



ESCOLA DE FORMAÇÃO 2007

Estudo Dirigido

Caso Revista Realidade e Caso Gerald Thomas

Elaborado por Ariella Toyama Shiraki

(Escola de Formação, 2007)

MATERIAL DE LEITURA PRÉVIA

Recurso de Mandado de Segurança nº 18.534

Habeas Corpus nº 83.996

O presente estudo reporta-se à ampla discussão acerca da liberdade de expressão, consagrada como direito fundamental na Constituição Federal de 1988 e já presente em cartas anteriores.

Primeiramente, cabe ressaltar que, como todo direito fundamental¹, a liberdade de expressão não apresenta caráter absoluto, sendo imprescindível sua harmonização com os demais direitos resguardados pelo ordenamento jurídico. Porém, para que esta convivência se torne possível, faz-se necessário o sopesamento em caso de colisão com outros direitos fundamentais, definindo-se aquele que deve prevalecer no caso concreto, sem prejuízos à validade do direito restringido.

Nesse sentido, a liberdade de expressão apresenta um grau variável de realização, condicionado às possibilidades fáticas e jurídicas presentes. Se assim não fosse, seu

¹ No presente estudo, parte-se da idéia de direitos fundamentais com estrutura de princípios, definidos como mandamentos de otimização. Cf. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, pp.81-115 e Virgílio Afonso da Silva, "Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção", *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1 (2003), p. 607-630.

exercício ilimitado implicaria inevitavelmente a violação de outros direitos igualmente tutelados, resultando em colisões insolúveis.

Os casos mencionados tratam especificamente de atos que ofendem o “pudor público” e os “bons costumes” sob o manto protetor da liberdade de expressão, evidenciando a necessidade de limitação do exercício desta. É relevante assinalar a dificuldade de se encontrar uma medida adequada para tal restrição, principalmente quando se lida com expressões vagas como “obscenidade” e “bons costumes”.

Nesse contexto, as decisões do STF constituem importantes ferramentas na definição de parâmetros ou critérios objetivos para a limitação da liberdade de expressão, de forma a resguardar outros direitos, mas sem suprimi-la por completo. Resta saber se o Tribunal cumpre essa tarefa satisfatoriamente.

CASO REVISTA REALIDADE

Por determinação do Juiz da Vara de Menores da Comarca da Capital de São Paulo, foram apreendidos diversos exemplares da Revista Realidade, sob o fundamento de conteúdo obsceno, visto que a edição reunia vários artigos sobre a liberdade sexual da mulher. Importante ressaltar que a definição do que era obsceno cabia ao próprio magistrado, segundo a Lei de Imprensa de 1953. Tal apreensão se deu ainda na oficina, com o evidente intuito de obstar a remessa da publicação a outras localidades, gerando enormes prejuízos a Editora Abril. Esta então impetrou mandado de segurança ao Tribunal de Justiça de São Paulo, que denegou o pedido, chegando a discussão ao STF.

Por maioria de votos, deu-se provimento parcial ao recurso, nos termos do voto do Ministro Aliomar Baleeiro. Este defendeu a necessidade de se estabelecer critérios mínimos para a identificação do que seja obsceno ou contrário aos bons costumes, não obstante a competência do Juiz de Menores fixada na Lei de Imprensa. Para o ministro, trata-se de conceito variável segundo o local e a época, não se aplicando à publicação em tela. Logo, reconheceu o direito líquido e certo da impetrante de livre manifestação do pensamento, ressalvando apenas a possibilidade de aplicação de medidas que impeçam o acesso de crianças e adolescentes a tais conteúdos.

Apesar da distância temporal, este caso foi utilizado como precedente no caso Gerald Thomas, analisado em seguida.

CASO GERALD THOMAS

Em 17 de agosto de 2003, Gerald Thomas, ao término da apresentação do espetáculo "Tristão e Isolda", que dirigiu no Teatro Municipal do Rio de Janeiro, diante de vaias e xingamentos, simulou uma masturbação e, ato contínuo, exibiu as nádegas para os espectadores. Por conseguinte, foi denunciado pelo Ministério Público do Rio de Janeiro pela prática de ato obsceno, tipificado no artigo 233 do CP:

"Art. 233 - Praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa".

