ou de mera conduta

Merece nota a interpretação que se dá a uma obra de arte à luz do enquadramento de delitos formais, com especial atenção a duas características que são de suma importância para a correta aplicação do direito nesses casos.

A primeira delas é a própria natureza dos crimes formais. Segundo Nélson Hungria, para a sua consumação, “*basta o eventus periculi (relevante possibilidade de dano, dano potencial)*”⁵³. Ou seja, nos crimes formais, o legislador optou por antecipar a consumação do tipo penal, exaurindo-se com a mera ação do agente⁵⁴.

Damásio de Jesus vai um pouco além e difere os crimes formais daqueles de mera conduta, descrevendo que estes não fazem menção ao evento danoso, havendo a consumação, como nos delitos formais, com a simples ação do sujeito⁵⁵. Nesse sentido, também, Cleber Masson assevera que a falta de descrição do resultado naturalístico na norma penal faz com que ele não possa nunca ser verificado, o que diferencia esses tipos dos crimes formais, que, apesar de terem potencial para modificar o mundo externo, são punidos antes mesmo que isso aconteça⁵⁶.

Há fortes críticas acerca da diferenciação entre crimes formais e os de mera conduta, sendo descrita por Bitencourt como uma “*classificação imprecisa, superada pela moderna dogmática jurídico-penal*”⁵⁷.

De mais a mais, seja qual for a classificação utilizada, os delitos formais ou de mera conduta apresentam a mesma consequência: expressam ações puníveis por si só, sem que haja um resultado (tendo sido ele descrito pela norma penal ou não), permanecendo inalterado o mundo real. São, portanto, escolhas feitas pelo legislador para reprimir ações de pronto, sendo elas, na maioria das vezes, discursos, representações e manifestações das mais diversas formas, dentre as quais, a artística.

A segunda característica a se considerar nessa perspectiva de criminalização é o caráter plurívoco das obras de artes, ensejando as mais diversas interpretações. Apesar de as

⁵³ HUNGRIA, Nélson; FRAGOSO, Heleno Claudio. *Comentários ao...*, v.1 t.2, cit., p. 43.

⁵⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de...*, v. 1, cit., p. 281.

⁵⁵ JESUS, Damásio Evangelista. *Código Penal anotado*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, não paginado (“Art. 14”).

⁵⁶ MASSON, Cleber. *Código Penal Comentado*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, não paginado (“Título II – Do crime” – “Classificação do crime”).

⁵⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de...*, v. 1, cit., pp. 281-282.

interpretações terem de passar pelo crivo da sua própria coerência com o contexto, descartando-se leituras mais levianas, é certo que não raro se chega a mais de uma interpretação satisfatória.

Este é um tópico polêmico, não só no campo das artes, mas também no próprio Direito, principalmente na interpretação de um texto legal. Nesse cenário, várias correntes surgem, havendo aqueles que defendem a análise a partir das intenções do autor por trás do texto ou da obra (“intencionalistas”), outros que levam em conta apenas aquilo que está representado, não ultrapassando o estrito sentido das palavras ou figuras presente na manifestação (“textualistas”), e, por fim, existe a corrente que privilegia a interpretação dada pelo espectador, a partir de sua própria experiência (“interpretacionistas”)⁵⁸.

Sobre isso, Umberto Eco escreveu que independentemente da corrente adotada, há mecanismos que fazem com que esses campos de interpretação se coincidam, como a utilização de um “autor-modelo” que produz, por meio de sua obra, um “leitor-modelo”, o qual varia a depender da conjectura em que se insere. Assim, o espectador estaria livre para apresentar suas interpretações, mas limitado tanto pela intenção do autor, como pela intenção da obra⁵⁹.

Em outras palavras,

salvo em raríssimos casos, os textos são plurívocos, e não será possível considerar todas as demais interpretações como resultantes de um ‘mal-entendido’, encontrando numa delas a ‘verdade’. Para o intérprete do texto literário, não é vital saber se Capitu efetivamente traiu Bentinho, ou se a semelhança física de seu filho com Escobar foi uma infeliz coincidência que, graças à insegurança de seu marido, acabou com seu casamento. Na pior (ou melhor) das hipóteses, essa será uma polêmica eterna, ensejando debates, conferências, grupos de estudo, trabalhos acadêmicos, garantindo a Machado de Assis seu lugar entre os maiores escritores da Língua Portuguesa.⁶⁰

Percebe-se, a partir dessas duas premissas, a grande dificuldade que enfrentará o aplicador da norma frente a obras de arte que geram consequências jurídicas, sem, contudo, ultrapassar o imaginário limite do resultado jurídico, ou seja, sem causar perturbações no mundo exterior. Isso porque o juiz, em nome da segurança jurídica, terá de dar uma interpretação única, para algo que, como visto, se reveste de infinitos, ou ao menos, numerosos significados.

⁵⁸ PRADO, Daniel Nicory do. *Literatura e apologia ao crime: uma abordagem hermenêutica*. In: Congresso Nacional do Conpedi, 16, 2008, Belo Horizonte. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, pp. 4909-4910.

⁵⁹ ECO, Umberto. *Os limites da interpretação*. Tradução: Perola de Carvalho. 2ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2015, não paginado (“1.6. Interpretação e conjectura”).

⁶⁰ PRADO, Daniel Nicory do. *Literatura e...*, cit. p. 4918.

Apesar de, no campo da arte, haver divergências da utilização das três teorias interpretativas mencionadas anteriormente, na aplicação da norma penal, ganha especial relevância a *intenção do autor*, uma vez que prepondera no direito criminal pátrio a teoria finalista da ação, segundo a qual o dolo e a culpa se inserem no próprio tipo penal, sendo atípica, portanto, a conduta do agente quando lhe falta vontade, finalidade, exteriorização ou consciência⁶¹.

É certo que o Código Penal brasileiro deixou de conceituar explicitamente a conduta humana, delegando tal empreitada à doutrina. Contudo, como bem explica Luiz Regis Prado, o legislador de 1984, com a vasta reforma promovida, acolheu de forma mais contundente alguns aspectos dessa teoria, como pode ser percebido na dicção do artigos 20 e 21, que excluem o dolo quando há erro sobre elemento constitutivo do tipo e a culpa, quando há erro de proibição⁶².

Diante disso, é inevitável, sob a égide do ordenamento pátrio, escapar à análise da intenção do autor da obra de arte para se delimitar a tipicidade de sua conduta. Tarefa essa que encontra diversos desafios, que serão enfrentados adiante, a começar pela análise mais atenta de algumas formas recorrentes de criminalização de expressões artísticas.

1.2.2.1. Crimes contra a honra e crimes de preconceito

Os crimes contra a honra, presentes nos artigos 138 a 145 do Código Penal e também em figuras análogas na legislação especial, como no Código Eleitoral (artigos 324 a 326 da Lei n.º 4.737/1967), na Lei de Segurança Nacional (artigo 26 da Lei n.º 7.170/1983) e no Código Penal Militar (artigos 214 a 221 da Lei n.º 1.001/1969)⁶³ representam a materialização da tutela prevista no artigo 5º, X da Constituição Federal que assevera serem invioláveis “a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”.

⁶¹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, v. 1, não paginado (“15.2.1.4. Elementos da conduta”).

⁶² REGIS PRADO, Luiz. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, v. 1, não paginado (“Capítulo VII – Ação e Omissão” – “1.3. Teoria Finalista”).

⁶³ A legislação brasileira previa, ainda, outra modalidade de crimes contra a honra na Lei de Imprensa (artigos 20 a 27 da Lei n.º 5.250/1967). Contudo, em 2009, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF n.º 130, sob relatoria do Ministro Ayres Brito declarou a não recepção de todos os dispositivos dessa lei pela atual Constituição Federal, entendendo que “Quando se tem um conflito possível entre a liberdade e sua restrição deve-se defender a liberdade. O preço do silêncio para a saúde institucional dos povos é muito mais alto do que o preço da livre circulação das ideias”. (PINTO, Indiara Liz Fazolo. *Liberdade de expressão, Lei de Imprensa e discurso do ódio: da restrição como violação à limitação como proteção*. Revista de Direito Administrativo e Constitucional - A&C, ano 23, n. 53, jul./ set. 2013).

Além desses, o ordenamento jurídico brasileiro, a partir de 1989, passou a contar com legislação específica para coibir situações de discriminação e preconceitos motivados por raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional⁶⁴. Além de prever crimes próprios, a Lei n.º 7.716 adicionou ao Código Penal uma nova modalidade de crime contra a honra, consistente na injúria preconceituosa, qualificada pela presença do especial fim de discriminar o sujeito pelas características acima elencadas⁶⁵.

O bem jurídico protegido pelos crimes contra a honra ainda é objeto de debates, havendo tanto o entendimento da honra no sentido normativo, que a compreende como a pretensão jurídica ao respeito para com o sujeito⁶⁶, quanto numa concepção fática, que prevalece na doutrina estrangeira⁶⁷, consistindo, nas palavras de von Liszt, como o “*valor pessoal correspondente à posição que o indivíduo ocupa entre os seus concidadãos*”⁶⁸.

A legislação penal brasileira, na esteira da doutrina de Nélson Hungria, diferenciou dois tipos de honras, sendo uma delas a *objetiva*, entendida como a dignidade pessoal externalizada na “*vigilante consciência da utilidade que ao indivíduo, no convívio social, advém da estima e favorável opinião dos outros*”⁶⁹ e uma *subjéctiva*, representada pelo “*sentimento íntimo da dignidade pessoal*”⁷⁰. Em outras palavras, a honra objetiva seria a reputação ou a consideração social que o sujeito detém em um contexto coletivo, enquanto a honra subjéctiva seria a consideração que a pessoa tem de si mesma, aferida pela visão alheia⁷¹. Assim, os crimes de calúnia e de difamação teriam como escopo a proteção da honra em sua dimensão *objetiva*, uma vez que coíbem a afetação do prestígio do sujeito contra falsas imputações de fatos definidos como crimes, no primeiro caso e contra acusações de fatos ofensivos no segundo. O crime de

⁶⁴ Recentemente o Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADI n.º 26 e do Mandado de Injunção n.º 4.733, decidiu pela interpretação extensiva da Lei n.º 7.716/89, de modo que a homofobia e a transfobia também sejam abarcadas por seus dispositivos, entendidas como “racismo social”.

⁶⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de...*, cit. p. 398

⁶⁶ Nesse sentido: “*qualquer dos crimes contra a honra atinge a pretensão ao respeito, interpretando-se os aspectos sentimentais e ético-sociais da honra*”. Cf. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: Parte Especial*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. 1, p. 130; “*O bem jurídico protegido é a pretensão ao respeito da própria personalidade*”. Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, v. 2, p. 350; “*A honra, como afirmava Welzel, é um conceito normativo, entendido como o direito que tem o indivíduo de ser respeitado e a pretensão ao reconhecimento dos pressupostos necessários à sua função social*”. Cf. REGIS PRADO, Luiz. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, v. 2, p. 167.

⁶⁷ SOUZA. Luciano Anderson de. *Direito Penal*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, v. 2, p. 231

⁶⁸ LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal*. Tradução: José Higinio Duarte Pereira. Campinas: Russell, 2003, t. I, p. 77.

⁶⁹ HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal: Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940: arts. 137 a 154*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, v. VI, pp. 39-40.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 40.

⁷¹ SOUZA. Luciano Anderson de. *Direito Penal*. v. 2, cit., p. 241.

injúria, por seu turno, tutela o espectro *subjetivo* da honra, uma vez que impõe respeito à dignidade e ao decoro da vítima.

Os crimes de preconceito, por sua vez, para além de tutelarem a honra dos sujeitos, têm um alcance maior, abarcando também, e principalmente, a igualdade⁷², daí a proteção mais rigorosa, garantida pelo *status* constitucional (artigo 5º, XLII) do crime de racismo, que é inafiançável, imprescritível e sujeito à pena de reclusão⁷³.

Nessa esteira, é forçoso pontuar o destaque especial que tais delitos assumem na atual conformação social de maior divulgação de ideias proporcionada pelas redes sociais e pela *Internet* em geral, numa dita *sociedade de informação*, em que a honra ganha uma exposição sem precedentes, tornando-se, com isso, mais vulnerável⁷⁴. Mais que isso, esses delitos tornam-se centro do debate acerca do cerceamento da liberdade de expressão nas sociedades democráticas, vez que, sendo crimes de forma livre⁷⁵, podem ser praticados pelos mais diversos meios, seja face a face, por telefone, por escrito, ou por representações, como uma manifestação artística, alargando demasiadamente o poder de interferência da norma penal.

É certo que a livre manifestação do pensamento é direito fundamental garantido pelo artigo 5º, inciso IV da Constituição Federal e positivado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos⁷⁶ e pelo Pacto de São José da Costa Rica⁷⁷. Mais certo ainda é seu grande destaque frente a outros direitos, uma vez que até mesmo a integridade física só ganha relevância acompanhada de independência intelectual⁷⁸. Todavia, ela não é um direito absoluto. O próprio Pacto de São José da Costa Rica prevê, em seu artigo 13.2, que a liberdade de expressão

⁷² ÁVILA, Thaís Coelho. *Racismo e injúria racial no ordenamento jurídico brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, v. 16, n.º 2, jul.-dez. 2014, p. 364. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/26266>. Acesso em: 16 ago. 2020.

⁷³ Apesar de o termo “racismo” não aparecer na Lei n.º 7.716/89, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento do *Habeas Corpus* 82.424/RS entendeu, ainda que com críticas, que o vocábulo compreende todas as formas de discriminação previstas nessa Lei, quais sejam, aquelas perpetradas também em razão de cor, etnia, origem nacional ou religião. Cf. FIGUEIREDO, Maria Patrícia Vanzolini. *Racismo*. In: JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; FULLER, Paulo Henrique Aranda. *Legislação Penal Especial*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 2. pp. 84-85.

⁷⁴ SOUZA. Luciano Anderson de. *Direito Penal*. v. 2, cit., p. 234

⁷⁵ Sobre os crimes contra a honra, cf. SOUZA. Luciano Anderson de. *Direito Penal*. cit., p. 236. Sobre os crimes de preconceito, cf. SANTOS, Christiano Jorge. *Crimes de preconceito e discriminação*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 132.

⁷⁶ “Artigo 19. Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão”.

⁷⁷ “Artigo 13. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha”.

⁷⁸ MACHADO, Anna Paula Matsuoka Pandim Barbosa. *Hate speech: o voo de Ícaro da liberdade de expressão*. Fórum Administrativo - FA, ano 19, n. 191, jan. 2017, p. 10.

deve se sujeitar a responsabilidades ulteriores para resguardar, dentre outros direitos, a reputação das pessoas e a moral pública.

Percebe-se, diante disso, que a principal dificuldade em se atribuir os crimes contra a honra e os de preconceito às diversas manifestações existentes, dentre as quais, a artística, será encontrar esse limiar entre a liberdade de expressão e pensamento e uma dita moral, tanto individual como coletiva. Desde logo, o primeiro desafio para essa empreitada se encontra no fato de que a moral não é absoluta, variando conforme a pluralidade das sociedades e dos próprios grupos dentro delas. Assim, o padrão social esperado não deve ser ditado apenas porque assim o quer a maioria, sob o risco de se permitirem padrões contraditórios à própria Democracia. A restrição à liberdade de expressão deve se ater, portanto, aos casos em que a própria vida em sociedade é ameaçada, ou seja, deve se pautar e se limitar pelo próprio Estado Democrático de Direito⁷⁹, o que nem sempre seguirá o anseio de uma maioria dominante.

Essa discussão ganha interessante contorno no campo do humor. Se hoje vivemos em um contexto em que o cômico invadiu todas as esferas da vida social, impulsionado por sua massificação, num fenômeno descrito pelo filósofo Gilles Lipovetsky como *sociedade humorística*⁸⁰, é certo que isso se torna um grande fator que afeta a capacidade coletiva de reconhecer tanto a tolerância em relação à expressão burlesca, quanto os limites dessa manifestação⁸¹.

Para além das diversas polêmicas fartamente encontradas nos noticiários por colocações feitas por comediantes durante apresentações de *stand-up comedy*, entrevistas ou mesmo em publicações em redes sociais, aproxima-se mais do tema aqui proposto a análise de discursos de humor que se subsomem de forma mais evidente aos conceitos de expressão artística, sendo eles, as manifestações *iconográficas* de humor, mais especificamente a caricatura e a charge.

Em primeiro lugar, cumpre apontar que não são formas de arte coincidentes, sendo a charge, uma reflexão crítica sobre o real, feita a partir do humor e por meio de traços

⁷⁹ NEVES, Heidi Rosa Florêncio. *Intolerância e Direito Penal*. In: SOUZA, Regina Cirino Alves Ferreira de (org.). *Intolerância e Direito Penal*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 63.

⁸⁰ LIPOVETSKY, Gilles. *A era do vazio: ensaios sobre o individualismo contemporâneo*. Tradução: Therezinha Monteiro. São Paulo: Manole Editora, 2005, pp. 111-144.

⁸¹ SALIBA, Elias Thomé. *Humor e tolerância, intolerância ao humor*. In COSTA, Cristina (org.). *Comunicação e liberdade de expressão*. São Paulo: ECA-USP, 2016, p. 37.

característicos, enquanto que a caricatura, por outro lado, não visa à opinião, limitando-se à reprodução física do retratado com marcas de extravagância⁸².

Por conta dessas características próprias, como a aproximação com a realidade, promovendo distorções propositais e criando situações cômicas, não é raro que tais formas de expressão esbarrarem em direitos da personalidade, dentre os quais, a honra daquele que está sendo retratado.

Sobre o tema, Anderson Schreiber pondera:

Por um lado, é evidente a necessidade de proteção à reputação da pessoa, que não pode sofrer arrefecimento pelo simples intuito humorístico de quem publica um texto, uma caricatura ou uma fotomontagem. Por outro lado, a sátira representa manifestação da liberdade artística e intelectual, também tutelada constitucionalmente, e calcada, por definição, no brincar com costumes sociais, valendo-se, com frequência, de certa abordagem jocosa dos fatos públicos e das pessoas notórias. Somente a ponderação entre esses dois interesses igualmente protegidos pode conduzir a uma solução justa para o caso concreto. Significa dizer que a solução não está na prevalência abstrata de um interesse sobre outro, mas no sopesamento entre eles diante das circunstâncias específicas do caso concreto.⁸³

Esse sopesamento, adianta-se, não é de fácil execução, gerando grande margem para arbitrariedades. É certo que há alguns esparsos critérios na doutrina e jurisprudência, como o fato de ser o retratado uma pessoa pública, que voluntariamente já expôs sua vida privada, de modo a arrefecer (mas não a suprimir) seus direitos à personalidade diante da liberdade de expressão e a proteção ao bem jurídico⁸⁴. Contudo, talvez o maior ponto de embate resida no fato de que os crimes de preconceito e contra a honra exigem, para a sua consumação, um especial fim de agir, ou seja, é preciso se verificar se o autor agiu com *animus discriminandi, caluniandi, diffamandi* ou *injuriandi*, sem o qual não há que se falar em tipicidade da conduta⁸⁵.

Nesse ponto, a exegese jurídica colide novamente, como já apontado no item anterior, no caráter plurívoco das manifestações artísticas, que dificultam a aplicação sistemática da norma penal, criando insegurança jurídica, uma vez que os critérios interpretativos são esparsos e variados.

⁸² TEIXEIRA, Luiz Guilherme Sodré. *Sentidos do humor, trapaças da razão: as charges*. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 2005, p. 73.

⁸³ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 89.

⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang, et al. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, não paginado (“4.15.2.2. A liberdade de expressão na Constituição Federal” – “6. Limitações não expressamente autorizadas pela Constituição Federal”).

⁸⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de...*, cit., pp. 358-359.

Toma-se como exemplo um caso real julgado pelo Supremo Tribunal Federal em que os direitos da personalidade tiveram preponderância sobre a liberdade de expressão, entendendo-se pelo cometimento do crime de racismo. No caso, analisava-se o trabalho de um chargista que, a pretexto de discutir o tema da maioria penal, veiculou ilustração de recém-nascidos pretos correndo da sala de parto enquanto um médico branco gritava “*Segurança!!! É uma fuga em massa!!!*”. Aduziu-se que um dos limites à liberdade de expressão seria a discriminação e o racismo, tratando-se de “*uma elementar exigência do próprio sistema democrático, que pressupõe a igualdade e a tolerância entre os diversos grupos*”⁸⁶.

Figura 1 – Charge racismo



Fonte: Blog Deve haver algum lugar...⁸⁷

Não havia sido esse, contudo, o entendimento do magistrado da origem que, dando interpretação diversa à charge veiculada, absolveu o acusado asseverando que “*o enfoque da manifestação era a polêmica que se fazia ao redor da possibilidade de diminuição da idade para a responsabilização criminal e não a diferença racial*”. Acrescentou ainda que

É fato de todos conhecidos que a imensa massa carcerária do país é formada de negros. Obviamente há também brancos, mulatos, índios, orientais, etc. Na imensa maioria das vezes, pobres. Assim, o que se pode questionar é a interpretação dada por aqueles que se sentem ofendidos com a charge da maneira em que foi retratada. Extrai-se do desenho o médico solicitando auxílio à segurança porquanto a senhora de pele negra, em trabalho de parto vê os filhos (4) descendo da mesa cirúrgica, utilizando-se de corda para deixar o ambiente.

⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinário n.º 988.601. Recorrente: Mauro Martinelli Maciel e Carlos Alberto da Costa Amorim. Recorrido: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator: Ministro Dias Toffoli. Publicação: 03 out. 2016.

⁸⁷ Disponível em: <http://devehaveralgumlugar.blogspot.com/2013/11/20-charges-para-o-20-de-novembro-by.html>. Acesso em: 20 set. 2020.

Então questiono: Na hipótese de se inverterm os papéis, seria razoável apontar como racista a figura da médica negra, com uma senhora branca em trabalho de parto nas mesmas condições daquela representada? A resposta, ao ver do signatário, é não. E se no lugar da mulher negra fosse desenhada mulher asiática, ou indiana, ruiva, loira, morena, castanha, judia, muçulmana, haveria racismo ou preconceito de cor em relação a estas pessoas? Significaria dizer que o racismo ocorreria em qualquer hipótese se mantido o restante da figura?⁸⁸

Sem entrar na análise do mérito do caso concreto, é fato que cada uma das decisões apontadas teceu uma interpretação diversa para uma mesma figura, havendo, certamente, apoiadores de cada um dos lados, que enxergam a charge em questão da mesma forma.

Outro exemplo de tentativa de interpretação do intuito do artista pode ser visto no seguinte caso, amplamente divulgado pela mídia: um deputado federal ingressou com ação indenizatória contra jornal que publicou charge retratando o deputado e outras três figuras públicas perfilados em uma sala de reconhecimento de suspeitos sob os dizeres “*Não sei, foi tudo muito rápido... poderia ter sido qualquer um deles, ou todos, sei lá...*”. O desenho foi feito na mesma época em que ocorreu um atentado terrorista contra uma boate LGBT, nos Estados Unidos, que deixou mais de 50 mortos, e as palavras reproduzidas são atribuídas a um dos sobreviventes do ataque. A acusação alegava a ofensa à honra do parlamentar em decorrência da calúnia perpetrada pela associação entre sua figura e o ato terrorista.

Figura 2 – Charge atentado terrorista



Fonte: JOTA⁸⁹

⁸⁸ BRASIL. 2ª Vara Criminal da Comarca de Lages, Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Processo n.º 039.08.014844-0. Acusados: Mauro Martinelli Maciel e Carlos Alberto da Costa Amorim. Juiz Juliano Schneider de Souza. Publicação: 26 jan. 2012.

⁸⁹ Disponível em: <https://www.jota.info/justica/charge-com-bolsonaro-suspeito-nao-viola-honra-do-deputado-23112017>. Acesso em: 20 set. 2020.

Nesse caso, o tribunal manteve a improcedência do pedido julgado em primeira instância. No voto, para fazer a interpretação da charge, a relatora, a seu próprio critério, procede a uma criteriosa análise das palavras utilizadas pelo chargista nos seguintes termos:

A suposta frase que seria dita por uma das vítimas, em situação de reconhecimento do autor do crime bárbaro, no sentido de que “*não sei, foi tudo muito rápido... poderia ter sido qualquer um deles, ou todos, sei lá...*” (fls. 21) deixa claro que não há uma indicação específica a qualquer um deles. Quando afirma que poderia ser um deles, utiliza verbo distinto do pretérito perfeito, a denotar que não se trata de apontamento dos retratados como causadores daquele crime. Ademais, quando declara que poderia ser “qualquer um deles, ou todos, sei lá”, também indica que não importa o autor do crime, mas as ideias que eles podem representar, mesmo eles que não sejam, de fato, causadores de qualquer crime.⁹⁰

Destaca, ainda, que não há intenção em se apresentar como “*intérprete de sátira ou mesmo juíza de qualidade sobre humor*”, sendo a análise feita necessária apenas para se entender a *finalidade* do autor⁹¹.

Há ainda exemplos na doutrina de autores que entendam que as representações humorísticas devem vir acompanhadas da prévia autorização dos satirizados, a não ser que se revista de um interesse público que justifique a lesão ao direito alheio, sob pena de não se permitir a sua colisão com os direitos da personalidade.⁹²

Todos esses exemplos servem para mostrar que a falta de um critério para se analisar a arte à luz do direito cria um ambiente de incerteza jurídica, repudiado pelo Direito Penal, pois cada magistrado se utiliza das próprias ferramentas para se proceder à análise da *intenção do autor*, um dos elementos essenciais do tipo.

1.2.2.2. Incitação e apologia de crime ou criminoso

O mesmo problema ocorre quando se procede à análise dos delitos de incitação e apologia de crime ou criminoso (artigos 286 e 287 do Código Penal), infrações também de natureza formal, que se consumam com a mera ofensa presumida contida na manifestação,

⁹⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.º 0241254-05.2016.8.19.0001. Apelante: Jair Messias Bolsonaro. Apelado: Editora O Dia LTDA. Relatora: Desembargadora Marcia Ferreira Alvarenga. Publicação: 01 jun. 2017.

⁹¹ No mesmo sentido, o STJ tem decidido acerca da finalidade do autor da charge, sem entrar no mérito acerca da pertinência daquela representação, uma vez que “*Não cabe aos Tribunais dizer se o humor praticado é 'popular' ou 'inteligente', porquanto à crítica artística não se destina o exercício da atividade jurisdicional*” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 736.015. Recorrente: Eugênia Cecília Smith de Vasconcellos Aragão. Recorrido: Editora Pererê Revistas e Livros LTDA. Relatora: Nancy Andrighi. Publicação: 01 jul. 2015).

⁹² ANJOS, Marco Antonio dos. *O humor: estudo à luz do direito de autor e da personalidade*. 2009. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, pp. 108-109.

quando ela é perceptível por um número indeterminado de pessoas⁹³. Há, ainda, crimes mais específicos no Código Penal quando a incitação se volta à prática de suicídio (artigo 112), à satisfação da lascívia alheia (artigo 227) ou à prostituição ou outra forma de exploração sexual (artigo 228), tendo, por fim, também, tipificações análogas em legislações especiais, como na Lei de Drogas (artigo 33, § 2º da Lei n.º 11.343/2006), na Lei do Genocídio (artigo 3º da Lei n.º 2.889/56), na Lei de Segurança Nacional (artigos 22, inciso IV e 23, inciso IV da Lei n.º 7.170/83) e na Lei de Crimes de Preconceito (artigo 20 da Lei n.º 7.716/89).⁹⁴

De início, é preciso salientar que a existência desses delitos ainda sob o crivo da Constituição de 1988 é questionável por boa parte da doutrina. Bitencourt afirma ser preocupante a criminalização da manifestação do pensamento sem que, na dicção do artigo 31 do Código Penal, o fato considerado criminoso não assuma, ao menos, a sua forma tentada. O que ocorre aqui, no entanto, é que a *incitação*, além de não exigir o início de nenhuma conduta tipificada, exaure-se com a mera suposição de que o discurso em análise causará em alguém efeitos tais, que o levará a cometer crimes⁹⁵.

Soma-se a isso, a imprecisão técnica dos delitos em análise. Para Magalhães Noronha, por exemplo, as diferenças entre os crimes de incitação e apologia não são claras, sendo o segundo uma manifestação mais hábil ou ardilosa que o primeiro⁹⁶. Bitencourt assevera, ainda, ser quase irrealizável a tarefa de se delimitar os sentidos exatos dos elementos objetivos do crime de apologia, uma vez que se está diante de um superado texto legal, carregado de uma “*linguagem censuradora*”⁹⁷.

Talvez o maior ponto de atrito entre todos esses problemas acima mencionados e as manifestações artísticas se encontre na regulação das letras de funks, hip hops e outros gêneros reconhecidamente periféricos. A lógica aqui, diferentemente da criminalização do estilo musical em si, destacada no item 1.1, volta-se ao *conteúdo* da manifestação, que é associado a um delito.

Primeiro é preciso observar que o funk sofre de uma grande contradição no que diz respeito ao seu enquadramento como cultura de massa, uma vez que, embora assimilado como

⁹³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, v. 4, p. 444.

⁹⁴ COLNAGO, Rodrigo. *Direito Penal: Parte especial III*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. pp. 81-82.

⁹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de...*, v. 4, cit., p. 440.

⁹⁶ NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal: parte especial*. São Paulo: Saraiva, 1986. v. 4, p. 92.

⁹⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de...*, v. 4, cit., p. 439.

produto a ser consumido por boa parte da população, com destaque para os jovens de camadas médias, revela-se, ainda, largo descrédito em relação aos ditos “*funkeiros*”, artistas e consumidores preferenciais dessa música⁹⁸. Isso fica ainda mais evidente nas repressões às letras de funks mais pesadas, os conhecidos “proibidões” que, a despeito de serem denunciados como crime de apologia, muitas vezes, nada mais fazem do que descrever o cotidiano violento das periferias e dos ambientes frequentados por seus autores.

O *rap*, vertente musical do hip hop, na mesma esteira, tem sua origem a partir da década de 80, na periferia urbana, principalmente, em São Paulo.⁹⁹ Suas letras são geralmente usadas como artifício, pelos MCs, para escancarar, sem o usual recato das culturas de massa, a realidade das favelas e periferias, não havendo como deixar de fora conteúdos considerados à margem da lei, como tráfico de drogas, disputas e rivalidades de bairros e territórios, prisão e violência policial.¹⁰⁰

Tudo isso acaba tendo repercussões no direito penal: um dos exemplos mais lembrados nos estudos desse tipo de criminalização é o ocorrido com a banda *Planet Hemp*, grupo brasileiro de *rap rock* que teve seus integrantes presos em flagrante pelo delito de apologia constante da Lei de Drogas, logo após a apresentação de um show, em novembro de 1997¹⁰¹. Uma das letras de maior sucesso da banda, *Queimando Tudo*, foi o principal alvo de discussão por trazer diversas passagens explícitas sobre uso de maconha, como pode ser visto abaixo:

Eu canto assim porque eu fumo maconha
Adivinha quem tá de volta explorando a sua vergonha
Eu sou melhor do microfone, não dou mole pra ninguém
Porque o Planet Hemp ainda gosta da MaryJane
Então por favor, não me trate como um marginal
Se o papo for por aí, já começamos mal
Quer me prender só porque eu fumo Cannabis Sativa
Na cabeça ativa, na cabeça ativa
Na cabeça ativa, e isso te incomoda?
Eu falo, penso, grito e isso pra você é f***
A mente aguçada mermão, eu sei que isso te espanta
Mas eu continuo queimando tudo até a última ponta¹⁰²

⁹⁸ FACINA, Adriana. “*Não me bate doutor*”: funk e criminalização da pobreza. V Encontro de Estudos Multidisciplinares em Cultura. Faculdade de Comunicação, Salvador, Bahia, 2009, pp. 1-2.

⁹⁹ HERSCHMANN, Micael. *O funk...*, cit., p. 267.

¹⁰⁰ CYMROT, Danilo. *A criminalização...*, cit., p. 116.

¹⁰¹ PRADO, Daniel Nicory do. *Literatura e...*, cit., p. 4922.

¹⁰² PLANET HEMP. *Queimando Tudo*. Disponível em: <http://planet hemp. letras. terra. com. br/letras/30904/>. Acesso em: 29 jun. 2020.

Apesar da clareza do texto¹⁰³, é inevitável apontar que somente isso não basta para a aplicação da norma penal de pronto. Já foi aqui dito que a *intenção do autor* da manifestação é caminho interpretativo que mais ganha destaque no campo criminal, diante do necessário apontamento do dolo em sua conduta, mas mesmo essa interpretação não está livre da influência e da formação do gosto do intérprete e mesmo da tradição e do senso comum. A escolha de qual interpretação será a válida torna-se, portanto, um ato político.¹⁰⁴

A complexidade do caso em tela se mostra, por exemplo, em entrevistas concedidas por Marcelo D2, vocalista da banda e autor da polêmica letra, que afirma que o principal objetivo da banda nunca foi fazer com que as pessoas fumem maconha, mas “*que possam fumar ou não sem sofrer com isso*”.¹⁰⁵ Daí se extrai outra vertente da liberdade de expressão, reflexo da *soberania popular*, que autoriza cidadãos a questionarem as próprias leis a que estão submetidos, havendo, inclusive, possibilidade, nos termos do artigo 14, inciso III e do artigo 61, § 2º, ambos da Constituição Federal, de se propor perante o Congresso Nacional, projeto de lei, o qual pode inclusive promover a abolição penal de determinadas condutas que atualmente são tratadas como crime.

Isso foi tema de discussão no STF, já em contexto posterior à prisão da banda, quando, na ADPF 817/DF, se discutia a possibilidade de enquadramento da “Marcha da Maconha” como crime de apologia. O entendimento da corte foi o de que é necessário interpretar o crime do artigo 287 do Código Penal em harmonia com as liberdades de expressão, de reunião e de petição, não bastando a simples alusão a fato considerado criminoso pelo sistema para a sua configuração. Em suma, nas palavras da então Procuradora Geral da República, Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira, reproduzidas no voto do relator:

Daí por que o fato de uma idéia ser considerada errada ou mesmo perniciosa pelas autoridades públicas de plantão não é fundamento bastante para justificar que a sua veiculação seja proibida. A liberdade de expressão não protege apenas as idéias aceitas pela maioria, mas também – e sobretudo – aquelas tidas como absurdas e até perigosas. Trata-se, em suma, de um instituto contramajoritário, que garante o direito daqueles que defendem posições minoritárias, que desagradam ao governo ou contrariam os valores hegemônicos da sociedade, de expressarem suas visões alternativas.¹⁰⁶

¹⁰³ Embora a letra use alguns artificios como o termo “*MaryJane*”, nome pelo qual a maconha é popularmente conhecida nos EUA, não deixa de citar nominalmente a droga em outros trechos.

¹⁰⁴ PRADO, Daniel Nicory do. *Literatura e...*, cit., p. 4924

¹⁰⁵ MUNDIM, Pedro Santos. *Das rodas de fumo à esfera pública: Maconha nas músicas do Planet Hemp*. 1ª ed. São Paulo: Annablume, 2006, pp. 139-140.

¹⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 187. Requerente: Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Celso de Mello. Publicação: 29 mai. 2014, pp. 31-32.

No caso da banda *Planet Hemp*, após diversos outros problemas com a justiça, o grupo somente conseguiu seguir a turnê após concessão de *habeas corpus* preventivo, o qual liberou o salvo-conduto em respeito à livre manifestação de pensamento e à vedação constitucional à censura prévia¹⁰⁷. Contudo, tem se observado na jurisprudência diversos posicionamentos contrários, que acabam por criminalizar as letras de funks, principalmente dos “proibições”, como pode ser observado nos seguintes exemplos:

APOLOGIA AO CRIME. CONDUTA QUE SE FAZ INSERIDA EM LETRA DE MÚSICA. AS PRETENDIDAS ATIPICIDADES E AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA NÃO SE EVIDENCIAM CONFIGURADAS. (...)

Sem maiores aprofundamentos dúvida não se tem pelo teor da letra da música que no procedimento original tem a qualificação típica de ser apologética, que seu conteúdo contempla situações e afirmativas que não merece, por impedimento legal, enfrentamento nesta oportunidades.

Sabido é que isto é ressaltado no acórdão atacado sobre a existência de presença de indícios de ser a música usada, no caso a de autoria do paciente, como de propaganda de atividade criminosa. Em certos trechos da composição veêm-se referências que justificam a deflagração do procedimento criminal e, nesta instância, o indeferimento do pleito formulado na inicial deste *writ*.¹⁰⁸

HABEAS-CORPUS. APOLOGIA AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. (...)

O paciente, vulgo "Colibri" ou "MC Colibri", foi denunciado por incentivar e difundir o uso indevido de substância entorpecentes, se valendo de suas músicas para enaltecer a facção criminosa conhecida por Terceiro Comando Puro (TCP), alardeando sua superioridade em relação as demais. (...)

Quanto à manutenção da prisão do paciente, esta é imprescindível, pois, como esclareceu o douto magistrado foram acolhidos os argumentos da ilustre Promotora de Justiça, a qual fundamentou que a medida tinha: “o propósito de fazer cessar a conduta nefasta do denunciado, traduzida em uma cantoria que, a par de chula, parece ter o único propósito de levar os seus ouvintes a crer na superioridade de determinada facção criminosa, organização essa cuja grande finalidade é destruir, via consumo de substância entorpecente, a vida e a felicidade de cidadãos e de suas respectivas famílias”.¹⁰⁹

Sobre isso, Danilo Cymrot escreve que esses “proibições” não necessariamente significam o envolvimento do respectivo MC no mundo do crime, retratando apenas a realidade da comunidade numa música feita por ela e para ela. Assim, quando a mídia começou a denunciar a existência dessas expressões, paradoxalmente elas se popularizaram, saindo do restrito âmbito da favela¹¹⁰. A consequência disso foi a sua maior repressão.

¹⁰⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Habeas Corpus n.º 0008413-65.2002.8.07.0000. Pacientes: Marcelo Sayão Lobato e outros. Relator: Des. Pedro Aurélio Rosa de Farias. Publicação: 23 mar. 2003.

¹⁰⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Habeas Corpus n.º 0036151-53.2006.8.19.0000. Pacientes: Frank Baptista Ramos e outros. Relator: Des. Alberto Motta Moraes. Publicação: 06 fev. 2007.

¹⁰⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Habeas Corpus n.º 0037366-64.2006.8.19.0000. Pacientes: Pedro Jorge Lopes e outros. Relator: Des. Alexandre Herculanio Pessoa Varella. Publicação: 11 out. 2006.

¹¹⁰ CYMROT, Danilo. *A criminalização...*, cit., p. 129.

Vê-se, portanto, a complexidade encontrada tanto nas letras de funk quanto nas de hip hop, de forma a não se poder censurar automaticamente qualquer uma delas que faça referência a crimes ou a criminosos. Além de ser necessária a separação dos proibições, daquelas de denúncia e ainda daquelas sem qualquer conteúdo ideológico, de conotação sexual ou meramente humorística, há de se ter sempre em conta a intenção do autor, num exercício interpretativo que será destrinchado mais adiante.

1.2.2.3. Crimes relacionados à nudez

Como já abordado anteriormente no presente trabalho, a nudez na arte é um ponto de divergência entre críticos e espectadores, num debate que sofreu grande evolução ao longo da história, com maior ou menor repressão a essas obras, a depender da época em que eram representadas¹¹¹. Hoje, contudo, é certo que não há uma relação imediata e automática entre o corpo humano despido e a sexualidade ou a obscenidade. Nesse sentido, Kenneth Clark diferencia duas palavras oriundas do vocábulo inglês que são erroneamente tomadas como sinônimas no campo das artes: *naked* seria a condição de “*estarmos privados de nossas roupas, sugerindo o constrangimento que a maioria de nós sente nessa situação*”, enquanto que a palavra *nude* “*não carrega[ria], no uso educado, nenhum tom desconfortável. A vaga imagem que ela projeta na mente não é de um corpo amontoado e indefeso, mas de um corpo equilibrado, próspero e confiante*”.¹¹² Assim, a inspiração dos grandes trabalhos artísticos não seria o corpo nu refletido como rele objeto a ser observado com prazer e desejo sexual (*naked*), mas sim, no sentido de ser uma forma de arte (*nude*) sobre a qual o artista trabalha e evoca ainda diversas outras emoções, dentre as quais a desilusão e o desânimo, não um desejo de possuir ou de imitar, mas de aperfeiçoar.¹¹³

Em outras palavras, nem toda nudez ostenta um cunho sexual ou um propósito lascivo. Isso pode ser verificado em diversos contextos em que o corpo despido é socialmente aceito, como nas praias de nudismo, em consultas e exames médicos ou em variadas culturas indígenas. Essa assertiva também é verificada em múltiplas intervenções artísticas aclamadas, mesmo que não sem certa polêmica. Uma delas é parte do ensaio “*Nude Adrift*”, do fotógrafo Spencer Tunick, apresentado na 25ª Bienal Internacional de Arte de São Paulo, em que cerca de 1.200 pessoas posaram nuas em frente ao Parque Ibirapuera. Outro exemplo de exploração

¹¹¹ Vide Capítulo 1.

¹¹² CLARK, Kenneth. *The nude...*, cit., p. 3 (tradução nossa).

¹¹³ *Ibid.*, pp. 3-6.

artística da nudez pode ser encontrado nos trabalhos da artista Marina Abramovic, natural da antiga Iugoslávia. Em sua performance intitulada *Imponderabilia*, apresentada pela primeira vez em 1977, os espectadores, para conseguirem adentrar a mostra, eram obrigados a passar entre dois artistas nus (na apresentação original eram a própria Abramovic e seu marido) que bloqueavam a única passagem¹¹⁴.

Essa distinção entre os diversos contextos do corpo despido toma relevante importância na aplicação dos crimes relacionados a tais situações, uma vez que não basta apenas o nu para que a conduta seja enquadrada em delitos próprios. Como se verá adiante, é necessário também que se esteja presente, ao menos, a intenção lasciva (em crimes sexuais) ou a vontade consciente de praticar ato obsceno (em crimes de ultraje ao pudor público).

1.2.2.3.1. Crimes sexuais contra crianças e adolescentes

A reforma trazida pela Lei n.º 11.829/2008 alargou a proteção infanto-juvenil, uma vez que inseriu, pela primeira vez, no Estatuto da Criança e do Adolescente, os chamados *crimes de pedofilia*¹¹⁵, compreendidos entre seus artigos 240 e 241-D.

A despeito de a pedofilia ser considerada um transtorno da preferência sexual pela 10ª Revisão de Classificação Internacional de Doenças, a ideia pedófila se mostra contrária à natureza, não sendo o esperado pela sociedade que uma criança seja introduzida ao campo sexual em idade tão tenra, o que faz com que a externalização da pedofilia em atos de abuso sexual, estupro ou mesmo produção e divulgação de pornografia seja punida pelo ordenamento penal pátrio¹¹⁶.

Vale sublinhar que a mera existência desse transtorno não leva o indivíduo a ser considerado criminoso, uma vez que o Direito Penal já não pune mais pensamentos ou indivíduos propensos a atos desviantes, cerceando apenas condutas ou omissões antijurídicas, de

¹¹⁴ BRASIL. Ministério Público Federal. Nota técnica nº 11 de 31 de outubro de 2011. Trata sobre a liberdade de expressão artística em face da proteção de crianças e adolescentes. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/temas-de-atuacao/direitos-sexuais-e-reprodutivos/nota-tecnica-liberdade-artistica-e-protecao-de-criancas-e-adolescentes>>. Acesso em: 10 mar. 2020. pp. 31-33.

¹¹⁵ ISHIDA, Válder Kenji. *Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência*. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 621.