O caso chegou ao STF pela via do habeas corpus, visando ao trancamento da ação penal. Houve empate na votação: de um lado, Carlos Velloso (relator) e Ellen Gracie defendiam a necessidade de instrução criminal diante da ocorrência de um crime em tese; de outro, Gilmar Mendes, seguido por Celso de Mello, deferiu o pedido, alegando a atipicidade da conduta do diretor, inserida no contexto da liberdade de expressão.

Diante do empate, acolheu-se a decisão mais favorável ao réu, sendo esta objeto de ampla divulgação pela imprensa.

QUESTÕES

1) Definição do conceito de obscenidade

Conceito condicionado ao local e à época

- (i) Diante da afirmação de Aliomar Baleeiro no caso Revista Realidade, segundo a qual "o conceito do obsceno, imoral, contrário aos bons costumes é condicionado ao **local** e à época"², qual o valor das referências feitas pelo próprio ministro à jurisprudência da Suprema Corte dos EUA, ao constatar a ausência de "standards" claros sobre o tema no Brasil? Seria possível transplantar tais critérios para o contexto nacional? Esse foi o objetivo do ministro?

Subjetividade e Objetividade

- (i) Perto de concluir o seu voto, o Ministro Aliomar Baleeiro evidencia que toda a análise acerca do conceito de obscenidade deve se pautar na visão do "homem médio" e não do juiz. Em seguida, afirma que a publicação em questão não apresenta caráter obsceno, imoral, sórdido ou contrário aos bons costumes, constatação decorrente da própria leitura que fez de um exemplar. Por fim, afirma: "*julgo como homem de meu*

² Sem negritos no original.

- tempo e de meu País*". Pode-se dizer que o entendimento do Ministro Aliomar Baleeiro consubstancia a visão do "homem médio" ou se trata de mera opinião pessoal? Ao afirmar que julga como homem de seu tempo e de seu País, o ministro se atribui tal condição? Poderia fazê-lo?
- (ii) Nos debates finais, o mesmo ministro afirma: *"nós, Juízes, que já estamos nos Tribunais, pertencemos a uma reduzida minoria nacional. (...) A grande parte dos homens ativos do país, que estão trabalhando, pensando, etc., são criaturas de 25, 30, 40 anos. Eles têm um modo de concepção de vida diferente da nossa. Não lhes podemos impor os nossos padrões"*. Diante desse distanciamento entre os Juízes integrantes dos Tribunais e os demais membros da sociedade, seria possível àqueles aferir o padrão moral médio da população?
- (iii) Há de se considerar ainda a seguinte observação do Ministro Aliomar Baleeiro: *"Como vamos deixar um magistrado apreender a edição de uma Revista, pode ser, hoje, "Realidade", pode ser, amanhã, outra qualquer, pode ser "O Estado de São Paulo", conforme lhe der na cabeça, segundo sua concepção pessoal ou visão religiosa do que é obsceno? Não é possível uma coisa dessas. É preciso estabelecer critérios, segundo os quais ele pode fazer isso."* A partir desse excerto, pode-se perceber que o ministro repudia a possibilidade do juiz de 1º grau julgar segundo suas concepções pessoais. Contudo, o ministro não estaria julgando também segundo as suas concepções? Não seria justamente esse subjetivismo um dos elementos a dificultar o estabelecimento de parâmetros mínimos para a conceituação de obscenidade?
- (iv) É um problema admitir que um conceito jurídico como obscenidade carece de critérios objetivos para ser determinado, tal como fez o Ministro Themístocles Cavalcanti?³
- (v) Ainda que se admita que um juiz não possa se despir de suas opiniões pessoais e concepções morais próprias, não se deve exigir que uma decisão judicial se pautem em um padrão mínimo de objetividade, apresentando uma fundamentação racional e coerente?