¹¹⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal sexual*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, pp. 346-348.

forma a abandonar, portanto, a lógica *jakobisiana* de Direito Penal de Autor¹¹⁷. Mais do que isso, é errado afirmar que os ditos *crimes de pedofilia* sejam cometidos apenas por pessoas com transtornos, uma vez que esses delitos podem ser motivados, não por um propósito sexual, mas por desígnios outros como o dinheiro ou a vingança.¹¹⁸ Portanto, não é a pedofilia que é criminalizada no Brasil, mas sim, os atos atentatórios à liberdade e à dignidade sexual da criança e do adolescente.¹¹⁹

O fato é que todos os crimes elencados nos artigos 240 a 241-D do ECA têm em comum o envolvimento, de alguma forma, de uma criança ou adolescente real em cena de sexo explícito ou pornográfica. Ocorre que, apenas isso não basta para a caracterização de uma conduta antijurídica, já que esses tipos dependem, na dicção do artigo 241-E, do mesmo estatuto, de “*fins primordialmente sexuais*”, ou seja, do propósito de instigar a libido alheia ou própria, de modo a diferenciar, por exemplo, a pornografia infantil de fotos familiares¹²⁰, ou ainda, de maneira a se permitir a reprodução da nudez infantil para fins educacionais (como aulas de educação sexual) ou científicos¹²¹.

Todavia, a interpretação desses artigos está longe de afastar polêmicas quando da sua aplicação a expressões artísticas. É certo que alguns casos fogem dessa controvérsia por sua clareza intrínseca. Não se questiona por exemplo, que é lícita a famosa arte da capa do álbum *Nevermind* da banca de *rock* norte-americana, *Nirvana*, em que um bebê aparece nu em uma piscina tentando alcançar uma nota de dólar. A ausência de qualquer fim lascivo nessa imagem é latente, descaracterizando-se, assim, qualquer crime sexual¹²².

Contudo, há casos que se encontram na zona limítrofe entre a liberdade de expressão e a proibição penal. Um deles diz respeito à nudez de um adulto diante de um público com menores de idade. Esse foi um problema recente enfrentado no Brasil com a vinda à tona do vídeo da performance do artista Wagner Schwartz que, numa releitura da série de obras “*Bichos*”, de Lygia Clark, posicionava-se nu no meio da exposição e deixava o público interagir com ele, mexendo em seus braços, pernas e tronco, como uma escultura viva. No vídeo, uma

¹¹⁷ LOUVEIRA, Leopoldo Stefano Gonçalves Leone. *A Esfera da vida privada do cidadão como limite à interferência do Direito Penal: A Questão Da Pornografia Infantil*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2013, pp. 233-234.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 241.

¹¹⁹ BRASIL. Ministério Público Federal. Nota técnica... cit., p. 18.

¹²⁰ ISHIDA, Válter Kenji. *Estatuto da...*, cit., p. 623.

¹²¹ BARROS, Guilherme Freire de Melo. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 297-298.

¹²² BRASIL. Ministério Público Federal. Nota técnica..., cit., p. 25.

criança se aproxima do artista e toca em um dos seus pés, levantando questões acerca do cometimento do delito descrito do artigo 241-A do ECA.

Apesar de ser evidente aqui que o propósito da performance em nada guardava relação com conotações sexuais, o caso gerou forte reação da sociedade. Contudo, repisa-se no ponto arguido pelo MPF na cota pelo arquivamento do inquérito, no sentido de que não houve comprovação do fim lascivo e que o contexto em que a nudez se inseria não era erótico, não havendo que se falar, portanto, na presença das elementares do tipo¹²³.

Outro contexto que gera dúvidas em relação à aplicação de tais crimes é a retratação de cenas de sexo infantil em pinturas e em desenhos, ou seja, a utilização de personagens fictícios e animados em cenas características de pornografia infantil. Exemplos correntes são animações no estilo *hentai*¹²⁴ ou mesmo cenas de animes ou mangás japoneses que sexualizam personagens infantis.

Para grande parte da doutrina, esse tipo de conteúdo não pode ser enquadrado nos tipos penais previstos no ECA. Isso porque, mesmo que sejam utilizados personagens típicos do imaginário infantil para se protagonizar cenas de sexo, aumentando os riscos de um contato precoce do público pueril com esse tipo de conteúdo, o alvo de proteção das normas incriminadoras são crianças ou adolescentes *reais* que efetivamente participem dessas cenas, de modo a tutelar sua dignidade sexual¹²⁵. Não se justifica, portanto, a repressão penal, mesmo que a manifestação seja abominável ou repugnante, uma vez que o Direito Penal não se presta à prática de censura moral, mas à tutela de bens jurídicos que, no Estatuto em questão, são crianças e adolescentes de carne e osso¹²⁶.

Esse também é o entendimento da corte norte-americana, que no famoso julgamento do caso *Ashcroft v. Free Speech Coalition*¹²⁷ derrubou a legislação que acrescentava a proibição de pornografia infantil feita com personagens virtuais, sem a presença de crianças

¹²³ MPF pede arquivamento de inquérito sobre pornografia infantil em performance no MAM-SP. O Globo, 23 fev. 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/cultura/artes-visuais/mpf-pede-arquivamento-de-inquerito-sobre-pornografia-infantil-em-performance-no-mam-sp-22427187>. Acesso em: 10 fev. 2020.

¹²⁴ No contexto ocidental, a palavra *hentai* é utilizada para designar mangás eróticos japoneses. É um gênero de desenho que traz cenas sexuais gráficas e explícitas, incluindo incestos, zoofilia e sadomasoquismo. Cf. VIL-LENA, Belén García. *Análisis de Hentai desde una perspectiva feminista: grietas em uma reproducción patriarcal*. Granada: Universidad de Granada, 2012, pp. 46-48.

¹²⁵ LOUVEIRA, Leopoldo Stefano Gonçalves Leone. *A Esfera...*, cit., pp. 214-215.

¹²⁶ COCO, Giovanni. *Puó costituire reato la detenzione di pornografia minorile?* Rivista Italiana di Diritto e procedura penale, Ano XLIX, Fascículo 3, jul./set. 2006, p. 874.

¹²⁷ Suprema Corte dos EUA, *Ashcroft v. Free Speech Coalition* 535 U.S. 234 (2002).

reais, por sua afronta à liberdade de expressão garantida pela Primeira Emenda. Argumentou-se que o mero perigo de incitar o espectador desse conteúdo a praticar atos reais de abuso infantil não justificaria a censura, uma vez que a supressão da liberdade de manifestação só é possível quando há relação direta entre o discurso e o ato ilegal.¹²⁸

No Brasil, essa questão foi discutida pela Câmara de Coordenação e Revisão em Matéria Penal do Ministério Público Federal, quando se analisava uma publicação de imagem de personagem infantil do desenho *Os Simpsons* em situação pornográfica. Na ocasião, exarou-se o entendimento de que tal conduta era atípica, uma vez que o bem jurídico tutelado pelas normas do ECA seria “*a própria criança ou adolescente, com quem não se confundem desenhos ou imagens que nada têm de real*”¹²⁹. No mesmo sentido, a 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, em representação ocorrida no Pará por suposta paródia ilegal envolvendo animação infantil com conteúdo sexual exarou entendimento ainda mais contundente nos seguintes termos:

1. A legislação brasileira atual não criminaliza o que tem sido chamado pelos estudiosos do tema de 'terceira geração de pornografia infantil', que abrange as imagens no estilo fantasia, a exemplo de *cartoons*, desenhos animados, pinturas e toda a forma de material visual descrevendo cenas de sexo com adolescentes, mas que não se confundem com fotografias, o que as torna facilmente distinguíveis de cenas reais. 2. Dessa forma, ampliar a figura do tipo penal do artigo 241 do ECA para abranger, além da divulgação de fotos reais de crianças na prática de atos sexuais ou com conotação sexual, também imagens do tipo fantasia, implica no emprego de interpretação extensiva ou analogia em desfavor do réu (*in malam partem*) em flagrante violação ao princípio da estrita legalidade, pedra de toque do direito penal.¹³⁰

Ressalte-se, contudo, que o entendimento muda quando a representação da criança ou do adolescente se dá por meio de desenhos realísticos, entendendo o Ministério Público Federal que, neste caso, há lesão ao bem jurídico tutelado pelo artigo 241-C do ECA, uma vez que se afeta “*a boa formação moral da criança e do adolescente que tenham acesso ao conteúdo criminoso*”¹³¹. Apesar de ser questionável a efetiva lesividade dessa conduta, que nem sempre atingirá os sujeitos protegidos pela legislação especial, assim também é o entendimento do ordenamento português que, ao contrário da lei brasileira, previu expressamente a punição de

¹²⁸ KENNEDY, Ryan P. *Ashcroft v. Free Speech Coalition: Can We Roast the Pig without Burning down the House in Regulating Virtual Child Pornography?* Akron L. Rev., v. 37, p. 379, 2004, pp. 404-406. Disponível em: <https://ideaexchange.uakron.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1342&context=akronlawreview>. Acesso em: 27 ago. 2020.

¹²⁹ BRASIL. Ministério Público Federal. Nota técnica..., cit., p. 27.

¹³⁰ Ibid., p. 28.

¹³¹ Ibid., p. 28.

“*imagens realistas de crianças não-existentes*”.¹³² Pode-se argumentar, ainda, que a ausência dessa previsão no ordenamento brasileiro seria um impeditivo para a criminalização da conduta que, só seria típica por meio de uma interpretação *in malam partem*.

1.2.2.3.2. Crimes de ultraje público ao pudor

Para finalizar a análise dos crimes formais aplicados às manifestações artísticas, trazemos à baila o exame dos delitos tipificados nos artigos 233 e 234 do Código Penal, no capítulo destinado à punição do ultraje público ao pudor. Tais crimes têm em comum a prática de *obscenidades* em um *contexto público* por meio de um *ato*, no primeiro caso, e de um *escrito*, *desenho*, *pintura*, *estampa* ou *qualquer outro objeto*, no segundo caso.

De pronto, o maior desafio a ser enfrentado aqui é a largueza da tipicidade conferida por esses dispositivos, uma vez que não se encontra na lei o que deve ser entendido como “obsceno”. Tampouco isso é consenso na doutrina, em grande medida porque a moral, derivada do elemento típico em análise, é cambiável. O pudor público, objeto da proteção jurídica desses delitos,¹³³ portanto, muda conforme os valores erigidos por uma comunidade em um determinado tempo e em um certo espaço.¹³⁴

Isso pode ser observado, por exemplo, numa análise, em retrospectiva, da doutrina brasileira. Hungria, em 1981, já entendia a necessidade de se diferenciar, para a correta aplicação do delito de escrito obsceno, “*a crassa pornografia ou o escrito fescenino e as manifestações realísticas da arte literária*”¹³⁵. Contudo, longe de tentar construir um critério mais objetivo para o conceito de obsceno a fim de tutelar o trabalho artístico, elenca e analisa diversas obras, chegando a criticar várias delas, dentre as quais, o hoje aclamado romance *Capitães da Areia*, de Jorge Amado, nos seguintes termos:

O mesmo, entretanto, não acontece com o livro de Jorge Amado. Não se pode recusar o seu valor literário, nem a maestria com que o autor estuda um tema social na realidade palpitante; mas contém páginas que fariam tremer, no arripio da concupiscência, as barbas de Xenócrates. O episódio de Pedro Bala com a negrinha na praia é pornografia grossa. Nada foi poupado ao leitor: nem mesmo o chulismo de linguagem do bodesco rapazola. Longe de nós o intuito de expor às iras da Justiça a Jorge Amado ou a seus editores ou livreiros; mas tenho para mim que a citada página devia ser destacada e levada, senão para o

¹³² LOUVEIRA, Leopoldo Stefano Gonçalves Leone. *A Esfera...*, cit., pp. 216-217.

¹³³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de...*, v. 4, cit. pp. 211 e 214.

¹³⁴ LOUVEIRA, Leopoldo Stefano Gonçalves Leone. *A Esfera...*, cit., p. 95.

¹³⁵ HUNGRIA, Nélon; LACERDA, Romão Cortes de; HELENO Cláudio Fragoso. *Comentários ao Código Penal: Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940: arts. 197 a 249*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, v. VIII, p. 310.

‘inferno’ das bibliotecas (a que acima nos referimos), pelo menos para algum escaninho que se denominasse ‘limbo’...¹³⁶

Em olhar mais recente, contudo, percebe-se incabível essa censura. Guilherme de Souza Nucci, por exemplo, chega a questionar a recepção do artigo 234 pela atual Constituição Federal, uma vez que um de seus pilares é a vedação da censura às atividades artísticas¹³⁷.

Outros autores, em exercício mais moderado de interpretação, tentam definir o que seria considerado obsceno. Cleber Masson, por exemplo, entende como um ato “*idôneo a ferir o sentimento médio de pudor de determinada sociedade em dado momento histórico*”¹³⁸, enquanto para Regis Prado, o obsceno consistiria em “*todo ato lúbrico ou libidinoso que tem implícito uma referência à tendência subjetiva (...) [de] excitar ou satisfazer impulso próprio ou alheio*”¹³⁹. Ambos entendem a necessidade de se confrontar essa análise ao princípio da adequação social, delegando essa tarefa aos juízes.

O grande problema dessa delegação já foi analisado pelo inglês H.L.A. Hart, que entendeu que essa prática acabaria transformando os tribunais em verdadeiros “*censores gerais e guardiões dos costumes públicos*” num evidente ataque ao princípio da legalidade, uma vez que um delito deve ser descrito da maneira mais precisa possível, a fim de possibilitar de antemão o conhecimento da ilegalidade do ato com razoável certeza¹⁴⁰.

Além disso, outro perigo em se tratar o juiz como verdadeiro intérprete e crítico da arte está no fato de que um leigo tende a ter noções mais restritivas do conceito de arte em relação a um especialista da área, o que pode levar obras impopulares ou incompreendidas a serem censuradas¹⁴¹. Vale destacar, nesse ponto, que diversas expressões artísticas foram severamente rejeitadas quando de seus lançamentos para depois se tornarem expoentes no mundo todo. Exemplo latente é a pintura “*A origem do mundo*” de Gustave Courbet, que retrata uma mulher nua, deitada numa cama, num enquadramento que só permite ao espectador enxergar suas coxas, genitália e seios. A despeito de hoje estar exposta no Museu D’orsay, em Paris,

¹³⁶ HUNGRIA, Nélon, et al., *Comentários ao...*, v. VIII. cit., pp. 311-312.

¹³⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, não paginado (“Escrito ou objeto obsceno” – “17. Inconstitucionalidade do art. 234”). Nesse mesmo sentido, cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de...*, v. 4, cit. p. 215.

¹³⁸ MASSON, Cleber. *Código Penal...*, cit., não paginado (“Ato obsceno” – “Núcleo do tipo”).

¹³⁹ REGIS PRADO, Luiz. *Tratado de direito penal brasileiro: parte especial - crimes contra a incolumidade pública; crimes contra a fé pública (arts. 250 a 311-A)*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. v. 2, não paginado (“1. Ato obsceno” – “1.2. Tipicidade objetiva e subjetiva”).

¹⁴⁰ HART. H.L.A. *Law, liberty and morality*. New York: Oxford University Press, 1982, pp. 11-12.

¹⁴¹ ADLER, Amy M. *Post-modern art and the death of obscenity law*. *Revista The Yale Law*, v. 99, n. 6, pp. 1359-1378, 1990, p. 1372. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=7276&context=yjlj>. Acesso em: 29 ago. 2020.

quando de sua primeira exposição, junto de outras obras do artista, ela foi considerada “repugnante” e “escatológica”¹⁴².

Essa questão foi enfrentada pela corte norte-americana em 1903, quando o magistrado Holmes exarou o seguinte entendimento:

Seria uma tarefa perigosa para pessoas treinadas apenas para a lei constituírem-se juízes finais da qualidade de ilustrações pictóricas que estejam fora dos limites mais estreitos e óbvios. Num extremo, trabalhos de gênios deixariam de ser apreciados. Sua própria novidade os tornariam repulsivos até que o público aprendesse a nova linguagem que o autor utilizou. Pode ser mais do que duvidoso que as gravuras de Goya ou as pinturas de Manet estariam devidamente protegidas quando vistas pela primeira vez.¹⁴³

Ademais, a insegurança jurídica gerada pela imprecisão acerca da abrangência da elementar “*obsceno*” está longe de ser resolvida pelos tribunais. Nos EUA, o paradigmático caso *Miller v. California*¹⁴⁴ tentou elencar alguns critérios para definir a obscenidade em produções artísticas, contando com três pontos: ofensa aos padrões médios da comunidade sobre o conceito de lascivo, conduta notoriamente ofensiva e falta de um valor artístico sério.¹⁴⁵ Todos esses critérios são bastante discutíveis à luz da arte pós-moderna, que, diferentemente das tradicionais obras encontradas em museus e galerias, nega qualquer tipo de definição, inexistindo, inclusive, compromisso com a seriedade.¹⁴⁶

Exemplo notável são as performances da americana Karen Finley, conhecida pelas apresentações que beiram o obsceno e o pornográfico. Em uma delas, introduziu comidas em sua própria vagina e chegou mesmo a defecar em cima do palco¹⁴⁷. Apesar da repulsa e do incômodo que provoca em suas plateias, Finley é reconhecida como uma artista pela crítica, que vê, muitas vezes, em seu trabalho algo “transgressor”, que desafia os limites do corpo e das normas sociais, por meio da externalização do inconsciente, “*como um fluxo abrupto e não censurado de ideias*”¹⁴⁸. Ou seja, o que para alguns seria considerado apenas um conjunto de

¹⁴² DE DUVE, Thierry. *Cinco reflexões sobre o julgamento estético*. Porto Arte: Revista de Artes Visuais, v. 16, n. 27, 2009, p. 53. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/PortoArte/article/view/18187/10698>. Acesso em: 29 ago. 2020.

¹⁴³ ADLER, Amy M. *Post-modern...*, cit., p. 1370 (tradução nossa).

¹⁴⁴ Suprema Corte dos EUA, *Miller v. California* 413 U.S. 15 (1973).

¹⁴⁵ ADLER, Amy M. *Post-modern...*, cit., p. 1361.

¹⁴⁶ *Ibid.*, pp. 1363-1364.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 1369.

¹⁴⁸ BERNSTEIN, Ana. *Karen Finley e a escrita do corpo*. Urdimento – Revista de Estudos em Artes Cênicas, v. 3, n. 33, pp. 6-27, 2018, p. 9. Disponível em: <https://revistas.udesc.br/index.php/urdimento/article/view/1414573103332018006>. Acesso em: 30 ago. 2020.

atos obscenos e desrespeitosos, para a crítica especializada, é arte, merecendo, portanto, a proteção constitucional.

No Brasil, a questão foi debatida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do *habeas corpus* n.º 83.996/RJ, em que se discutia a denúncia contra o diretor de teatro, Gerald Thomas, pelo crime de ato obsceno, por ter simulado uma masturbação e mostrado as nádegas ao público no final de uma apresentação sua no Teatro Municipal do Rio de Janeiro.¹⁴⁹ Do voto do Ministro Relator Gilmar Mendes, dois importantes critérios podem ser destacadas a fim de melhor aplicar os crimes contra o pudor público. O primeiro deles consiste em que o mero incômodo provocado pela manifestação não justifica a intervenção penal, uma vez que a liberdade de expressão artística abrange inclusive discursos deseducados e de mau gosto. O segundo deles é a análise do contexto em que a manifestação se deu: enquanto alguns gestos podem ofender o pudor quando feitos em um praça pública, dentro de um teatro destinado ao público adulto, eles podem ser plenamente aceitáveis.¹⁵⁰

De mais a mais, o ponto é que o próprio fato de o Poder Judiciário encontrar necessidade em censurar uma obra de arte em decorrência de seu conteúdo considerado obsceno carrega em si um pressuposto ético de que existe um bem a ser alcançado, geralmente pela regulação¹⁵¹. Esse bem, apesar de se justificar na proteção da convivência social, por meio da vedação ao atingimento do pudor público, tem grandes possibilidades de extrapolar os limites democráticos e se sustentar somente na proteção de uma preferência ditada por uma parcela da sociedade. Em outras palavras,

Se a concepção de autoproteção da sociedade confundir-se com a proteção de seu sistema moral vigente, cuja base é eventualmente o nojo, a repulsa e o desconforto de alguns ou mesmo da maioria de seus membros contra alguns outros cidadãos, o que se estará protegendo não é a própria sociedade, mas o sentimento ou o gosto de certo grupo (mesmo que majoritário). A maioria tem, pelo simples fato de ser maioria, a última palavra em questões morais? Depende, claro da espécie de sociedade em que se vive e se quer viver. Em sociedades de moral tradicional, regidas pelo tabu, pode ser que sim. A ‘educação moral’ em tais sociedades não existe para que o agente se torne autônomo, mas conformado, disciplinado, bom cumpridor.¹⁵²

¹⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 83-996-7/RJ. Paciente: Gerald Thomas Sievers. Relator: Ministro Carlos Velloso. Relator para acórdão: Ministro Gilmar Mendes Publicação: 26 ago. 2005.

¹⁵⁰ BRASIL. Ministério Público Federal. Nota técnica..., cit., pp. 8-9.

¹⁵¹ MOONEY, Susan. *The artistic censoring of sexuality: Fantasy and judgment in the twentieth-century novel*. Ohio: The Ohio State University Press, 2008, p. 16.

¹⁵² LOPES, José Reinaldo de Lima. *Liberdade e direitos sexuais – o problema a partir da moral moderna*. In: RIOS, Roger Raup; LOPES, José Reinaldo de Lima (org). *Em defesa dos direitos sexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 69.

As consequências dessa desastrosa concepção acabam se mostrando em dois níveis diferentes: de um lado, tem-se um aumento da intervenção do Estado em manifestações que tratam da sexualidade de maneira explícita, sob a justificativa de se proteger o pudor e, de outro lado, incentiva-se cada vez mais a criação de artes mais comedidas, num processo de autocensura, ao qual o próprio artista se submete¹⁵³.

Portanto, a penalização criminal por atos ou representações consideradas obscenas é extremamente questionável na sociedade atual, uma vez que colide frontalmente com a liberdade de expressão, na medida em que se delega aos juízes a última palavra sobre o que é moral ou não nos dias de hoje.

1.3. CONSIDERAÇÕES INTERMEDIÁRIAS

O presente capítulo buscou mostrar as principais dificuldades encontradas na definição de certas manifestações artísticas como criminosas.

Num primeiro momento, analisou-se a criminalização primária referente a certas expressões, ou seja, a criação de tipos específicos que tornassem a manifestação em si à margem da legalidade, a exemplo do que aconteceu com a capoeira no passado e o que tentou se fazer com o funk. O problema aqui está em uma ideologia punitivista voltada a certo grupo social e que não encontra mais respaldo na atual Constituição Federal, a qual veda, expressamente, a censura prévia.

Em seguida, passou-se a analisar a criminalização secundária, realizada por órgãos aplicadores do direito, em especial o Judiciário. Em relação aos crimes materiais atribuídos à arte problematizou-se a tênue linha existente, principalmente nas performances contemporâneas, entre realidade e representação

Por fim, ainda na esteira da criminalização secundária atrelada a crimes formais, verificou-se que a principal dificuldade está em não se promover uma exacerbada censura em decorrência da própria natureza desses crimes, que não exigem acontecimento de um resultado. Portanto, a punição do discurso seria uma antecipação da resposta estatal baseada em padrões de moral que nem sempre são bem delimitados.

¹⁵³ GLASS, Loren. *Sense and Censorship*. *Twentieth Century Literary*, v. 55, n. 2, 2009, p. 262. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/25733410?seq=1#metadata_info_tab_contents. Acesso em: 30 ago. 2020.

Para lidar com todos esses problemas, será preciso entender, como se fará adiante, qual o âmbito de proteção da liberdade de expressão presente na Carta Magna, quais devem ser os critérios utilizados pelos tribunais para considerar uma manifestação como arte e qual deve ser o limite dessa arte.

2. A ARTE COMO LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Enquanto a Constituição Federal de 1988 passava por seu processo de elaboração, havia larga preocupação, de diversas figuras da classe artística e jornalística, em relação ao tratamento que o novo documento dispensaria à liberdade de expressão. A angústia era justificável à luz da história recente do país, que em 1965 se deparou com o Ato Institucional n.º 2, que proibiu qualquer expressão considerada subversiva à ordem, sendo recrudescido, em 1967, pelo Ato Institucional n.º 5, que conferiu poderes ilimitados ao Presidente da República para minar ou restringir os direitos daqueles contra o governo, incluindo as manifestações de oposição¹⁵⁴.

Foi justamente nesse período obscuro, todavia, que se assistiu a uma larga ascensão de fertilidade e criatividade artística, que muitas vezes se utilizava das brechas na censura para deixar para a posterioridade a velada crítica trazida por essas expressões¹⁵⁵. Assim se sucedeu, por exemplo, com as músicas de Chico Buarque, que ora, em “Cálice”, fazia alusão a elementos bíblicos, num jogo de palavras a fim de dissimular o homófono “cale-se”, em reprovação à censura, ora, em “Apesar de você”, apresentava aos ouvintes uma briga de casal que ocultava críticas à falta de liberdade e cantava a esperança por dias melhores. Nas artes visuais, ainda, Elifas Andreato se destacou pela produção de mais de 350 gravuras com críticas ao regime militar, como o quadro “25 de outubro”, exposto no centenário de Pablo Picasso, em 1981. A despeito de o nome da obra fazer alusão à data de nascimento do pintor homenageado, representa também o dia da morte, nas dependências do DOI-CODI, do jornalista Vladimir Herzog, que é retratado na pintura sobre uma máquina de tortura¹⁵⁶.

Todo esse contexto levou à crença de que a liberdade de expressão necessitava de uma exacerbada proteção na nova constituinte. A importância que a arte adquiriu no período apontado justificaria a imprescindibilidade de total liberdade para sua existência dentro de uma sociedade democrática, ignorando qualquer categoria hierárquica¹⁵⁷.

¹⁵⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes, et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018, não paginado (“Art. 5º, IV” – “1. Histórico e Constituições brasileiras anteriores”).

¹⁵⁵ PINHEIRO, Amanda Lima Gomes. *Apesar de você: a arte como forma de liberdade de expressão durante a ditadura militar brasileira (1964-1985)*. Revista da faculdade de direito da UFMG, n. 64, pp. 27-47, 2014. pp. 38-40. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/P.0304-2340.2014v64p25>. Acesso em 31 ago. 2020.

¹⁵⁶ Ibid. pp. 39-43.

¹⁵⁷ Essas foram as palavras utilizadas pelo escritor Régis Bonvicino em editorial para a Folha de São Paulo, no ano da realização da constituinte de 1988 (Cf. BONVICINO, Régis. *Produção artística exige total liberdade*. Folha

Nesse ínterim, a Constituição de 1988, apelidada de “Constituição Cidadã”, a fim de arrematar o processo de redemocratização, alçou ao mais alto nível de importância a proteção da liberdade de expressão dos cidadãos e dos meios de comunicação, de modo a prever tal tutela, repetitivamente, em diversos de seus dispositivos¹⁵⁸.

Esse patamar de destaque foi corroborado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 130/DF¹⁵⁹, que estipulou a não recepção da Lei de Imprensa pela Constituição Federal, por não garantir a livre e plena manifestação de pensamento. Posteriormente, a ADPF 187/DF, já aqui mencionada, ao analisar a legalidade da Marcha da Maconha, asseverou que “a liberdade de expressão (...) merece proteção qualificada, de modo que, quando da ponderação com outros princípios constitucionais, possua uma dimensão de peso *prima facie maior*”¹⁶⁰. Mais recentemente, na ADI 4815/DF¹⁶¹, relacionada à publicação de biografias não autorizadas, o Ministro Luís Roberto Barroso salientou, calcado em precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, esse destacamento da liberdade de expressão ao estabelecer ao menos três presunções sobre uma manifestação: a primeira delas é a primazia da liberdade de expressão no processo de ponderação com outros direitos fundamentais; a segunda seria a desconfiança em relação a todas as medidas que limitem a liberdade de expressão, havendo de passar por um ônus argumentativo mais rigoroso a fim de poder justificá-las; por fim, a terceira presunção seria a de que a censura prévia é proibida, preferindo-se as responsabilidades ulteriores, por eventual uso abusivo da liberdade de expressão (resolução explícita no artigo 13.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos).

Não por isso há que se confundir que a liberdade de expressão é um direito ilimitado. Traremos, a seguir, os principais entendimentos da doutrina e da jurisprudência acerca do alcance desse direito e quais as consequências dessa análise para as manifestações artísticas e sua limitação pelo Direito Penal.

de São Paulo, São Paulo, 29 mai. 1988. Ilustrada. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/107000>. Acesso em 10 ago. 2020).

¹⁵⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes, et al. *Comentários à...*, cit., não paginado (“Art. 5º, IV” – “1. Histórico e Constituições brasileiras anteriores”).

¹⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 130. Requerente: Partido Democrático Trabalhista. Relator: Ministro Ayres Britto. Publicação: 26 fev. 2010.

¹⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 187. Requerente: Procurador Geral da República. Relator: Ministro Celso de Mello. Publicação: 29 mai. 2014.

¹⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4815. Requerente: Associação Nacional dos Editores de Livros. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. Publicação: 01 fev. 2016.

2.1. ALCANCE DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

O direito à liberdade de expressão, como visto, ganhou cada vez maior amplitude ao longo de sua evolução histórica, deixando de ser visto apenas em sua dimensão individualista, referente à faculdade de se manifestar politicamente, para adquirir contornos coletivos, reconhecendo-se a sua importância para a formação de uma opinião pública pluralista. Esse direito passa, portanto, a ser uma das premissas elementares, dentro de um sistema democrático, para o exercício de outros direitos fundamentais¹⁶².

Evidente que, para o deslinde dos questionamentos da corrente pesquisa, é necessário estudar qual o verdadeiro alcance desse direito.

Em primeiro lugar, cabe pontuar que qualquer forma de manifestação, desde que não violenta, está inclusa na proteção conferida pela nossa Constituição Federal. Isso quer dizer que a tutela constitucional envolve desde simples gestos, sinais ou movimentos, até escritos, sons, imagens, representações teatrais e qualquer manifestação veiculada pelos modernos meios de comunicação¹⁶³. O próprio Supremo Tribunal Federal decidiu, em caso já discutido no presente trabalho, que até mesmo “*manifestações deseducadas, inadequadas e de extremo mal gosto*” estão protegidas sob a égide de direito fundamental¹⁶⁴.

Como já apontado, todavia, a liberdade de expressão encontra limites constitucionalmente válidos, mas que nem sempre se mostram evidentes. Isso se dá pela própria natureza das normas constitucionais, que não trazem, em si mesmas, os seus alcances objetivos, na medida em que não é possível, ao legislador, prever e regular todas as possibilidades de colisão de direitos tutelados pela Lei Maior. Disso tem-se que a melhor solução é a harmonização entre os preceitos fundamentais de modo a, em lugar de se descartar um ou outro, proceder ao balanceamento dos interesses, muitas vezes, contraditórios entre si¹⁶⁵. Além disso, essa intervenção estatal somente pode se dar por meio de lei (sendo vedada a censura administrativa) e com

¹⁶² FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996, pp. 134-135.

¹⁶³ KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. *As liberdades de expressão e de imprensa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. São Paulo: Lumen Juris, 2011, p. 399.

¹⁶⁴ Vide análise do HC n.º 83.996/RJ realizada no item 1.2.1.3.2.

¹⁶⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes, et al. *Comentários à... cit.*, não paginado (“Notas introdutórias ao sistema constitucional de direitos e deveres fundamentais” – “5.3. Os limites dos direitos fundamentais”).

respeito ao princípio da proporcionalidade, de modo a permanecer intacto o núcleo essencial dos direitos fundamentais¹⁶⁶.

A ponderação de princípios somente pode ser feita de modo eficiente se entendermos a própria justificação teórica para a liberdade de expressão, a fim de valorizá-la em maior ou menor grau a depender da situação concreta. Sobre o tema, Dworkin vislumbra que há duas motivações possíveis para a tutela desse direito. A primeira delas seria a instrumental, consagrada pela Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *New York Times v. Sullivan* (1964). Segundo essa corrente, a proteção aludida baseia-se unicamente no objetivo de fazer a democracia funcionar bem, ou seja, pauta-se meramente nas modalidades políticas de expressão. Nesse sentido, o magistrado Holmes afirmou, no julgado, que “*há de ser mais fácil descobrir a verdade e a falsidade da política e optar-se por bons cursos da ação pública quando a discussão política for livre e desimpedida*”. No mesmo sentido, o juiz Madson prescreveu que “*a liberdade de expressão ajuda a proteger o poder do autogoverno do povo*” e “*o governo tende a se tornar menos corrupto quando não tem o poder de punir aqueles que o criticam*”¹⁶⁷.

Em sentido contrário, Dworkin entende que essa justificativa é limitada e não impede diversas ameaças mais atuais contra a livre expressão. Em lugar, portanto, da motivação instrumental, o autor propõe uma justificação constitutiva, pautada não só nas consequências de um discurso livre, mas no pressuposto essencial de uma sociedade política justa, segundo o qual os cidadãos capazes devem ser vistos como adultos responsáveis. Isso significa que todos têm liberdade para tomar suas próprias decisões sobre aquilo que é bom ou mal, certo ou errado e, mais do que somente participar da vida política, têm a faculdade de contribuir para a composição do clima moral e estético¹⁶⁸.

Disso tem-se que a justificação constitutiva abarcaria muito mais situações que a instrumental, na medida em que estariam sob a égide dessa tutela alargada, além da ciência, da independência acadêmica e das decisões pessoais, as *expressões artísticas* como um todo, e não apenas obras de arte com cunho político ou essenciais para fazer com que o cidadão vote com consciência e conserve a democracia¹⁶⁹. Nesse ponto, nos parece que a Constituição Federal pátria, no demonstrado ímpeto de dilatação dos direitos de expressão, foi além da mera

¹⁶⁶ FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de...*, cit., p. 136.

¹⁶⁷ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte americana*. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019, pp. 319-322.

¹⁶⁸ *Ibid.*, pp. 319-321.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 322.

justificativa instrumental, para proteger também a dimensão moral desses direitos, garantindo aos cidadãos ampla liberdade para se expressar para além do campo político. Esse escopo maior se observa no artigo 5º, inciso IX, do texto constitucional que afirma ser “*livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença*”. A liberdade de expressão artística, ainda, é mais uma vez prevista no artigo 220, § 2º, o qual proíbe qualquer censura dessa natureza.

Dado esse panorama, cabe analisar as hipóteses em que a própria Constituição Federal previu expressamente a possibilidade de se limitar a liberdade de expressão, sendo elas as seguintes: vedação ao anonimato, direito de resposta proporcional ao agravo, direito fundamental à indenização por danos morais ou materiais decorrente do abuso do direito de liberdade de expressão, classificação etária e proibição a manifestações racistas.

A *vedação ao anonimato* vem insculpida justamente no artigo que mais amplamente preconiza o direito à desimpedida manifestação do pensamento. O artigo 5º, inciso IV, da Constituição Federal, prevê que “*é livre a manifestação do pensamento, vedado o anonimato*”. Isso implica duas dimensões dessa liberdade: a primeira delas é a de que ninguém será obrigado a se manifestar, sendo, portanto, permitido ao cidadão manter em segredo seus pensamentos (direito explicitado no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal). A segunda consequência, contudo, é um ônus trazido pela norma constitucional consistente na admissão do pensamento manifestado pelo seu autor, que passa a estar sujeito às responsabilidades dele decorrentes¹⁷⁰. O Supremo Tribunal Federal já analisou a questão, asseverando, no Mandado de Segurança n.º 24.369/DF, que a vedação ao anonimato visa a possibilidade de responsabilização *a posteriori*, seja no âmbito civil ou penal, por eventuais excessos do exercício da liberdade de expressão¹⁷¹. Contudo, é certo que se vê ressaltado dessa vedação o *sigilo de fonte*, garantia fundamental da atividade jornalística prevista no inciso XIV¹⁷².

Nesse ponto, o *direito de resposta proporcional ao agravo* (artigo 5º, inciso V, da Constituição Federal) constitui outra consequência e, de certa forma, uma limitação à liberdade de expressão. Esse direito corresponde à “*faculdade de retrucar uma ofensa veiculada por um*

¹⁷⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 246-247.

¹⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n.º 24.369. Impetrante: Conselho Federal de Farmácia. Relator: Ministro Celso de Mello. Publicação: 10 out. 2002.

¹⁷² SARLET, Ingo Wolfgang, et al. *Curso de...*, cit., não paginado (“4.15.2.2. A liberdade de expressão na Constituição Federal” – “3. Vedação ao anonimato”).

meio de comunicação”¹⁷³. É, portanto, um verdadeiro desagravo, cabível em hipóteses em que bens jurídicos e direitos fundamentais são afetados pelo discurso proferido¹⁷⁴. Sua justificação é deduzida da importante premissa liberal e base de uma sociedade democrática, de que as lesões resultantes do discurso devem ser combatidas, preferencialmente, não com censura, mas com mais discurso¹⁷⁵. Evidente que, como preceitua o comando normativo, essa resposta não pode, de outro lado, tolher a liberdade de expressão daquele que publicará o desagravo. A proporcionalidade inerente ao desagravo precisa levar em conta as consequências do direito de resposta, de modo a não criar encargos agigantados à outra parte¹⁷⁶.

Ademais, juntamente com o direito de resposta, o inciso V traz, ainda, a possibilidade de *indenização por dano material, moral ou à imagem*. Esse direito, apesar de criar limitações à liberdade de expressão, não impede seu exercício, desde que sejam respeitados os critérios de proporcionalidade e razoabilidade, de sorte que o valor aduzido a essa indenização não pode tornar a manifestação inviável¹⁷⁷. Além disso, Daniel Sarmiento preconiza que é relevante, aqui, a esfera subjetiva da liberdade de expressão, ou seja, há de se levar em conta, de um lado, a existência de dolo ou, ao menos, culpa, nas manifestações do agente e, de outro, a posição da vítima, que, como já mencionado, tem uma tutela mais arrefecida do seu direito à privacidade, à medida que ostentar uma personalidade pública maior¹⁷⁸.

Outra limitação imposta pela Lei Maior é a *classificação etária*, prevista em seu artigo 220, § 3º, inciso I, como forma de regular espetáculos públicos. Há, contudo, controvérsia quanto ao limite desse dispositivo. Por um lado, há uma vertente mais libertária que entende a existência da norma como forma de assegurar a adequada informação à audiência quanto ao conteúdo da apresentação para que, principalmente pais e responsáveis, tomem a decisão sobre o consumo desse produto por seus tutelados, não havendo aqui, portanto, determinação de

¹⁷³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, não paginado (“1. Liberdades de expressão” – “1.2.1 – “A liberdade de expressão enseja a proteção do indivíduo de ter acesso aos meios de comunicação?””).

¹⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang, et al. *Curso de...*, cit., não paginado (“4.15.2.2. A liberdade de expressão na Constituição Federal” – “4. O direito de resposta proporcional ao agravo”).

¹⁷⁵ MACHADO, Jónatas. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra ed., 2002, p. 694.

¹⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang, et al. *Curso de...*, cit., não paginado (“4.15.2.2. A liberdade de expressão na Constituição Federal” – “4. O direito de resposta proporcional ao agravo”).

¹⁷⁷ Ibid., não paginado (“4.15.2.2. A liberdade de expressão na Constituição Federal” – “5. O direito fundamental à indenização por danos materiais e imateriais...”).

¹⁷⁸ SARMENTO, Daniel. *Comentários ao art. 5.º, incisos IV, V e IX*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang, STRECK, Lenio Luiz (coord.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*.

condutas para os meios de comunicação¹⁷⁹. Outro, contudo, é o entendimento de uma corrente mais concentrada na tutela da criança e do adolescente e baseada numa premissa de que nem sempre a vigilância dos pais ou responsáveis será efetiva, de modo que os veículos de comunicação devem ser obrigados a seguir os horários estabelecidos pela União¹⁸⁰. A questão já foi debatida no Supremo Tribunal Federal, que decidiu, na ADI 2.404/DF¹⁸¹, pela corrente mais libertária ao determinar a classificação etária tem caráter meramente *indicativo*, não sendo, portanto, obrigatória. Na mesma ocasião, a Corte declarou inconstitucional o dispositivo do Estatuto da Criança e do Adolescente que previa punição para o desrespeito à veiculação de determinada programação em horário diverso do autorizado¹⁸². Percebe-se, assim, que a classificação etária prevista na Constituição, apesar de limitar a liberdade de expressão, não pode ser entendida como uma forma de censura, na medida em que não proíbe nenhuma manifestação, prestando-se apenas como indicativo do conteúdo dela.

Outra forma de limitação prevista pela Constituição Federal é a *vedação a manifestações de caráter racista ou dirigidas à propagação do ódio*¹⁸³. O artigo 5º, inciso XLII determina genericamente que o racismo constitui crime imprescritível e inafiançável, de sorte que, apesar de não regulamentar o tema, alçou ao patamar de direito fundamental a igualdade racial, conferindo a ela maior proteção¹⁸⁴. Isso significa que tal direito pode entrar, em determinados casos, em rota direta de colisão com a liberdade de expressão. Essa foi a discussão central do HC 84.424-2/RS, em que se debatia a possibilidade de comercialização de livro de caráter revisionista em relação ao Nazismo, e que chegava a negar o Holocausto. Na ocasião, o Ministro Celso de Mello declarou que a liberdade de manifestação de pensamento, por mais abrangente que seja, não se presta a “*legitimar a exteriorização de propósitos criminosos, especialmente quanto às expressões de ódio racial*”¹⁸⁵.

Por fim, na mesma esteira dessa última limitação, a liberdade de expressão deve sofrer restrições quando da *colisão com os direitos à personalidade*, como a honra, a

¹⁷⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes, et al. *Comentários à...*, cit., não paginado (“Art. 220” – “12. Regulação de espetáculos públicos e de programação da rádio e televisão e direitos da criança e do adolescente”).

¹⁸⁰ *Ibid.*, não paginado (“Art. 220” – “12. Regulação de espetáculos públicos e de programação da rádio e televisão e direitos da criança e do adolescente”).

¹⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.404. Requerente: Partido Trabalhista Brasileiro. Relator: Ministro Dias Toffoli. Publicação: 01 ago. 2017.

¹⁸² SARLET, Ingo Wolfgang, et al. *Curso de...*, cit., não paginado (“4.15.2.2. A liberdade de expressão na Constituição Federal” – “2. Vedação absoluta à censura”).

¹⁸³ BRASIL. Ministério Público Federal. Nota técnica..., cit., p. 5.

¹⁸⁴ ÁVILA, Thaís Coelho. *Racismo e...*, cit., p. 359.

¹⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 84.824-2. Paciente: Siegfried Ellwanger. Relator: Ministro Moreira Alves. Relator para acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Publicação: 19 de mar. de 2004.

intimidade, a vida privada e a imagem, na dicção do artigo 5º, inciso X, que também eleva esses direitos ao *status* de fundamentais¹⁸⁶. Além do direito constitucional de indenização, já tratado nesse capítulo, o inciso X garante proteção ainda mais ampla, podendo configurar, inclusive, ilícito penal¹⁸⁷.

Disso tudo, tem-se que é inquestionável a existência de limitações da liberdade de expressão por critérios constitucionais, ainda que essa intervenção se configure uma exceção, pautada apenas no fundamento da salvaguarda de direitos jurídico-constitucionais individuais e coletivos fundamentais¹⁸⁸. A questão se condensa demasiadamente, contudo, quando se pretende reduzir o alcance da liberdade de expressão em face de direitos infraconstitucionais. Essa discussão toma relevância gritante na criminalização de certas formas de manifestação do pensamento.

2.1.1. Limitações infraconstitucionais à liberdade de expressão

Na linha do raciocínio de que as restrições aos direitos de manifestação devem ser excepcionais e plenamente justificadas à luz da coesão jurídica que visa à coexistência de direitos fundamentais aparentemente distintos, no momento em que se tenta regular a liberdade de expressão na esfera infraconstitucional, entra-se num campo de incertezas.