Utilidade como precedente

- (i) Pode-se extrair do acórdão referente ao caso Revista Realidade o conceito de "obsceno"? Este integra a sua *ratio decidendi*? Os possíveis critérios identificados podem ser efetivamente aplicados a novos casos, evidenciando sua utilidade como

³ "Não existe, além do mais, um critério objetivo para declarar se uma publicação é ou não obscena, não existe uma linha de demarcação entre o obsceno e o não obsceno".

precedente? Foi isso que de fato ocorreu no caso Gerald Thomas, em que o Ministro Gilmar Mendes faz alusão a tal julgado?

2) Liberdade de expressão

- (i) No RMS 18.534, disse o Ministro Aliomar Baleeiro:

*"Entendo que há direito líquido e certo de alguém **expor e defender livremente seu pensamento**, respondendo pelos abusos que cometer".⁴*

No HC 83.996, o Ministro Gilmar Mendes afirmou:

*"A rigor, um exame objetivo da querela há de indicar que a discussão está integralmente inserida no contexto da **liberdade de expressão**, ainda que inadequada ou deseducada".⁵*

Considerando que o julgamento proferido pelo STF nos respectivos casos se deu nos termos dos votos dos ministros acima mencionados, pode-se dizer que a **liberdade de expressão** integra a *ratio decidendi* desses acórdãos, ainda que tenha sido mencionada praticamente só nos excertos referidos?

- (ii) Ao citar o caso Revista Realidade como precedente, pode-se dizer que o Ministro Gilmar Mendes buscou não somente ilustrar o conceito de obscenidade possivelmente já fixado, mas também reforçar a prevalência da liberdade de expressão?
- (iii) Considere ainda o seguinte:

No RMS 18.534, todos os ministros apresentaram argumentações muito próximas, pautadas na inexistência de conteúdo obsceno na publicação em análise. Contudo, chegaram a conclusões bem diversas.

No HC 83.996, algo semelhante se verificou: todos os ministros demonstraram concordância quanto a diversos aspectos como a importância do contexto para a determinação do conceito de pudor público e a evolução da noção de obscenidade. Não obstante, as conclusões também se polarizaram.

Essa alteração de rumo verificada principalmente nos votos dos Ministros Aliomar Baleeiro (caso Revista Realidade) e Gilmar Mendes (caso Geral Thomas) pode ser

⁴ Sem negritos no original.

⁵ Sem negritos no original.

atribuída à invocação da liberdade de expressão? Caso tal elemento não tivesse sido agregado, a conclusão dos ministros necessariamente reproduziria a orientação dos respectivos relatores?

(iv) Atente para os seguintes trechos extraídos do voto do Ministro Gilmar Mendes:

"Difícil, pois, nesse contexto admitir que a conduta do paciente tivesse atingido o pudor público".⁶

*"Portanto, **não estão configurados os elementos caracterizadores de ato obsceno**".⁷*

A partir do primeiro excerto, poder-se-ia dizer que o ministro, embora propenso a crer na atipicidade da conduta, demonstrou dúvidas e, portanto, não descartou a possibilidade de ofensa ao pudor público, o que só poderia ser esclarecido em instrução criminal, tal como decidiu o relator? Sendo assim, o que teria conduzido o ministro dessa incerteza para a afirmação peremptória do segundo trecho? Teria sido a liberdade de expressão?

Uma vez reconhecida a possibilidade de tipificação de uma conduta como crime, é aceitável que, em uma fundamentação, se prescindida da aplicação da norma penal pela invocação de princípio constitucional, fazendo-o prevalecer sobre a tutela já empreendida pelo legislador?

3) Proteção à criança e ao adolescente

- (i) No caso Revista Realidade, os ministros que deram provimento ao recurso reconheceram que o conteúdo da publicação não era obsceno. Não obstante, autorizaram medidas aptas a restringir o acesso de crianças ao material. Isso é uma incoerência?
- (ii) A apreensão dos exemplares da Revista Realidade se fundamentou na necessidade de se proteger crianças e adolescentes de um conteúdo impróprio para a sua formação moral e psicológica. Contudo, seria correto também vedar o acesso de adultos ao material? Não caberia aos próprios pais a decisão sobre o que deve ou não ser acessível aos seus filhos?

⁶ Sem negritos no original.

⁷ Sem negritos no original.