Sobre o tema, é latente a divergência de opiniões no Supremo Tribunal Federal. Por um lado, tem-se a ideia manifestada pelo Ministro Carlos Ayres Britto no julgamento da já citada ADPF 130/DF, segundo a qual os únicos limites válidos à restrição do direito amplo à manifestação seriam aqueles trazidos pelo texto constitucional, não havendo que se falar em refreamentos na esfera legal¹⁸⁹. Em desacordo, no voto condutor do RE 511.961/SP¹⁹⁰, que discutia a exigência de diploma para o exercício do jornalismo, o ministro Gilmar Mendes asseverou ser possível a restrição da liberdade de expressão por lei, desde que condicionada à

¹⁸⁶ FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de...*, cit., pp. 136-137.

¹⁸⁷ SARLET, Ingo Wolfgang, et al. *Curso de...*, cit., não paginado (“4.15.2.2. A liberdade de expressão na Constituição Federal” – “6. Vedações não expressamente autorizadas pela Constituição Federal”).

¹⁸⁸ *Ibid.*, não paginado (“4.15.2.2. A liberdade de expressão na Constituição Federal” – “6. Vedações não expressamente autorizadas pela Constituição Federal”).

¹⁸⁹ *Ibid.*, não paginado (“4.15.2.2. A liberdade de expressão na Constituição Federal” – “6. Vedações não expressamente autorizadas pela Constituição Federal”).

¹⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 511.961. Recorrente: Sindicato das Empresas de Rádio e Televisão do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Publicação: 13 nov. 2009.

proteção exclusiva de valores e interesses constitucionais e realizado exercício de ponderação¹⁹¹.

O entendimento dos nossos tribunais – e mesmo de grande parte da prática internacional – parece ser a aplicação da harmonização típica dos direitos fundamentais, mesmo para as restrições ocorridas em âmbito de decisões judiciais infraconstitucionais¹⁹². Isso pode ser verificado no próprio julgamento do HC n.º 84.824-2 (“caso Ellwanger”), em que se estabeleceu a compreensão de que a liberdade de expressão não protegeria manifestações considerada criminosas.

Para tanto, é preciso, como também assinalado por aquele julgado, que a restrição não atinja o núcleo forte da liberdade de expressão, devendo estar plenamente justificada em preceitos constitucionais, de modo que o tolhimento não vá além do necessário para proteger o *interesse público*¹⁹³. O problema, contudo, está justamente no alcance que se dará a essa vaga expressão, que, a pretexto de defender as bases da vida em sociedade, pode, na verdade, dar preferência a uma visão particular do que seja bom ou ruim (geralmente ditada por uma maioria política), de modo a, hipocritamente, frustrar a autonomia dos indivíduos e dar lugar a um conformação única de visão de mundo¹⁹⁴.

Nesse particular é que a proteção a alguns direitos infraconstitucionais, como a ofensa à moral e aos bons costumes, se torna perigoso. Para além de todas as ponderações a esse respeito elencadas no presente trabalho¹⁹⁵, cabe ainda ressaltar que a abertura e a polissemia do conceito de ordem moral da sociedade se mostram como grande dificultadores de sua adequada proteção. Na seara penal, isso fica ainda mais evidente, dado seu caráter subsidiário de intervenção.

Assim é o entendimento de Roxin, para quem a mera imoralidade, contrariedade à ética e simples reprovabilidade de uma conduta não são, em si, suficientes para justificar a

¹⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang, et al. *Curso de...*, cit., não paginado (“4.15.2.2. A liberdade de expressão na Constituição Federal” – “6. Vedações não expressamente autorizadas pela Constituição Federal”).

¹⁹² Ibid., não paginado (“4.15.2.2. A liberdade de expressão na Constituição Federal” – “6. Vedações não expressamente autorizadas pela Constituição Federal”).

¹⁹³ TORRES, Fernanda Carolina. *O direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão*. Revista de formação legislativa, ano 50, n. 200, out./dez. 2013, pp. 72-73. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/502937>. Acesso em: 03. set. 2020.

¹⁹⁴ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Liberdade e...*, cit., p. 69.

¹⁹⁵ Vide item 1.2.2.3.2. *Crimes de ultraje público ao pudor*.

atuação penal¹⁹⁶. O mesmo aconteceria com bens jurídicos de alcance impalpável, como a paz pública¹⁹⁷, que se exime de descrever perturbações mais concretas da convivência pacífica, erigindo-se sobre uma errática justificação genérica. Não há que se pensar, por exemplo, que o simples fato de um grupo de pessoas se irritarem com a expressão de um pensamento seja suficiente para que ocorra a reprovação criminal do agente, uma vez que é quase certo que sempre haverá desaprovação, em menor ou maior grau, a qualquer conduta humana¹⁹⁸.

O Direito Penal, portanto, ao fundar suas bases na Constituição Federal, deve ter seu escopo reduzido e limitado, atuando como *ultima ratio*, apenas quando seja absolutamente necessário, frente a situações que atinjam sensivelmente bens jurídicos constitucionalmente válidos¹⁹⁹. Como visto nos itens do capítulo anterior, cada crime analisado tem seus respectivos problemas na justificação da proteção ao bem jurídico frente à liberdade de expressão. Isso porque conforme vem se observando, que o Supremo Tribunal Federal tem adotado postura de deferência com relação ao supracitado direito fundamental, na medida em que somente tem aceitado intervenções excepcionais. Mais que isso, havendo dúvida quando à legitimidade constitucional da restrição, o parâmetro é quase sempre o de privilegiar a liberdade de expressão²⁰⁰.

Para além de essa proteção ser justificada na já alargada tutela da comunicação desimpedida, cabe analisar, ainda, nesse presente trabalho a proteção especial conferida à expressão artística que, em virtude de suas particularidades, necessita de ainda menos restrições.

2.2. PECULIARIDADES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA

O constituinte brasileiro optou por não diferenciar de forma expressa a liberdade de expressão artística da genérica liberdade de expressão. Isso causa inclusive reflexos na doutrina que, ao tratar da arte, a compreende apenas dentro das bases gerais do direito à liberdade de expressão²⁰¹.

¹⁹⁶ ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. 2ª ed., tradução: Luís Greco, Rio de Janeiro: Renovar, 2012, pp. 37-38.

¹⁹⁷ Vide considerações feitas no item 1.2.2.2. *Incitação e apologia de crime ou criminoso*.

¹⁹⁸ ROXIN, Claus. *Estudos de...*, cit., pp. 50-51.

¹⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Bol. Fac. Direito U. Coimbra, v. 81, p. 233, 2005. pp. 276-277. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>. Acesso em: 5 set. 2020.

²⁰⁰ SARLET, Ingo Wolfgang, et al. *Curso de...*, cit., não paginado (“4.15.2.2. A liberdade de expressão na Constituição Federal” – “6. Vedações não expressamente autorizadas pela Constituição Federal”).

²⁰¹ DIMOULIS, Dimitri; CHRISTOPOULOS, Dimitris. *O direito de ofender: sobre os limites da liberdade de expressão artística*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 3, n. 10, pp. 49-65, 2009, p. 50.

José Afonso da Silva justifica a desnecessidade de uma disposição especial para a liberdade artística na medida em que não existe mais na atual Constituição regra análoga à do artigo 153, § 8º²⁰², da Carta anterior, aplicável apenas às expressões de caráter não artísticos e que proibia as exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes. Todavia, como, atualmente, a amplitude da proteção do discurso se estende para qualquer manifestação, não subsistiria mais o sentido da separação dessas duas proteções²⁰³. O autor ainda cita o exemplo da Itália que, apesar de prever no artigo 33 de sua Constituição especificações acerca do fenômeno artístico, e, no artigo 21, tratar da liberdade de expressão em si, há grande entendimento na doutrina sobre o artificialismo dessa separação, uma vez que uma das últimas alíneas do artigo sobre liberdade de manifestação genérica, que proíbe qualquer manifestação “contrária aos bons costumes” também se aplicaria ao âmbito artístico, de modo a minar as diferenças de tratamento entre as duas liberdades²⁰⁴.

No entanto, a inexistência de um dispositivo próprio na Constituição pátria, dada a alegada desnecessidade de previsão pormenorizada, não descaracteriza a liberdade artística como uma liberdade específica, mesmo que entendida como gênero da liberdade de expressão²⁰⁵. Como já apontado, essa liberdade vem tutelada pelos artigos 5º, inciso IX, 215 e 220, §§ 2º e 3º da Lei Maior, recebendo alguns tratamentos diferenciados.

Em primeiro lugar, é consentâneo apontar que o conteúdo da liberdade artística engloba várias fases de sua manifestação. Nesse sentido, a própria criação e produção da obra artística já merecem ser tuteladas, no sentido de permitir a ideação do objeto a ser criado, o seu

²⁰² Art. 153, § 8º: “§ 8º É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica, bem como a prestação de informação independentemente de censura, 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”.

²⁰³ SILVA, José Afonso da. *Ordenação constitucional da cultura*. São Paulo: Malheiros, 200, p. 56.

²⁰⁴ O autor chega a citar o jurista italiano Francesco Rimoli, para quem “a passagem mediante a qual se operou a subsunção do conceito de expressão artística no âmbito da categoria geral de manifestação do pensamento representou, para muitos autores, um momento necessário no percurso exegético: notou-se, todavia, como, sobrepondo as duas problemáticas, acabou por surgir uma contaminação recíproca que tende a desnaturar, em substância, o fenômeno artístico, reduzindo-o e comprimindo-o em um âmbito de contornos muito circunscritos e de limites demasiadamente incongruente, por isso não compreensivos da infinita variedade de formas que a Arte sempre se tem mostrado por assumir. De outra parte, uma muito ampla e compreensiva aceção do termo ‘pensamento’, de modo a absorver também as formas expressivas que não sejam ‘manifestações’, arrisca-se a tornar-se perigosa, exatamente pela necessária aplicação de limites específicos de que cuida o artigo 21 da Constituição”. (RIMOLI, Francesco. *La libertà dell’arte nell’Ordinamento italiano*. Padova: Cedam, 1992, pp. 26-27).

²⁰⁵ SILVA, Júlia Alexim Nunes da. *A liberdade de expressão artística*. In: Congresso Nacional do CONPEDI. 2009, pp. 3193-3194. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2281.pdf. Acesso em: 5 set. 2020.

momento e o seu meio²⁰⁶. Em outras palavras, é permitir ao artista expressar o que quiser, como quiser e onde preferir²⁰⁷. Além disso, a divulgação da obra também faz parte da esfera de proteção, na medida em que grande parte do interesse artístico está na sua interação ou mera recepção pelo público e sua integração ao patrimônio cultural da sociedade. Não há que se deixar de fora, ainda, os direitos morais e patrimoniais relacionados à expressão artística, materializados nos incisos XVII e XVIII do artigo 5º da Constituição Federal²⁰⁸.

Uma vez conhecido o conteúdo abarcado pelo direito fundamental, é certo dizer que a liberdade de expressão artística se manifesta, ao menos, em quatro dimensões – subjetiva, objetiva, negativa e positiva – responsáveis por moldar os papéis do artista, da sociedade e do Estado perante a manifestação.

A *dimensão subjetiva* da liberdade de expressão está ligada à melhor definição trazida por Vieira de Andrade²⁰⁹, sendo aplicável a todos os direitos fundamentais, no sentido em que se permite ao sujeito a efetiva realização dos interesses reconhecidos pela norma jurídica. Em outras palavras, a manifestação cultural desimpedida é aquela que faculta ao cidadão a escolha de “*criar ou não criar obras de arte, de produzir ou não produzir, de divulgar ou não divulgar etc.*”²¹⁰.

A *dimensão objetiva*, por outro lado, volta-se à recepção da arte pela comunidade, e a absorção, por ela, de seus valores e fins. A título de exemplo, enquanto a arte engajada se voltaria para uma função democrática de promover espaços de debate e crítica de ideias, além de servir como instrumento de controle do poder público, a arte puramente estética visaria a contribuir para o progresso da cultura e para o aumento do patrimônio artístico-cultural²¹¹.

A *dimensão negativa*, por seu turno, envolve um dever de abstenção, não só do Estado, mas também dos demais cidadãos, quanto ao fazer artístico²¹². Isso implica um dever duplo de vedação à censura (artigo 5º, inciso IX, da Constituição Federal) e de neutralidade. No

²⁰⁶ SILVA, Júlia Alexim Nunes da. *A liberdade...*, cit., p. 3195.

²⁰⁷ Nesse sentido também, Carlos E. Colautti afirma que a liberdade de expressão artística significa “*a possibilidade de expressar as ideias e crenças sobre qualquer matéria e comunicá-las, em princípio, por qualquer meio*” (tradução nossa). Cf. COLAUTTI, Carlos E. *Libertad de expresión y censura cinematográfica*. Buenos Aires: Fundación Instituto de Estudios Legislativos, 1983, p. 9.

²⁰⁸ SILVA, Júlia Alexim Nunes da. *A liberdade...*, cit., p. 3195.

²⁰⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1976*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 19.

²¹⁰ SILVA, Júlia Alexim Nunes da. *A liberdade...*, cit., p. 3201.

²¹¹ *Ibid.*, p. 3202.

²¹² CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 25-29.

primeiro caso, muito se discute acerca do real alcance da proibição da censura no ordenamento pátrio. Num conceito mais tradicional e restrito, estaria aqui englobada somente a censura prévia, vedando-se que uma obra tenha de passar pelo aval da autoridade administrativa para ser produzida²¹³. Um conceito mais amplo, todavia, abarcaria qualquer forma de violação à liberdade de expressão, seja anteriormente à sua exteriorização ou *ex post facto*, além de alcançar não só o poder administrativo, mas também a esfera judicial e legislativa²¹⁴. Essa segunda perspectiva se faz ainda mais importante no cenário atual, dado que, como visto exaustivamente ao longo de todo o primeiro capítulo dessa pesquisa, não são raras as decisões com efeitos censórios proferidas no âmbito criminal.

Outro desdobramento dessa mesma dimensão é o dever de neutralidade do Estado não se autorizando a adoção de uma arte oficial²¹⁵, ou seja, a predileção, por meio de incentivos ou propagandas, de determinadas expressões culturais que endossem apenas uma certa visão estatal²¹⁶. Na história, não é difícil encontrar exemplos de Estados autoritários que se promoveram por meio da arte, como aconteceu na União Soviética, sob o regime de Lênin, quando se projetou uma linguagem política sobre as obras, com a imposição estatal de uma arte-propaganda, que servia ao propósito de criar uma identidade visual para comunismo.²¹⁷

Por fim, existe, ainda, uma *dimensão positiva* da liberdade de expressão, consistente no dever de atuação do poder público como incentivador da liberdade artística, de modo a garantir acesso aos meios de realização de uma obra de arte. Não se quer dizer que o Estado precisa patrocinar uma ou outra obra, mas há um dever em atender ao interesse difuso de incentivo, valorização e divulgação da arte e da cultura nacional²¹⁸, inclusive, de modo a garantir a pluralidade artística por meio da representação indígena, afro-brasileira e de outros grupos componentes do processo civilizatório brasileiro²¹⁹.

Por todas essas minúcias, a liberdade de expressão artística deve ter uma compreensão mais ampla, necessitando de maior proteção do que aquelas conferidas à liberdade de

²¹³ Nesse sentido: MACHADO, Jónatas. *Liberdade de...*, cit., p. 486-487.

²¹⁴ SILVA, Júlia Alexim Nunes da. *A liberdade...*, cit., p. 3203.

²¹⁵ PEDRO, Jesús Pietro de. *Cultura, Culturas y Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 239

²¹⁶ SILVA, Júlia Alexim Nunes da. *A liberdade...*, cit., p. 3204.

²¹⁷ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Direito financeiro e arte*. Cadernos Jurídicos: Escola Paulista da Magistratura, São Paulo, v. 17, n. 45, p. 127- 155, out./dez. 2016, p. 131. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/tf10.pdf?d=636685514639607632>. Acesso em: 10 set. 2020.

²¹⁸ SILVA, Júlia Alexim Nunes da. *A liberdade...*, cit., p. 3204.

²¹⁹ SILVA, José Afonso da. *Ordenação constitucional...*, cit., pp. 59-60.

expressão genérica. Percebe-se que as justificativas e as formas de exercício do fazer artístico são diferentes das outras manifestações de pensamento. Nesse sentido, “*aquilo que em condições normais seria ato obsceno, deixa de ser percebido como tal se for representado na tela ou no teatro*”, da mesma forma, “*uma peça humorística reivindica uma liberdade de expressão cuja amplitude seria impensável para um jornalista ou um cientista*”²²⁰. Nas palavras de José Afonso da Silva,

A arte não é obscena e não é pornográfica. O ‘palavrão’ no contexto artístico não fere. Representa um momento estético, se bem colocado. A Constituição não agasalha como limite à liberdade de expressão, a exigência de respeito aos bons costumes nem à ordem pública. Portanto, tais conceitos não podem ser erguidos como limitações à liberdade de expressão.²²¹

Dessa forma, evidencia-se que a expressão artística, de fato, deve gozar de maior proteção do que as outras manifestações do pensamento. Todavia, uma dificuldade extremamente relevante e complexa que ainda se coloca é a delimitação do objeto a ser protegido. Em outras palavras, remanesce necessário fazer o que o presente trabalho propositadamente deixou de empreender até o momento para se concentrar exaustivamente no próximo capítulo: definir o que é *arte*.

2.3. O QUE É ARTE PARA OS TRIBUNAIS?

Diante de todo o exposto até então, é certo dizer que a definição de *arte* é essencial para se determinar quais manifestações contarão com uma proteção mais especial, na medida em que a liberdade artística se reveste de justificações e necessidades maiores que a expressão comum.

A maior dificuldade dessa empreitada está em que não há consenso, em nenhum ramo da arte, acerca do conceito de seu objeto. Pelo contrário, a arte contemporânea rejeita qualquer definição que se queira dar ao trabalho artístico²²². Ainda que não considerássemos isso, é impossível abarcar, em uma só definição, todas as formas de manifestações artísticas, em razão de sua própria característica especial, traduzida no objetivo específico da *vanguarda*, isto é, de expandir cada vez mais as fronteiras da arte e deixar os artistas sempre em atenta

²²⁰ DIMOULIS, Dimitri; CHRISTOPOULOS, Dimitris. *O direito...*, cit., pp. 50-51.

²²¹ SILVA, José Afonso da. *Ordenação constitucional...*, cit., p. 69.

²²² ADLER, Amy M. *Post-modern...*, cit., p. 1359.

desconfiança para qualquer convenção estrita do conceito de seu próprio trabalho²²³. Nas palavras de José Afonso da Silva, parafraseando Michel Ribon, “a Arte é uma interrogação inacabada e incessantemente retomada”²²⁴.

Nada obstante, é defeso recorrer a um importante entendimento exarado pelo Tribunal Constitucional Alemão no caso conhecido como “*Teatro de Rua*”²²⁵, segundo o qual, a impossibilidade de se criar um conceito universal para o que seja *arte* não resulta na abstenção do dever constitucional de proteger essas formas de expressão. Em outras palavras, isso não exige o Estado de decidir se, no caso concreto, deve-se ou não aplicar a especial proteção conferida à liberdade artística²²⁶.

No caso em tela, analisou-se a apresentação de uma companhia de teatro itinerante chamada *Trem Anacrônico* (*Anachronistischer Zug*), inspirada num poema de Bertolt Brecht. O grupo, que percorria as ruas da Alemanha desde 1979, fazendo mofa com políticos e figuras públicas apoiadoras do regime nazista, foi acusado de praticar difamação contra um dos candidatos a Ministro-Presidente à época²²⁷. O Tribunal considerou que a performance tinha um *status* de arte, na medida em que as impressões, percepções e experiências dos artistas eram manifestadas por meio de uma linguagem visual. Aliás, até mesmo pessoas que tivessem uma visão mais conservadora acerca do conceito de arte, considerando-a somente em suas formas mais tradicionais, como a pintura, a literatura e a escultura, não poderiam negar o caráter artístico da apresentação que, além de se basear num poema clássico, representava-o por meio do teatro (inclusive com uso de clássicas máscaras), seguindo um roteiro²²⁸.

²²³ BRÖHMER, Jürgen; HILL, Clauspeter; SPITZKATZ, Marc (Ed.). *60 Years German Basic Law: The German Constitution and Its Court: Landmark Decisions of the Federal Constitutional Court of Germany in the Area of Fundamental Rights*. 2ª ed., Ampang: Malaysian Current Law Journal Sdn. Bhd, 2012, p. 478.

²²⁴ Na mesma ocasião, o autor descreveu brilhantemente os principais questionamentos que giram em torno da definição de um conceito de arte: “*Arte é mimesis ou não? O artista é um reproduzidor de um modelo externo, segundo um conceito estreito de imitação que não era o originário de Aristóteles? (...) Ou, por outra, como as demais formas simbólicas, não é a Arte simples reprodução de uma realidade dada, não é uma imitação, mas uma redescoberta da realidade? Ou será apenas visão e intuição, segundo Benedetto Croce? Ou será ‘o transbordamento espontâneo de sentimentos poderosos’ – como quer a concepção de arte característica de Rousseau e Goethe? Ou se terá de recorrer ao conceito de Belo, para se chegar ao de Arte? Mas o que é o Belo?*” (SILVA, José Afonso da. *Ordenação constitucional...*, cit., pp. 61-62).

²²⁵ Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, *Anachronistischer Zug*, BVerfGE 67, 213 (1984).

²²⁶ BRÖHMER, Jürgen et al. *60 Years...*, cit., p. 478.

²²⁷ MÜLLER, Friedrich. *La positividad de los derechos fundamentales: Cuestiones para una dogmática práctica de los derechos fundamentales*. Tradução: Alberto Oehling de los Reyes. Madrid: Dykinson, 2016, pp. 196-197.

²²⁸ BRÖHMER, Jürgen et al. *60 Years...*, cit., pp. 478-479.

Em ocasião anterior, quando do julgamento do caso *Mephisto*²²⁹, o Tribunal Alemão já havia lançado as bases de uma percepção mais alargada do conceito de arte ao entender que “*toda atividade artística é um entrelaçamento de processos conscientes e inconscientes que não podem ser dissolvidos racionalmente*”, estando inseridos nesse processo e, por consequência, compreendidos na proteção constitucional, não somente seu autor, mas também os envolvidos em outras etapas da obra, como os responsáveis por sua edição, apresentação e divulgação, de modo a permitir o efetivo contato do público com a experiência²³⁰.

Para Beatriz Bastide Horbach, é consenso, hoje, na doutrina alemã, que o conceito de arte deve ser compreendido de maneira aberta, a fim de incluir, inclusive, manifestações inusitadas, tais como “*’happening’²³¹, autocolante satírico, provocação pornográfica, prova de cheiros em que os participantes estão com os olhos vendados, grafite, etc.*”, não se retirando desse escopo aquelas obras que apresentem um fim político ou religioso²³².

Na Suprema Corte dos Estados Unidos da América, por seu turno, como já apontado em capítulo anterior, o caso paradigmático para a compreensão do conceito de arte foi o julgamento *Miller v. California*²³³. Na ocasião, o tribunal, ao discutir os limites entre a expressão e a obscenidade, estabeleceu como um dos parâmetros para identificar o que é arte, a presença de “sério valor artístico”, entendido como um trabalho que apresente uma contribuição original para o mundo das artes, traços de gravidade e pureza próprios das artes tradicionais (em oposição às culturas de massa) ou sinceridade e seriedade por parte do artista em produzir arte (e não obscenidade) durante seu processo de criação²³⁴.

Todos esses parâmetros podem ser duramente criticados, por estabelecerem limites que deixam de abarcar diversas formas de expressão artística, principalmente, as produzidas na pós-modernidade, como apontado por Amy Adler.

Segundo a autora, o requisito da *originalidade* não se amolda à arte pós-moderna, que se recusa a ter de criar algo completamente novo ou vanguardista²³⁵. Aliás, como destaca

²²⁹ Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, *Mephisto*, BVerfGE 30, 173 (1971).

²³⁰ BRASIL. Ministério Público Federal. Nota técnica..., cit., p. 13.

²³¹ O *happening* é uma forma de arte que junta elementos das artes visuais e do teatro, mas dispensa enredo e roteiros e mistura o público e o espetáculo de forma a envolver a própria audiência nas apresentações. Disponível em: <<http://enciclopedia.itaucultural.org.br/termo3647/happening>>. Acesso em: 28 de ago. de 2020.

²³² HORBACH, Beatriz Bastide. FUCK, Luciano Felício (coord.) *O Supremo por seus assessores*, São Paulo: Almedina, 2014, p. 150.

²³³ Vide item 1.2.2.3.2. *Crimes de ultraje público ao pudor*.

²³⁴ ADLER, Amy M. *Post-modern...*, cit., p. 1361.

²³⁵ *Ibid.*, 1359.

o crítico de arte Brian Wallis, o próprio conceito de inovação passou a ser questionado, entendendo-se pela impossibilidade, na contemporaneidade, de ser original. Para o autor, atualmente, não há sequer um pensamento ou emoção que sentimos ou expressamos que já não tenha sido representado em filmes, revistas, livros ou programas de televisão, pois nos encontramos em uma sociedade de informação e imagens em que já não existe o conceito de individualidade²³⁶.

Da mesma forma, não há como se reconhecer a solenidade, a sinceridade ou intenção do artista como requisitos para se entender a arte, na medida em que diversas obras revestem-se de humor e entretenimento, voltando-se a uma cultura de massa, e muitas outras se abstêm da real intenção de seu autor, a fim de se abrir às múltiplas possibilidades de interpretação, num processo em que a visão do espectador se torna muito mais importante²³⁷.

Na doutrina espanhola também se colocou essa dúvida, segundo Muñoz Conde, quando se discutiu o alcance do delito de tráfico de obras de artes. Para o autor, não há um elemento único que consiga definir o conceito de “obra de arte” – se, por um lado, não desperta dúvida que o quadro *As Meninas*, de Velásquez, é arte, por outro, muitos contestam se um pintor vanguardista que arremessa uma garrafa com tinta vermelha numa tela ou um músico que fez um concerto com sinos de vaca teriam realmente produzido arte. Muñoz defende, diante dessa imprecisão, que o conceito de arte é um problema de interpretação a ser resolvido caso a caso, ainda que isso traga perigos para a segurança jurídica²³⁸.

No Brasil, como já apontado, a questão é muito pouco tratada pela doutrina e pela jurisprudência. Contudo, conforme Dimoulis e Christopoulos, baseados na experiência de diversos países, o conceito de arte se cristaliza em quatro critérios: material, formal, significado e reconhecimento²³⁹.

O *critério material* seria aquele segundo o qual a arte é um trabalho criativo, que possibilita ao artista se expressar por meio de alguma forma²⁴⁰. Em outras palavras, ela seria “a

²³⁶ WALLIS, Brian. *What's wrong with this Picture?* In: _____. *Art Modernism: rethinking representation*. New York: Museum of Contemporary Art, 1984, pp. xi-xv.

²³⁷ ADLER, Amy M. *Post-modern...*, cit., pp. 1367-1368.

²³⁸ CONDE, Francisco Muñoz. *El tráfico ilegal de obras de arte*. Estudios penales y criminológicos, Santiago de Compostela, n. 16, pp. 395-422, 1992, pp. 403-404. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2104254>. Acesso em: 12 set. 2020.

²³⁹ DIMOULIS, Dimitri; CHRISTOPOULOS, Dimitris. *O direito...*, cit., p. 51.

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 51.

explosão de sentimentos do homem”²⁴¹. Émile Zola destaca essa esfera material da arte ao descrevê-la como “*uma porção da criação vista através de um temperamento*”²⁴².

O *critério formal*, por sua vez, restaria na possibilidade de se enquadrar a produção em análise dentro das categorias que são reconhecidamente artísticas, como a pintura, a dança e a música.

Além desses dois, Dimoulis e Christopoulos citam, ainda, como critérios, o *significado*, entendido como o oferecimento, pela obra, de “*novas informações, ideias e estímulos*” e o *reconhecimento*, pautado na atribuição do *status* de arte por terceiros especialistas da área²⁴³.

Evidentemente que críticas podem ser feitas a esses critérios, como o fato de que diversas categorias de arte são criadas constantemente, não se limitando aos clássicos e indubitáveis exemplos citados pelos autores em seu critério formal. Além disso, nem toda obra se propõe a ser original ou a trazer informações novas, como já apontado anteriormente.

Mais do que isso, o requisito de *reconhecimento* é bastante questionável, na medida em que pode tolher diversas manifestações vanguardistas que, como já citado, nem sempre têm o seu valor artístico reconhecido de imediato, na falta de um distanciamento histórico aclarador²⁴⁴. Em outras palavras, esse critério serviria, em larga medida, para congelar o *status quo* da arte²⁴⁵. Também em desacordo, o Tribunal Alemão, no julgamento do caso *Teatro de Rua*, asseverou que não se pode ter por parâmetro a validação do conceito por uma pessoa sem conhecimento nenhum no campo das artes, nem mesmo por uma pessoa com educação abrangente no assunto, principalmente se a manifestação é dirigida a uma audiência aleatória numa rua pública, de modo que o critério mais justo seria levar em conta o julgamento de um “*expectador reflexivo*”, definido como um “*transeunte que estava preparado para levar em conta toda a performance*”²⁴⁶.

A par dessas críticas, os próprios Dimoulis e Christopoulos defendem que deve haver bastante flexibilidade na aplicação desses critérios, uma vez que as tendências estéticas são

²⁴¹ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Direito financeiro...*, cit., p. 131.

²⁴² ZOLA, Émile. *A batalha do impressionismo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989. p. 48.

²⁴³ DIMOULIS, Dimitri; CHRISTOPOULOS, Dimitris. *O direito...*, cit., p. 51.

²⁴⁴ ROMERO, Paulo Roberto Santos. *O artístico e o obsceno no direito penal: por uma ressignificação hermenêutica do artigo 234 do Código Penal Brasileiro*. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, 2019, p. 32.

²⁴⁵ ADLER, Amy M. *Post-modern...*, cit., p. 1377.

²⁴⁶ BRASIL. Ministério Público Federal. Nota técnica..., cit., p. 15.

dinâmicas e variam entre épocas e culturas²⁴⁷. É nesse sentido, também, o entendimento de Sarlet, para quem, havendo *dúvida* acerca possibilidade de restrição, deve sempre prevalecer a liberdade de expressão²⁴⁸.

Dimoulis e Christopoulos, por fim, destacam que a maior controvérsia, no âmbito penal pátrio, acerca da criação artística, não recai sobre a sua identificação como arte, na medida em que o pedido de censura de uma manifestação raramente acompanha uma negação de sua natureza artística. O problema maior está no alcance dessa norma de proteção frente ao que essa expressão cultural representa²⁴⁹. Temos para nós, portanto, que a questão fundamental para a aplicação do Direito Penal às obras de arte está em se entender como essas manifestações devem ser interpretadas pelos tribunais.

2.4. COMO OS TRIBUNAIS DEVEM INTERPRETAR A ARTE

Os crimes atribuídos a manifestações artísticas, conforme descreve o jurista Eduard Kern, carregam certa singularidade, pois pertencem a classe denominada “delitos de expressão”, entendidos como aqueles cometidos por meio de uma manifestação do pensamento, como a injúria, a difamação, a incitação e outros²⁵⁰. Nesses delitos, há de se proceder a um duplo exercício de interpretação: além de ocorrer, como em qualquer outro tipo, a interpretação da lei incriminadora, é preciso interpretar o caso delitivo concreto, consistente em uma manifestação. É dizer que toda atividade intelectual penalmente relevante deve também ser valorada para que se chegue ao verdadeiro significado da manifestação, uma vez que a conduta só será típica se tiver um sentido determinado²⁵¹.

Segundo o autor, as manifestações penalmente relevantes constituem-se em duas dimensões: uma objetiva, consistente na própria informação transmitida a um certo número de pessoas, e uma esfera subjetiva, entendida como a impressão causada por essa manifestação nos seus interlocutores. A primeira estaria muito próxima do sentido atribuído à declaração de vontade no direito civil, na medida em que não se deve levar em conta o sentido literal da expressão reproduzida, mas, de alguma forma, averiguar a vontade verdadeira daquela expressão²⁵². É certo que nem sempre isso será evidente, como já discutimos acerca da problemática

²⁴⁷ DIMOULIS, Dimitri; CHRISTOPOULOS, Dimitris. *O direito...* cit., p. 51.

²⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang, et al. *Curso de...*, cit., não paginado (“4.15.2.2. A liberdade de expressão na Constituição Federal” – “6. Vedações não expressamente autorizadas pela Constituição Federal”).

²⁴⁹ DIMOULIS, Dimitri; CHRISTOPOULOS, Dimitris. *O direito...*, cit., p. 51.

²⁵⁰ KERN, Eduard. *Delitos de expresión*. Tradução: Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Depalma, 1967, pp. 2-3.

²⁵¹ *Ibid.*, pp. 125-126.

²⁵² *Ibid.*, pp. 135-136.

de se achar a intenção de um autor numa obra, contudo, esse critério serve para nortear as bases interpretativas e, com isso, não restringi-la ao significado estrito produzido por uma obra. Sua importância se mostra evidente, ainda, como já apontado, na medida em que as condutas somente são punidas quando presente um elemento subjetivo, seja o dolo, de modo geral, ou a culpa, quando prevista no próprio tipo.

Dessa maneira, Kern afirma que a interpretação deve ser a investigação acerca do *sentido de uma manifestação* e não do *sentido atribuído a ela por quem é seu destinatário*. Este segundo sentido só é relevante para os tipos penais que exigem uma impressão psíquica acerca da manifestação, como o de ultraje público ao pudor. Todavia, mesmo nesses casos, essa análise será feita por meio de prova e não na seara interpretativa do ato²⁵³.

Nessa perspectiva, Kern estabelece alguns critérios relevantes para se interpretar uma manifestação. O primeiro deles é a identificação do destinatário da expressão, ou seja, o possível injuriado, ameaçado, incitado, etc. Isso será importante para estabelecer, por exemplo, a possibilidade de ocorrência de um crime que exige uma especial característica da vítima (como a injúria dirigida contra o Presidente da República), ou ainda a possibilidade de subsunção a um delito que atinja uma pluralidade de pessoas (como o ultraje público ao pudor)²⁵⁴. Essa análise servirá, ademais, para a adequada ponderação do bem jurídico atingido, uma vez que, como visto, pessoas públicas, que já têm sua honra exposta, têm sua proteção mitigada (mas não extirpada, vale ressaltar).

Outro importante elemento de análise a se levar em consideração são as palavras, gestos, sons ou desenhos empregados pela manifestação e o contexto em que se inserem, tomando por base seu conteúdo completo, ou seja, realizando a valoração a partir de um suporte unitário²⁵⁵. É nesse sentido que se manifestou o Tribunal Constitucional Alemão no caso *Teatro de Rua*, asseverando que não é lícito retirar partes individuais de uma obra de arte, examinando-as independentemente para se determinar se houve algum delito²⁵⁶.

Do mesmo modo, a interpretação deve levar em conta também as *circunstâncias* em que a manifestação se deu, de forma a se analisar o tempo, o lugar, os costumes e o ambiente em que determinada expressão artística ocorreu. Nesse ponto, Kern destaca que todos os delitos

²⁵³ KERN, Eduard. *Delitos de...*, cit., pp. 135-137.

²⁵⁴ *Ibid.*, pp. 137-138.

²⁵⁵ *Ibid.*, pp. 142-143.

²⁵⁶ BRASIL. Ministério Público Federal. Nota técnica..., cit., p. 14.

de expressão são relativos, ou seja, há situações em que a manifestação adquire significações outras, que não coincidem com o tipo incriminador²⁵⁷. Esse foi o critério fundante para que o STF, no já analisado HC 83.996/RJ, inocentasse o diretor de teatro Gerald Thomas do crime de atentado público ao pudor, por entender que a circunstância em que estavam inseridos seus atos não permitiria sua punição. Segundo o Relator, Ministro Gilmar Mendes, ainda que a conduta do ator de ter abaixado as calças para o público e simulado uma masturbação seja deseducada e de extremo mau gosto, há de se reconhecer que, por todo o roteiro da peça, pelo horário noturno e pela plateia composta por adultos “*difícil, (...) nesse contexto, admitir que a conduta do paciente tivesse atingido o pudor público*”.²⁵⁸

Outro exemplo ocorre com os crimes de falsificação de documento (artigos 297 e 298 do Código Penal Brasileiro) que, para Kern também são delitos de expressão e necessitam ser valorados, uma vez que se deve investigar se o ato de falsificação fez com que o documento realmente adquirisse um sentido diverso do seu original.

No Brasil, há um caso emblemático sobre o tema, protagonizado pelo artista Ricardo Lísias quando do lançamento e performance de sua obra *Delegado Tobias*. O *e-book* contava a história do personagem homônimo ao autor, que fora assassinado, desencadeando uma investigação pelo delegado Paulo Tobias. A complexidade da história se intensifica pela mistura de nomes reais conhecidos do circuito literário e pelas situações performáticas produzidas pelo autor, que criou um perfil no *Facebook* para o personagem delegado Tobias, onde publicava conteúdos relacionados à obra (como imagens de troca de e-mails, e manchetes de jornais) e interagiu com o público²⁵⁹. Uma dessas postagens, contudo, tornou-se alvo de investigação pelo Ministério Público, sob a acusação de cometimento de crime de falsificação de documento público (artigo 297 do Código Penal), na medida em que a publicação continha uma decisão liminar inventada, proferida por juiz federal da Primeira Vara da Subseção de São Paulo, proibindo a circulação da obra *Delegado Tobias* pois o leitor médio “*não te[ria] discernimento se está diante de uma obra de ficção ou de mero relato*”²⁶⁰.

É certo que, no caso em tela, quando se interpreta adequadamente a manifestação dentro de seu contexto e de suas circunstâncias, percebe-se que não se trata de falsificação propriamente dita, não sendo punível, portanto, pelo Direito Penal. Esse foi o entendimento do

²⁵⁷ KERN, Eduard. *Delitos de...*, cit., pp. 144-147.

²⁵⁸ BRASIL. Ministério Público Federal. Nota técnica..., cit., p. 9.

²⁵⁹ FARINA, Luiz Antonio Romboli. *O caso...*, cit., pp. 52-55.

²⁶⁰ *Ibid.*, p. 56

Ministério Público que, ao arquivar o inquérito, asseverou que “*não se deve confundir a falsificação com a ficção*”, além de destacar a falta de atingimento a qualquer bem jurídico, uma vez que “*a decisão fabricada pelo autor de ‘Delegado Tobias’ [não é] hábil para influenciar qualquer relação jurídica ou documentar algo sobre fato juridicamente relevante*”²⁶¹.

Não se quer, com tudo isso, é evidente, dizer que o juiz deve ser um crítico de arte. Pelo contrário, não cabe ao magistrado avaliar se determinada obra é boa ou ruim ou tem atributos mais ou menos louváveis. A intervenção do Direito Penal somente será válida se houver colisões entre direitos constitucionalmente tutelados. Em outras palavras, uma análise de possível condenação de determinado artista por sua obra apenas ocorrerá quando ela for apta a atingir bens jurídicos alheios. Nessa ponderação, como visto, além da interpretação da lei, há de se proceder a uma valoração da atividade intelectual, sem retirá-la do contexto em que se encontra e levando em consideração todas as circunstâncias que a permeiam. Com isso, o juiz deve buscar o *sentido da manifestação*, que nem sempre coincide com a mera reação a ela. É dizer que mesmo as expressões de mau gosto ou desagradáveis merecem proteção e não são, por si só, crimes.

Esse parece ser o entendimento do Supremo Tribunal Federal, como tem se observado em todos os casos analisados no presente trabalho. Como apontado, a Corte já exarou juízo de que todas as medidas restritivas da liberdade de expressão, em qualquer seara do direito, devem ser vistas com suspeição, exigindo-se um ônus argumentativo particularmente elevado para justificá-las²⁶². Soleva-se, com isso, a liberdade de expressão a uma posição de preferência, não havendo que se questionar que a arte estaria ali incluída, pois, como visto, carece de ainda maior e mais específica proteção.

Com isso, não se colocam de lado todos os outros direitos constitucionalmente tutelados. É patente que nossa Lei Maior concede especial proteção à *moral individual*, assegurando inclusive a reparação pelo dano a ela causado por manifestações descabidas. Porém, há de ter em mente que o preceito tutelado não se confunde com o fanatismo e o puritanismo²⁶³,

²⁶¹ RODRIGUES, Artur. *Procurador arquiva investigação sobre ‘liminar fictícia’ citada em livro*. Folha de S. Paulo, 06 abr. 2016. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/04/1758082-procurador-arquiva-investigacao-sobre-obra-de-ficcao-que-criou-liminar.shtml>. Acesso em: 5 set. 2020.

²⁶² Esse entendimento foi exarado pelo Ministro Luís Roberto Barroso, em seu voto na ADI n.º 4815, que analisava a possibilidade de publicação biografias não autorizadas (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4815. Requerente: Associação Nacional dos Editores de Livros. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. Publicação: 01 de fev. de 2016).

²⁶³ SILVA, José Afonso da. *Ordenação constitucional...*, cit., pp. 68-69.

preponderando-se a tutela da pluralidade moral, na lógica democrática de se combater o discurso ofensivo com mais discurso e não com a censura²⁶⁴.

Ao olhar a arte, principalmente aquelas que causam mais incômodo, pela ótica da liberdade de expressão e não pela lente do crime, a aplicação do Direito Penal se faz em maior conformidade com a Constituição Federal, uma vez que se eleva o direito fundamental da manifestação do pensamento a patamar condizente com as democracias saudáveis.

²⁶⁴ MACHADO, Jónatas. *Liberdade de...*, cit., p. 694.

3. ALTERNATIVAS À CRIMINALIZAÇÃO DA ARTE

A par de todas as discussões tratadas no presente trabalho, é forçoso, ainda, dedicar alguns derradeiras linhas a analisar intervenções outras, fora do Direito Penal, que ocorrem em decorrência do estranhamento em relação a algumas manifestações artísticas e, ao mesmo tempo em que se mostram mais eficientes que a via judicial, provam a existência de outros caminhos anteriores à interferência penal.

Vale lembrar que o Direito Penal se sustenta sobre o princípio da intervenção mínima, segundo o qual a atuação do poder incriminador somente é válida na ausência de outros meios de controle não penais. É dizer que a lei criminal tem caráter fragmentário, promovendo uma tutela seletiva dos bens jurídicos, para alcançar apenas aqueles mais importantes²⁶⁵. Nas palavras de Roxin, “*O direito penal é desnecessário quando se pode garantir a segurança e a paz jurídica através do direito civil, de uma proibição de direito administrativo ou de medidas preventivas extrajurídicas*”²⁶⁶.

Nesse sentido, o próprio Supremo Tribunal Federal reconhece que, em relação à liberdade de expressão artística, há mecanismos outros para se alcançar a solução de conflitos fora da esfera criminal. Um deles, como destacado por Gilmar Mendes em seu voto no HC 83.996-7/RJ, que discutia a ocorrência de atos obscenos em cena de teatro, é a própria *crítica artística*, que se presta a um papel anterior e, por isso, afastaria o enquadramento penal do caso²⁶⁷.

É certo que a crítica, em muitos momentos de sua história, já esteve bastante próxima da censura, por vezes, auxiliando-a. Isso pode ser observado em larga medida na atuação dos Censores Régios, instituídos pelo Marques de Pombal no final no século XVIII, em Portugal e, logo depois, no Brasil. Esses funcionários tinham como incumbência regular a publicação de escritos por todo território nacional, numa avaliação acerca da relação dos romances com a moral e dos efeitos da sua leitura no comportamento dos leitores²⁶⁸. Assim, a proibição versava

²⁶⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de...*, v. 1, cit., pp. 54-55.

²⁶⁶ ROXIN, Claus. *Estudos de...*, cit., p. 33.

²⁶⁷ Cf. BRASIL. Ministério Público Federal. Nota técnica..., cit., p. 9.