(iii) "A melhor solução contra a disseminação de pornografia na Internet está na edição de leis específicas que proibam esse tipo de conteúdo ou encontra-se no uso de ferramentas tecnológicas à disposição dos pais de crianças? (...) O processo das tentativas de controle da informação que circulam na rede mundial deixa transparecer que entra em nova fase. Se a primeira foi marcada pela iniciativa legislativa dos governos, com a edição de leis repressivas, censurando certos tipos de conteúdo (como aconteceu com o CDA⁸ e com o COPA⁹), a segunda é caracterizada pela utilização de programas de computadores e dispositivos tecnológicos, os conhecidos filtros de conteúdo, que permitem bloquear o acesso a certos tipos de informações indesejadas, pelos próprios destinatários e de forma voluntária" (excerto do artigo "A utilização de filtros como solução para combater a pornografia na internet – a repercussão da decisão da Suprema Corte americana sobre o COPA", de Demócrito Reinaldo Filho, disponível em www.mct.gov.br).

- No que tange a conteúdos obscenos veiculados pela Internet, qual é a medida que menos restringe a liberdade de expressão, sem prejudicar a realização do objetivo de proteção das crianças: a absoluta vedação de conteúdos, a restrição de acesso à certa faixa etária ou tal decisão deve se inserir no âmbito da autonomia de vontade dos pais?
- Entre os diversos projetos de lei sobre a matéria no Brasil, pode-se destacar o PL nº 963 de 2007, que objetiva **restringir a publicidade de material pornográfico, inclusive na Internet**, acrescentando o seguinte dispositivo ao ECA:

*"Art. 80-A É vedado, em todo o território nacional, a propaganda, publicidade ou anúncio comercial de publicação, filme, espetáculo público, **sítio na***

⁸ O *Communications Decency Act* (CDA), de 1996, reflete a primeira tentativa do Congresso dos EUA de proibir a disseminação de material "obsceno" e "indecente" na Internet, visando à proteção das crianças. A Suprema Corte julgou que o CDA violava o princípio constitucional da liberdade de expressão, tendo em vista a imprecisão dos conceitos de obscenidade e indecência.

⁹ Em 1998, o Congresso norte-americano editou o *Child Online Protection Act* (COPA), com o intuito de impedir a exposição de crianças a material prejudicial veiculado pela Internet. Em síntese, estabeleceu a imposição de pena (multa até 50 mil dólares e seis meses de prisão) para qualquer operador de website comercial que disponibilizasse conteúdo considerado "prejudicial a menores", salvo se comprovasse que restringiu o acesso a esse tipo de material por meio de sistemas de verificação de idade. Também teve sua constitucionalidade contestada, sob o argumento de violação da liberdade de expressão. A Suprema Corte verificou a necessidade de produção de provas técnicas, remetendo o caso a instância inferior, mas já sinalizou sua preferência: o uso da tecnologia de filtros seria menos restritivo e mais eficiente no que concerne à proteção de menores contra material impróprio do que a proibição do conteúdo por via legal.

Internet ou qualquer produto de caráter pornográfico, exceto quando em mídia de igual teor”.¹⁰

E, na justificação, acrescenta:

“É preciso que a sociedade reaja também contra a exposição exacerbada da criança e do adolescente a toda sorte de pornografia. (...) A propaganda pornográfica também é abusiva na Internet, por meio de banners, links e uma série de outros recursos tecnológicos que tornam o material sexual acessível a qualquer internauta com apenas um clique. (...) Vários países, como os Estados Unidos, já adotaram medidas mais rígidas para proibir a livre propaganda de material pornográfico, e também sua livre transmissão via Internet, de modo a proteger segmentos da sociedade, em conformidade com a cultura e os princípios que norteiam cada nação. A pornografia adulta é comercializada com discrição, inclusive na Internet.

Com essa proposta, buscamos estabelecer limites necessários para deter o avanço de um processo de banalização da sexualidade que ameaça os valores morais, éticos e os costumes da sociedade brasileira”.

Restringir a **publicidade de conteúdos pornográficos na Internet**, sem proibir a veiculação do material, seria uma medida menos restritiva e igualmente eficaz na proteção de crianças e adolescentes?

¹⁰ Sem negritos no original.