²⁶⁸ ABREU, Márcia. *Censura e crítica: reações de um professor de retórica e poética à leitura de um romance*. Revista Brasileira de Literatura Comparada, v. 8, n. 8, pp. 113-128, 2017, p. 114. Disponível em: <https://revista.abralic.org.br/index.php/revista/article/view/117>. Acesso em: 10 set. 2020.

sobre escritos contra a cultura oficial, a religião, a política real e a moral²⁶⁹. Para tanto, os censores tinham de ser pessoas com muito conhecimento e treinadas no trato com livros. Seu trabalho não consistia somente em perseguir livros contrários ao pensamento da Corte ou da Igreja, mas também faziam, por ordem do ofício, anotações com suas impressões acerca dos livros, determinavam um padrão oficial de literatura, com indicações de como ler determinadas obras, além de apontar correções do conteúdo e modificações formais em diversos escritos²⁷⁰. Eram, portanto, intelectuais críticos, que tinham acesso a um conteúdo, por vezes, exclusivo, por não permitirem que ele chegasse ao resto da sociedade.

Hoje, contudo, a crítica artística desvinculada de uma política estatal se presta a papéis diversos. Não há uma definição certa para essa atividade, já tendo sido entendida como uma ciência rigorosa, aspirante por um julgamento objetivo fundado em bases científicas²⁷¹, ou, ainda, uma forma de arte autônoma, com os mesmos valores que a do autor criticado²⁷². O certo é que a Constituição Federal pátria a protege sob a égide de direito fundamental, uma vez que se encontra abarcada na liberdade de expressão. Nesse sentido, é lícito a todos os cidadãos formularem juízos críticos a pessoas, ideias ou ações que tenham caráter público, por meio de seus próprios valores, sem a necessidade de se subsumir a uma verdade concreta ou à realidade dos fatos²⁷³.

Para além da *crítica acadêmica*, consistente num disciplina dedicada a estudar e catalogar obras de arte, fixando critérios voltados a aferir a qualidade das produções, na atualidade, outro tipo de crítica produz uma indistinta influência no gosto popular e na divulgação ou

²⁶⁹ ABREU, Márcia; SCHAPOCHNIK, Nelson. *Os censores lêem romances*. In: XXV Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação, Salvador, 2002, p. 3. Disponível em: <<http://www.caminhosdoromance.iel.unicamp.br/estudos/ensaios/censores.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2020.

²⁷⁰ *Ibid.*, p. 10.

²⁷¹ Nesse sentido: “*Nada há menos semelhante que a análise dum poema no intuito de o achar bom ou mau, tarefa quase judicial e comunicação confidencial que se resume em muitas perifrases, em dar sentenças e confessar preferências, e a análise desse mesmo poema com o intuito de encontrar indicações estéticas, psicológicas e sociológicas, trabalho de ciência pura, em que o autor se dedica a extrair causas dos fatos, leis dos fenômenos, estudando tudo sem parcialidade e sem predileções.*” (HENNEQUIN, Émile. *A crítica científica*. Lisboa: Tipografia de Francisco Luiz Gonçalves, 1910, p. 8).

²⁷² Nesse sentido: “*Porém a crítica é também uma arte! E, assim como uma criação artística implica o funcionamento da faculdade crítica, sem o que ela não existiria, assim também a crítica é na verdade criadora na mais elevada acepção do termo! Ela é afinal criadora e independente. (...) A crítica não deve ser, assim como a obra do poeta ou do escultor, julgada por não sei que baixas regras de imitação ou semelhança. O crítico ocupa a mesma posição em relação à obra de arte que o artista em relação ao mundo visível da forma e da cor, ou o invisível mundo da paixão e do pensamento.*” (WILDE, Oscar. *O crítico como artista*. In: _____. *Intenções: quatro ensaios sobre a estética*. Tradução: João do Rio. 2ª ed. Lisboa: Cotovia, 1992).

²⁷³ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *A liberdade de expressão e o direito de crítica pública*. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 1, n. 22, 2002. pp. 18-20. Disponível em: <<https://www.seer.ufrgs.br/revfacdir/article/download/72634/41106>>. Acesso em: 11 set. 2020.

rechaço de diversas manifestações. A chamada *crítica jornalística* (ou impressionista) tem como papel, em primeiro lugar, alcançar um público muito maior e diversificado que aquela outra forma de julgamento. Além disso, sua principal característica consiste em emitir juízos de valores praticamente sentenciantes, usualmente com uma fluidez característica dos periódicos e com lastro analítico mínimo, mas direto²⁷⁴. Essa nova composição da crítica artística, apesar de menos complexa, tem uma produção massiva, está em todo lugar e se encarrega de analisar tudo²⁷⁵. Durante as últimas décadas, essa crítica, principalmente na América Latina, tem buscado a criação de uma identidade, exercendo influências no que é considerado popular e no gosto da população em geral²⁷⁶.

Em outras palavras, o direito de crítica, formalmente praticado pelos periódicos, compêndios e obras especializadas e informalmente pelas redes sociais e pelo público em geral, tem o poder de moldar a recepção de uma obra de arte, discutir o que é bom e o que é ruim, o que merece aplausos e o que merece vaias. Dessa forma, uma peça teatral em que haja manifestações de mau gosto ou ofensivas à moral pública terá seu valor avaliado pela ampla crítica, papel de que o direito penal se exime por não estar em sua alçada.

Não se olvida, contudo, dos excessos que podem ocorrer nesse ímpeto crítico, transformando-o novamente em censura. É o caso, por exemplo, de uma tendência recente nas redes sociais descrita como “*cultura de cancelamento*”, consistente num verdadeiro linchamento público, de modo a condenar pessoas, virtualmente, em razão de um comportamento considerado reprovável. O principal problema desse modelo de crítica é justamente a falta de diálogo, num ímpeto único de silenciar o autor de certa manifestação²⁷⁷. Diante disso, ainda que muitas vezes se baseie em pressupostos válidos, calcados numa luta contra comportamentos inaceitáveis, preconceituosos ou de assédio²⁷⁸, a boa intenção não pode legitimar o autoritarismo, largamente repudiado pela nossa Constituição Federal.

²⁷⁴ SOUZA, Roberto Acízelo. *Crítica literária: seu percurso e papel na atualidade*. Revista Floema, ano VII, n. 8, pp. 29-38, jan./jun. 2011, pp. 33-34. Disponível em: <http://periodicos2.uesb.br/index.php/floema/article/download/1803/1534/3038>. Acesso em: 12 set. 2020.

²⁷⁵ ELKINS, James. *What happened to Art Criticism?* Chicago: Prickly Paradigm Press, 2003, pp. 4-6.

²⁷⁶ SANTANA, José Luis de la Nuez. *La crítica artística latinoamericana de fin de siglo y la cuestión de lo popular*. Revista Aisthesis, n.º 52, pp. 199-220, 2012, p. 210. Disponível em: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-71812012000200010. Acesso em: 15 set. 2020.

²⁷⁷ MORITA, Julia Harumi. *A cultura do cancelamento: o que era valioso passou dos limites?* Rolling Stones, 11 jun. 2020. Disponível em: <https://rollingstone.uol.com.br/noticia/cultura-do-cancelamento-o-que-era-valioso-passou-dos-limites/>. Acesso em: 15 set. 2020.

²⁷⁸ A Revista *Time* registra que uma das primeiras manifestações mais abrangentes dessa *cultura de cancelamento* ocorreu com o movimento #MeToo, que inspirou milhares de mulheres a quebrarem o silêncio acerca de casos de

Diferente não é o caso de projetos que pretendem modificar obras com traços descompassados com os atuais valores da sociedade. Autores como Monteiro Lobato, que apresentam expressões e situações racistas em seus livros, veem-se ameaçados de revisionismos em projetos pautados na reformulação de suas histórias com a retirada de termos ofensivos²⁷⁹. Proceder a isso é, também, uma forma de censura e ignora uma das facetas inerentes da arte, que é servir de testemunho do contexto histórico em que foi concebida. Mais acertado seria seguir por outros caminhos, como aquele escolhido pela HBO que, em vez de retirar de seu catálogo o filme *...E o vento levou* (*Gone with the wind*, 1939), acusado de racismo pelo modo estereotipado como retrata personagens pretos, adicionou um vídeo introdutório que explica o contexto em que a obra se insere a as controvérsias em torno dela²⁸⁰. Desse modo, a experiência com a arte não se torna conivente com sua mensagem, ao mesmo tempo em que não se nega que situações, hoje consideradas inaceitáveis, já fizeram parte da história humana.

Por fim, cabe ainda uma menção ao polêmico tópico referente à classificação etária das obras de artes. Como bem se sabe, a legislação nacional, visando à proteção da criança e do adolescente, regula o acesso desse público a espetáculos adequados a sua idade²⁸¹. Dessa forma, obras audiovisuais destinadas à televisão e ao cinema devem requerer à Secretaria Nacional de Justiça a prévia classificação etária, que será *indicativa*, ou seja, não terá força vinculante, cabendo aos pais ou responsáveis decidirem se o menor terá contato ou não com a obra²⁸². Isso foi tema de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, na ADI 2.404/DF, ocasião em que se exarou o entendimento de que o papel do Estado é apenas o de incentivar a sociedade a tomar a adequada decisão acerca do conteúdo a ser consumido, mas não tutelar diretamente esse comportamento²⁸³. Para Luís Roberto Barroso, contudo, a depender da forma como essa classificação ocorre, ela pode ser considerada inconstitucional. Não se pode exigir a submissão prévia de uma obra a um órgão do Poder Executivo para sua classificação (ainda que meramente indicativa) para somente então se autorizar a sua divulgação. O correto é a criação de critérios gerais

assédio ocorridos com elas. (HAGI, Sarah. *Cancel culture is not real* – at least not in the way people think. Time, 21 nov. 2019. Disponível em: <https://time.com/5735403/cancel-culture-is-not-real/>. Acesso em: 15 set. 2020).

²⁷⁹ PENNAFORT, Roberta. *Monteiro Lobato ganha versões sem expressões racistas dos originais e especialistas debatem até onde mexer na obra*. O Globo, 03 set. 2019. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/cultura/monteiro-lobato-ganha-versoes-sem-expressoes-racistas-dos-originais-especialistas-debatem-ate-onde-mexer-na-obra-23922333>. Acesso em: 16 set. 2020.

²⁸⁰ SHIELDS, Meg. *'Gone with the wind' and the difference between censorship and context*. Film School Rejects, 09 jul. 2020. Disponível em: <https://filmschoolrejects.com/gone-with-wind-context/>. Acesso em: 16 set. 2020.

²⁸¹ A regra está contida no artigo 220, § 3º da Constituição Federal e nos artigos 71 e 75 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

²⁸² BRASIL. Ministério Público Federal. Nota técnica..., cit., p. 9.

²⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.404. Requerente: Partido Trabalhista Brasileiro. Relator: Ministro Dias Toffoli. Publicação: 01 ago. 2017.

e abstratos que permitam ao artista, de antemão, saber qual o enquadramento de sua produção, evitando-se, com isso, também, arbitrariedades²⁸⁴.

É certo que, como já asseverado anteriormente, a classificação indicativa presta um importante papel de fornecimento de informações prévias acerca do conteúdo da manifestação, de modo a evitar incongruências entre seu teor e seu público. Assim, seu papel é meramente preventivo e não serve de instrumento de censura de nenhum tipo. Sua adequada aplicação pode antever problemas e, efetivamente, evitar que uma expressão artística sofra a interferência do Direito Penal.

Percebe-se, a título de conclusão, que a norma incriminadora só deve incidir sobre uma manifestação quando outras esferas extralegais, ou ainda judiciais, mas extrapenais (como a possibilidade de desagravo público ou de indenização por dano moral) falharem em proteger bens jurídicos constitucionalmente tutelados, sempre se baseando numa lógica de interferência posterior e nunca de censura prévia.

Assim preferiu nossa Constituição, que não ignora os riscos inerentes a uma comunicação desimpedida, mas que de outro modo não poderia proceder numa sociedade democrática, uma vez que a única forma de erradicar, de pronto, todos os crimes decorrentes de manifestações do pensamento, seria extirpar por completo a liberdade. Em outras palavras, “*o preço da liberdade é o eterno delito*”²⁸⁵ e temos, para nós, que é preferível enfrentar sabiamente as consequências dessa liberdade a sacrificar nossa autonomia.

²⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Liberdade de...*, cit., pp. 150-151.

²⁸⁵ REALE JÚNIOR, Miguel. *Novos rumos do sistema criminal*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 128.

CONCLUSÕES

A título de síntese das ideias apresentadas acerca da criminalização de manifestação artística e do embate entre a liberdade conferida às artes e os outros direitos fundamentais, tem-se que:

1. Os mecanismos de censura das artes nem sempre são explícitos, como já foram em outros períodos da história. O tolhimento de trabalhos artísticos pode se ver, inclusive, imbricado à atuação jurídica e legislativa que, a pretexto de tutelar bem jurídicos como a moral e o pudor público, extrapolam os limites da intervenção estatal no discurso.

2. Uma das reações institucionais mais rígidas em relação à arte é a sua criminalização, na medida em que coloca à margem não somente a obra em comento, mas transforma seu próprio artista na figura de um criminoso. Pode ocorrer tanto uma *criminalização primária*, consistente naquela promovida diretamente pela legislação, que cria uma relação direta entre a manifestação artística e um delito específico, como uma *criminalização secundária*, promovida pelos órgãos do Poder Judiciário na aplicação de delitos já existentes, transportados para o contexto artístico.

3. A história da capoeira é um dos maiores exemplos de criminalização primária, uma vez que o Código Penal de 1980 previa expressamente a proibição de sua prática em seus artigos 402 a 404. A repressão era calcada na ideia de se criar uma identidade à nascente República desvinculada do passado escravocrata e monárquico, que se via, muitas vezes, lembrado nas rodas de capoeira. Assim, a intervenção penal era muito mais justificada na ideia de imposição de uma cultura oficial do que de proteção de qualquer bem jurídico.

4. A criminalização primária não mais pode ser justificada à luz da atual Constituição Federal, na medida em que se prevê expressamente, em seu artigo 5º, inciso IX, a vedação de censura prévia. Nessa esteira, ideias legislativas como a de criminalização do funk, em razão de sua associação a um ambiente alegadamente delinquente, não podem subsistir, pois se pautam na extirpação de determinadas manifestações por seu potencial perigo, quando a lógica de nossa Lei Maior é a de responsabilização *ex post facto*.

5. A criminalização secundária, a seu turno, encontra-se num âmbito de responsabilização posterior, mas nem sempre é legítima, exigindo análises distintas de justificações e cabimentos para crimes materiais e crimes formais.

6. A dificuldade de se estender a aplicação de crimes materiais ao contexto da arte está em que estes exigem a modificação do mundo real para se consumar, enquanto numa manifestação artística se está diante de uma *representação*. Assim, a intervenção penal somente pode ocorrer quando a representação extrapolar seus limites e atingir o mundo externo afetando bens jurídicos alheios *reais*.

7. Em relação aos delitos formais, o problema está na imprecisão dos tribunais em estabelecer critérios objetivos norteadores da interpretação das manifestações. É certo que nosso Código Penal, seguindo a Teoria Finalista, insere o dolo e a culpa no tipo penal, de modo que será atípica a conduta sem vontade, finalidade, exteriorização ou consciência. Portanto, essa análise se torna indispensável.

8. Nos delitos contra a honra, é essencial se analisar se o autor de determinada obra agiu imbuído do *animus discriminandi, caluniandi, diffamandi* ou *injuriandi*, sem os quais não há crime. Todavia, observou-se que não há qualquer uniformização dos tribunais para se chegar a essa análise, procedendo-se, em alguns casos, a um exame crítico da manifestação, que não é próprio da alçada jurídica.

9. Os delitos de incitação e apologia ao crime, por seu turno, são constantemente questionados quanto a sua constitucionalidade, uma vez que, além de não prescreverem um resultado, punem pela mera suposição de que determinado discurso levará os sujeitos a cometer crimes. Nesse esteira, é bastante questionável a criminalização de letras de funks e raps sob o argumento de se subsumirem a essa norma penal, na medida em que muitas das vezes nada mais fazem que descrever a realidade do cotidiano das periferias, inclusive com denúncias à violência policial.

10. Ademais, os delitos de incitação e apologia ao crime não podem servir para deter discursos artísticos (ou de qualquer outro cunho) que intentem a descriminalização de determinada conduta, uma vez que, baseando-se no preceito fundamental da *soberania popular*, é lícito aos cidadãos questionarem suas próprias leis.

11. Nem toda nudez é carregada de cunho lascivo, de modo que o nu artístico não pode, de imediato, ser condenado por crimes contra o pudor público ou por delitos sexuais.

12. A nudez de um adulto perante um plateia em que há crianças, de igual modo, não configura, de pronto, o crime de pedofilia, pois existe a necessidade de se comprovar a

finalidade de satisfação de lascívia própria ou alheia. Além disso, no Brasil, a retratação de cenas de sexo infantil por meio de desenhos somente é punível se essa representação for realística. Todavia, esse entendimento é questionável, na medida em que nem sempre tal tutela atingirá algum bem jurídico protegido pelo ECA, uma vez que esse estatuto atende apenas aos interesses de crianças e adolescentes *reais*, não cabendo aqui analogias *in malam partem*.

13. Os crimes de ultraje público ao pudor, ademais, ao trazerem uma imprecisão típica, consistente na elementar “obsceno” criam larga insegurança jurídica, apta a transformar os tribunais em verdadeiros censores e guardiões dos bons costumes. Nesse sentido, corre-se o risco de haver censuras a obras incompreendidas a seu tempo, mas que podem trazer grande contribuição ao mundo artístico.

14. As manifestações grosseiras e de mau gosto também estão abarcadas pela liberdade de expressão. Qualquer regra ou juízo que intente o cerceamento da livre manifestação deve ser vista com desconfiança, exigindo-se dela maiores justificativas. Dessa forma, o mero incômodo de um espectador em relação a determinada obra de arte não deve servir de supedâneo para a punição de seu autor.

15. A Constituição Brasileira eleva a liberdade de expressão ao patamar máximo de proteção, inserindo-a no rol de direitos fundamentais, mas entendendo-a como possuidora de maior importância, *prima facie*, no conflito com outros direitos fundamentais. Muito disso se deve a um passado recente maculado pela ditadura militar, que cerceava agressivamente a livre manifestação. Nessa toada, manifestações contramajoritárias ganham guarida na Lei Maior, permitindo-se a manifestação de pensamentos que não agrade ao governo ou que vá de encontro a valores incutidos na sociedade.

16. Qualquer tipo de manifestação está incluído nessa tutela, abrangendo-se, assim, desde simples gestos, sinais ou movimentos, até escritos, sons, imagens, representações teatrais e qualquer manifestação veiculada pelos modernos meios de comunicação.

17. A justificação da proteção da liberdade de se expressar, em nossa Lei Maior, não parece estar calcada apenas no intuito instrumental de manutenção da democracia. Ao abranger também manifestações artísticas politicamente desinteressadas, a Constituição se volta para uma tutela baseada em causas constitutivas, segundo as quais o cidadão é livre para escolher o que é bom ou ruim, valorizando não somente sua capacidade de votar, mas também de contribuir com o clima moral e estético.

18. A liberdade de expressão, contudo, não é um direito absoluto e encontra óbices na própria Constituição Federal, como a vedação ao anonimato (a fim de que se puna os responsáveis por excessos), o direito de resposta proporcional ao agravo, o direito de indenização por dano material, moral ou à imagem, a submissão de certas obras à classificação etária, a vedação a manifestações de caráter racista ou dirigidas à propagação do ódio e a colisão com direitos à personalidade. Nesse último caso, deve-se proceder à ponderações de direitos, não bastando uma pequena afetação da honra ou da intimidade para se cercear uma obra de arte.

19. Na esfera infraconstitucional, a liberdade de expressão somente pode sofrer interferência quando os bens jurídicos tiverem reflexos diretos naqueles abarcados pela Constituição Federal. Dessa forma, torna-se questionável a proteção da moral e dos bons costumes, devendo esses direitos exercerem a mínima influência possível na esfera da comunicação desimpedida.

20. A liberdade de expressão artística deve ser mais ampla que a genérica liberdade de manifestação do pensamento, uma vez que a arte se reveste de formas e justificações distintas. O que é considerado obsceno no dia a dia adquire um novo significado no contexto artístico.

21. Essa proteção à liberdade artística abrange não só sua criação, mas também a produção, a divulgação e os direitos patrimoniais relacionados à obra. Faculta ao artista tanto o direito de fazer como o de não fazer todas essas etapas. Além disso, o Estado ostenta um dever *negativo* em relação ao fazer artístico, consistente na não censura e na posição de neutralidade, no sentido de não criação de uma cultura única e oficial, além de um dever *positivo* de incentivo, valorização e divulgação da arte nacional.

22. O conceito de arte é bastante controverso e amplo, mas isso não pode eximir os tribunais de, no caso concreto, avaliar o alcance da proteção da liberdade artística à manifestação em comento.

23. A ideia do que seja arte, portanto, deve ser abrangente e, em caso de dúvida, a liberdade de expressão sempre deve prevalecer. Há, contudo, critérios que podem servir de norte na empreitada. O critério *material* consiste na existência de um trabalho que permita ao artista se expressar de alguma maneira. O critério *formal*, por sua vez, reside na possibilidade de se classificar determinada manifestação numa categoria reconhecidamente artística. Pode-se ainda contar com a presença de um *significado*, consistente na apresentação de ideias novas e com o *reconhecimento* pela crítica especializada. Todos esses parâmetros são criticáveis,

principalmente à luz da arte pós-moderna, mas, tomados de modo relativo, servem de base para os tribunais terem o mínimo de uniformidade para decidirem.

24. As expressões artísticas submetidas ao julgamento penal fazem parte de uma categoria chamada de “*delitos de expressão*”, consistentes em condutas críticas praticadas por meio da manifestação do pensamento. Como tais, precisam ser valoradas em si mesmas, uma vez que só serão típicas se apresentarem determinados significados.

25. O que se deve levar em conta é o *sentido da manifestação*, e não o significado a ela atribuído por aqueles que são seus destinatários. Para tanto, a manifestação deve ser interpretada dentro do contexto em que se encontra, levando em conta a obra como um todo e todas as circunstâncias que a cercam. Não é lícito atribuir desvalor penalmente relevante a trechos da obra isolados, sob pena de mal interpretá-los.

26. O Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, intervindo apenas quando outras esferas jurídicas ou mesmo extrajudiciais não forem suficientes para resolver o conflito. Nessa lógica, diversos são os casos em que a crítica artística se presta ao papel de desautorizar uma manifestação desagradável ou desarrazoada, combatendo-se os excessos do discurso, democraticamente, com mais discurso, evitando-se a sobrecarga da máquina judiciária e a própria censura.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Márcia. *Censura e crítica: reações de um professor de retórica e poética à leitura de um romance*. Revista Brasileira de Literatura Comparada, v. 8, n. 8, pp. 113-128, 2017. Disponível em: <https://revista.abralic.org.br/index.php/revista/article/view/117>. Acesso em: 10 set. 2020.

_____; SCHAPOCHNIK, Nelson. *Os censores lêem romances*. In: XXV Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação, Salvador, 2002. Disponível em: <http://www.caminhosdoromance.iel.unicamp.br/estudos/ensaios/censores.pdf>. Acesso em: 10 set. 2020.

ADLER, Amy M. *Post-modern art and the death of obscenity law*. Revista The Yale Law, v. 99, n. 6, pp. 1359-1378, 1990. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/view-content.cgi?article=7276&context=ylij>. Acesso em: 29 ago. 2020.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1976*. Coimbra: Almedina, 2007.

ANJOS, Marco Antonio dos. *O humor: estudo à luz do direito de autor e da personalidade*. 2009. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

ARAÚJO, João Vieira de. *O Código Penal interpretado*. Ed. Fac-similar. Brasília: Senado Federal – Superior Tribunal de Justiça, 2004, v. II.

ÁVILA, Thaís Coelho. *Racismo e injúria racial no ordenamento jurídico brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, v. 16, n.º 2, jul.-dez. 2014. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/26266>. Acesso em: 16 ago. 2020.

BARROS, Guilherme Freire de Melo. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. *Liberdade de expressão, censura e controle da programação de televisão na Constituição de 1988*. Revista dos Tribunais: São Paulo, ano 90, v. 790, pp. 129-152, ago. 2001.

_____. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Bol. Fac. Direito U. Coimbra, v. 81, 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>. Acesso em: 5 set. 2020.

BECKER, Howard Saul. “*E Mozart? E o assassinato?*”. In: Revista Brasileira de Ciências Sociais, ANPOCS, v. 29, n.º 86, 2014.

_____. *Outsiders: estudos de sociologia de desvio*. Tradução: Maria Luísa X. de Borges. 1ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BERNSTEIN, Ana. *Karen Finley e a escrita do corpo*. Urdimento – Revista de Estudos em Artes Cênicas, v. 3, n. 33, pp. 6-27, 2018. Disponível em: <https://revistas.udesc.br/index.php/urdimento/article/view/1414573103332018006>. Acesso em: 30 ago. 2020.

BEVILAQUA, Clóvis. *Criminologia e direito*. Bahia: Magalhães, 1986.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, v. 1.

_____. *Tratado de direito penal: parte especial*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, v. 2.

_____. *Tratado de direito penal: parte especial*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, v. 4.

BRASIL. 2ª Vara Criminal da Comarca de Lages, Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Processo n.º 039.08.014844-0. Acusados: Mauro Martinelli Maciel e Carlos Alberto da Costa Amorim. Juiz Juliano Schneider de Souza. Publicação: 26 jan. 2012.

_____. Decreto do Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil. Décimo fascículo de 1 a 31 de outubro de 1890, capítulo XIII. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1890.

_____. Ministério Público Federal. Nota técnica n.º 11 de 31 de outubro de 2011. Trata sobre a liberdade de expressão artística em face da proteção de crianças e adolescentes. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/temas-de-atuacao/direitos-sexuais-e-reprodutivos/nota-tecnica-liberdade-artistica-e-protecao-de-criancas-e-adolescentes>>. Acesso em: 10 mar. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 736.015. Recorrente: Eugênia Cecília Smith de Vasconcellos Aragão. Recorrido: Editora Pererê Revistas e Livros LTDA. Relatora: Nancy Andrighi. Publicação: 01 jul. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.404. Requerente: Partido Trabalhista Brasileiro. Relator: Ministro Dias Toffoli. Publicação: 01 ago. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4815. Requerente: Associação Nacional dos Editores de Livros. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. Publicação: 01 fev. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinário n.º 988.601. Recorrente: Mauro Martinelli Maciel e Carlos Alberto da Costa Amorim. Recorrido: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator: Ministro Dias Toffoli. Publicação: 03 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 130. Requerente: Partido Democrático Trabalhista. Relator: Ministro Ayres Britto. Publicação: 26 fev. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 187. Requerente: Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Celso de Mello. Publicação: 29 mai. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 83-996-7/RJ. Paciente: Gerald Thomas Sievers. Relator: Ministro Carlos Velloso. Relator para acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Publicação: 26 ago. 2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n.º 24.369. Impetrante: Conselho Federal de Farmácia. Relator: Ministro Celso de Mello. Publicação: 10 out. 2002.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 511.961. Recorrente: Sindicato das Empresas de Rádio e Televisão do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Publicação: 13 nov. 2009.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Suspensão de liminar n.º 0056881-31.2019.8.19.0000. Relator: Des. Claudio de Mello Tavares. Data: 07 set. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.º 0241254-05.2016.8.19.0001. Apelante: Jair Messias Bolsonaro. Apelado: Editora O Dia LTDA. Relatora: Desembargadora Marcia Ferreira Alvarenga. Publicação: 01 jun. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Habeas Corpus n.º 0036151-53.2006.8.19.0000. Pacientes: Frank Baptista Ramos e outros. Relator: Des. Alberto Motta Moraes. Publicação: 06 de fev. de 2007.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Habeas Corpus n.º 0037366-64.2006.8.19.0000. Pacientes: Pedro Jorge Lopes e outros. Relator: Des. Alexandre Herculano Pessoa Varella. Publicação: 11 out. 2006.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Habeas Corpus n.º 0008413-65.2002.8.07.0000. Pacientes: Marcelo Sayão Lobato e outros. Relator: Des. Pedro Aurélio Rosa de Farias. Publicação: 23 mar. 2003.

BRÖHMER, Jürgen; HILL, Clauspeter; SPITZKATZ, Marc (Ed.). *60 Years German Basic Law: The German Constitution and Its Court: Landmark Decisions of the Federal Constitutional Court of Germany in the Area of Fundamental Rights*. 2ª ed., Ampang: Malaysian Current Law Journal Sdn. Bhd, 2012.

CANOTILHO, J.J. Gomes, et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, v. 1.

CARVALHO, José Murilo de. *A formação das almas: o imaginário da república no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CHRISTIE, Nils. *Uma razoável quantidade de crimes*. Tradução: André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

COCO, Giovanni. *Puó costituire reato la detenzione di pornografia minorile?* In: Rivista Italiana di Diritto e procedura penale, Ano XLIX, Fascículo 3, jul./set. 2006.

COLAUTTI, Carlos E. *Libertad de expresión y censura cinematográfica*. Buenos Aires: Fundación Instituto de Estudios Legislativos, 1983.

COLNAGO, Rodrigo. *Direito Penal: Parte espacial III*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CONDE, Francisco Muñoz. *El tráfico ilegal de obras de arte*. Estudios penales y criminológicos. Santiago de Compostela, n. 16, pp. 395-422, 1992. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2104254>. Acesso em: 12 set. 2020.

COSTA, Maria Cristina Castilho; BLANCO, Patrícia (org.). *Pós-tudo e a crise da democracia*. São Paulo: ECA-USP, 2018.

CLARK, Kenneth. *The nude: a study of ideal form*. Princeton: Princeton University Press, 1984.

CYMROT, Danilo. *A criminalização do funk sob a perspectiva da teoria crítica*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

DE DUVE, Thierry. *Cinco reflexões sobre o julgamento estético*. Porto Arte: Revista de Artes Visuais, v. 16, n. 27, 2009. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/PortoArte/article/view/18187/10698>. Acesso em: 29 ago. 2020.

DIMOULIS, Dimitri; CHRISTOPOULOS, Dimitris. *O direito de ofender: sobre os limites da liberdade de expressão artística*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 3, n. 10, pp. 49-65, 2009.

DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte americana*. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.

ECO, Humberto. *Os limites da interpretação*. Tradução: Perola de Carvalho. 2ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2015.

ELKINS, James. *What happened to Art Criticism?* Chicago: Prickly Paradigm Press, 2003.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.

FARINA, Luiz Antonio Romboli. *O caso Tobias – vida e obra de Ricardo Lísias: por uma crítica da arte viva*. 2019. Dissertação (Mestrado em Teoria e Prática do Teatro) - Escola de Comunicações e Artes, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

FIGUEIREDO, Maria Patrícia Vanzolini. *Racismo*. In: JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; FULLER, Paulo Henrique Aranda. *Legislação Penal Especial*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 2.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: Parte Especial*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. 1.

GLASS, Loren. *Sense and Censorship*. Twentieth Century Literary, v. 55, n. 2, 2009. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/25733410?seq=1#metadata_info_tab_contents. Acesso em: 30 ago. 2020.

HART. H.L.A. *Law, liberty and morality*. New York: Oxford University Press, 1982.

HENNEQUIN, Émile. *A crítica científica*. Lisboa: Tipografia de Francisco Luiz Gonçalves, 1910.

HERSCHMANN, Micael. *O funk e o hip hop invadem a cena*. Rio de Janeiro: UFRJ, 2000.

HORBACH, Beatriz Bastide. FUCK, Luciano Felício (coord.) *O Supremo por seus assessores*. São Paulo: Almedina, 2014.

HUNGRIA, Nélon; FRAGOSO, Heleno Claudio. *Comentários ao código penal: Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940: arts. 11 a 27*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. I, t. 2.

_____. *Comentários ao Código Penal: Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940: arts. 137 a 154*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, v. VI.

_____; LACERDA, Romão Cortes de; HELENO Cláudio Fragoso. *Comentários ao Código Penal: Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940: arts. 197 a 249*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, v. VIII.

ISHIDA, Válter Kenji. *Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência*. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

JESUS, Damásio Evangelista. *Código Penal anotado*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

KENNEDY, Ryan P. *Ashcroft v. Free Speech Coalition: Can We Roast the Pig without Burning down the House in Regulating Virtual Child Pornography?* In: Akron L. Rev., v. 37, p. 379, 2004. Disponível em: <https://ideaexchange.uakron.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1342&context=akronlawreview>. Acesso em: 27 ago. 2020.

KERN, Eduard. *Delitos de expresión*. Tradução: Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Depalma, 1967.

KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. *As liberdades de expressão e de imprensa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. São Paulo: Lumen Juris, 2011.

LANG, Martin et al. *Dangerous Artists of Calibre: shooting people as performance art*. Trebuchet, n. 5, pp. 94-103, 2018. Disponível em: <http://eprints.lincoln.ac.uk/id/eprint/34426/>. Acesso em: 10 ago. 2020.

LIPOVETSKY, Gilles. *A era do vazio: ensaios sobre o individualismo contemporâneo*. Tradução: Therezinha Monteiro. São Paulo: Manole Editora, 2005.

LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal*. Tradução: José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russell, 2003, t. I.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Liberdade e direitos sexuais* – o problema a partir da moral moderna. In: RIOS, Roger Raup; LOPES, José Reinaldo de Lima (org). *Em defesa dos direitos sexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LOUVEIRA, Leopoldo Stefano Gonçalves Leone. *A Esfera da vida privada do cidadão como limite à interferência do Direito Penal: A Questão Da Pornografia Infantil*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2013.

MACHADO, Anna Paula Matsuoka Pandim Barbosa. *Hate speech: o voo de Ícaro da liberdade de expressão*. Fórum Administrativo - FA, ano 19, n. 191, jan. 2017.

MACHADO, Jónatas. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra ed., 2002.

MASSON, Cleber. *Código Penal Comentado*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MAKOWIECHY, Sandra. *Representação: a palavra, a idéia, a coisa*. Cadernos de Pesquisa Interdisciplinar em Ciências Humanas, v. 4, n. 57, pp. 2-25, 2003. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/cadernosdepesquisa/article/view/2181/4439>. Acesso em: 10 ago. 2020.

MCDOWELL, Wallace. *Overcoming Working-Class Ulster Loyalism's Resistance to Theatricality after the Peace Process*. Contemporary Theatre Review, v. 23, n. 3, pp. 323-333, 2013.

MELO, José Marques de (org.). *Síndrome da mordaza: mídia e censura no Brasil*. São Bernardo do Campo: Universidade Metodista de São Paulo, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *A liberdade de expressão e o direito de crítica pública*. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 1, n. 22, 2002. Disponível em: <<https://www.seer.ufrgs.br/revfacdir/article/download/72634/41106>>. Acesso em: 11 set. 2020.

MOONEY, Susan. *The artistic censoring of sexuality: Fantasy and judgment in the twentieth-century novel*. Ohio: The Ohio State University Press, 2008.

MÜLLER, Friedrich. *La positividad de los derechos fundamentales: Cuestiones para una dogmática práctica de los derechos fundamentales*. Tradução: Alberto Oehling de los Reyes. Madrid: Dykinson, 2016.

MUNDIM, Pedro Santos. *Das rodas de fumo à esfera pública: Maconha nas músicas do Planet Hemp*. 1ª ed. São Paulo: Annablume, 2006.

NEVES, Heidi Rosa Florêncio. *Intolerância e Direito Penal*. In: SOUZA, Regina Cirino Alves Ferreira de (org.). *Intolerância e Direito Penal*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal: parte especial*. São Paulo: Saraiva, 1986. v. 4.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

OLIVEIRA, Josivaldo Pires de, LEAL, Luiz Augusto Pinheiro. *Capoeira, identidade e gênero: ensaios sobre a história social da capoeira no Brasil*. Salvador: EDUFBA, 2009.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Direito financeiro e arte*. Cadernos Jurídicos: Escola Paulista da Magistratura, São Paulo, v. 17, n. 45, p. 127- 155, out./dez. 2016. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/tf10.pdf?d=636685514639607632>. Acesso em: 10 set. 2020.

PARODE, Fabio Pezzi; ZAPATA Maximiliano. *Filosofia, estética e arte: ensaio sobre transgressão e censura*. Veritas, Port Alegre, v. 63, pp. 575-594, jan. 2018. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/veritas/article/view/31295/17334>. Acesso em: 15 jul. 2020.

PINHEIRO, Amanda Lima Gomes. *Apesar de você: a arte como forma de liberdade de expressão durante a ditadura militar brasileira (1964-1985)*. Revista da faculdade de direito da UFMG, n. 64, pp. 27-47, 2014. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/P.0304-2340.2014v64p25>.

PINTO, Indiara Liz Fazolo. *Liberdade de expressão, Lei de Imprensa e discurso do ódio: da restrição como violação à limitação como proteção*. Revista de Direito Administrativo e Constitucional - A&C, ano 23, n. 53, jul./ set. 2013.

PEDRO, Jesús Pietro de. *Cultura, Culturas y Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

PLANET HEMP. *Queimando Tudo*. Disponível em: <http://planethemp.letas.terra.com.br/letas/30904/> Acesso em: 29 jun. 2020.

PRADO, Daniel Nicory do. *Literatura e apologia ao crime: uma abordagem hermenêutica*. In: Congresso Nacional do Conpedi, 16, 2008, Belo Horizonte. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

RAUTER, Cristina. *Criminologia e subjetividade no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2003

REALE JÚNIOR, Miguel. *Novos rumos do sistema criminal*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

REGIS PRADO, Luiz. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, v. 1.

_____. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, v. 2.

_____. *Tratado de direito penal brasileiro: parte especial - crimes contra a incolumidade pública; crimes contra a fé pública (arts. 250 a 311-A)*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. v. 2.

RIMOLI, Francesco. *La libertà dell'arte nell'Ordinamento italiano*. Padova: Cedam, 1992.

ROMERO, Paulo Roberto Santos. *O artístico e o obsceno no direito penal: por uma resignificação hermenêutica do artigo 234 do Código Penal Brasileiro*. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, 2019.

ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. 2ª ed., tradução: Luís Greco, Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

SALIBA, Elias Thomé. *Humor e tolerância, intolerância ao humor*. In COSTA, Cristina (org.). *Comunicação e liberdade de expressão*. São Paulo: ECA-USP, 2016.

SÁNCHEZ-JANKOWKI, Martin. *As gangues e a estrutura da sociedade norte americana*. Revista Brasileira de Ciências Sociais, São Paulo: Anpocs, v. 12, n. 34, jun. 1997.

SANTANA, José Luis de la Nuez. *La crítica artística latinoamericana de fin de siglo y la cuestión de lo popular*. Revista Aisthesis, n.º 52, pp. 199-220, 2012. Disponível em: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-71812012000200010. Acesso em: 15 set. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang, et al. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. *Ordenação constitucional da cultura*. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Júlia Alexim Nunes da. *A liberdade de expressão artística*. In: Congresso Nacional do CONPEDI. 2009. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2281.pdf. Acesso em: 5 set. 2020.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal sexual*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

SILVEIRA, Rodrigo Deamici da. *Samba e funk proibido: tentativas de diálogo da criminologia com as manifestações culturais periféricas*. 2016. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2016.

SOARES, Oscar Macedo. *Código penal da República dos Estados Unidos do Brasil*. Ed. Facsimilar. Brasília: Senado Federal – Superior Tribunal de Justiça, 2004.

SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito Penal*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, v. 2.

SOUZA, Roberto Acízelo. *Crítica literária: seu percurso e papel na atualidade*. Revista Floema, ano VII, n. 8, pp. 29-38, jan./jun. 2011. Disponível em: <http://periodicos2.uesb.br/index.php/floema/article/download/1803/1534/3038>. Acesso em: 12 set. 2020.

TATE, John William. *Toleration, Skepticism, and Blasphemy: John Locke, Jonas Proast, and "Charlie Hebdo"*. American Journal of Political Science, v. 60, n.º 3 (jul. 2016). Disponível em: www.jstor.org/stable/24877487. Acesso em: 15 jul. 2020.

TEIXEIRA, Luiz Guilherme Sodré. *Sentidos do humor, trapaças da razão: as charges*. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 2005.

TORRES, Fernanda Carolina. *O direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão*. Revista de informação legislativa, ano 50, n. 200, out./dez. 2013. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/502937>. Acesso em: 03. set. 2020.

VIDOR, Elisabeth. *Capoeira: uma herança cultural afro-brasileira*. São Paulo: Selo Negro, 2013.

VILLENA, Belén García. *Análisis de Hentai desde una perspectiva feminista: grietas em uma reproducción patriarcal*. Granada: Universidad de Granada, 2012.

VUOLTEENAHONEN, Anne. *The case of Last Tango in Paris and the ethics of producing and consuming filmed depictions of sexual violence*. 2019. Dissertação (Doutorado em Filologia Inglesa). University of Oulu, 2019.

WALLIS, Brian. *What's wrong with this Picture?* In: _____. *Art Modernism: rethinking representation*. New York: Museum of Contemporary Art, 1984.

WILDE, Oscar. *O crítico como artista*. In: _____. *Intenções: quatro ensaios sobre a estética*. Tradução: João do Rio. 2ª ed. Lisboa: Cotovia, 1992).

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro - Teoria Geral*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2017.

ZOLA, Émile. *A batalha do impressionismo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.

FONTES JORNALÍSTICAS

BONVICINO, Régis. *Produção artística exige total liberdade*. Folha de São Paulo, São Paulo, 29 mai. 1988. Ilustrada. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/107000>>. Acesso em: 10 ago. 2020.

CIMINO, James. *Boicote à novela “Babilônia” é coerção e lembra prática da ditadura militar*. UOL, 21 mar. 2015. Disponível em: <http://televisao.uol.com.br/>. Acesso em: 15 jul. 2020.

HAGI, Sarah. *Cancel culture is not real – at least not in the way people think*. Time, 21 nov. 2019. Disponível em: <https://time.com/5735403/cancel-culture-is-not-real/>. Acesso em: 15 set. 2020.

MENEZES, Hélio. *Monumentos públicos de figuras controversas devem ser retirados? SIM*. Folha de S. Paulo, 19 jun. 2020. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/opiniaao/2020/06/monumentos-publicos-de-figuras-controversas-da-historia-deveriam-ser-retirados-sim.shtml?utm_source=facebook&origin=folha. Acesso em: 15 jul. 2020.

MORITA, Julia Harumi. *A cultura do cancelamento: o que era valioso passou dos limites?* Rolling Stones, 11 jun. 2020. Disponível em: <https://rollingstone.uol.com.br/noticia/cultura-do-cancelamento-o-que-era-valioso-passou-dos-limites/>. Acesso em: 15 set. 2020.

MPF pede arquivamento de inquérito sobre pornografia infantil em performance no MAM-SP. O Globo, 23 fev. 2018. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/cultura/artes-visuais/mpf-pede-arquivamento-de-inquerito-sobre-pornografia-infantil-em-performance-no-mam-sp-22427187>> Acesso em: 10 fev. 2020.

PENNAFORT, Roberta. *Monteiro Lobato ganha versões sem expressões racistas dos originais e especialistas debatem até onde mexer na obra*. O Globo, 03 set. 2019. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/cultura/monteiro-lobato-ganha-versoes-sem-expressoes-racistas-dos-originais-especialistas-debatem-ate-onde-mexer-na-obra-23922333>. Acesso em: 16 set. 2020.

RODRIGUES, Artur. *Procurador arquiva investigação sobre ‘liminar fictícia’ citada em livro*. Folha de S. Paulo, 06 abr. 2016. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/04/1758082-procurador-arquiva-investigacao-sobre-obra-de-ficcao-que-criou-liminar.shtml>. Acesso em: 5 set. 2020.

SHIELDS, Meg. *‘Gone with the wind’ and the difference between censorship and context*. Film School Rejects, 09 jul. 2020. Disponível em: <https://filmschoolrejects.com/gone-with-wind-context/>. Acesso em: 16 set. 2020.

STF suspende decisão que permitia a apreensão de livros na Bienal do RJ. STF, Brasília, 08 set. 2019, disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=422875>. Acesso em: 15 jul. 2020.