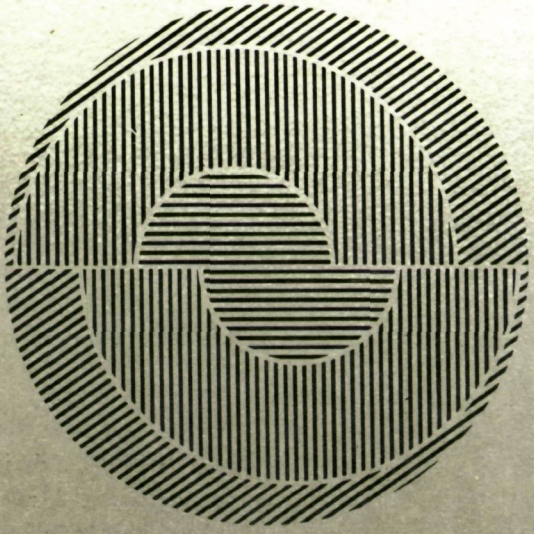
REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

JANEIRO A MARÇO 1991

ANO 28 • NÚMERO 109

A arte e o obsceno (*)

EVERARDO DA CUNHA LUNA
Catedrático de Direito Penal da Faculdade
de Direito do Recife — UFPe

I

A arte e os bons costumes resultam da atividade espiritual do homem, constituindo valores positivos da cultura. Bens do homem, numa determinada sociedade, protegidos por normas jurídicas que disciplinam os atos do homem socialmente considerados, tornam-se, pela proteção que recebem do Direito, *bens jurídicos*. Deste modo, fala-se, por um lado, de *propriedade artística*, de *propriedade literária, civil* e penalmente garantidas, e, por outro, de *bons costumes* ou *costumes* simplesmente — *bonus* e *mos* —, nome que, situando-se no *limite entre o individual e o coletivo* (1), compreende fatos vários que se referem à vida sexual do homem em suas relações com a sociedade. Diante, portanto, da complexidade de conteúdo do nome em questão, as sanções jurídicas não podem alcançar todas as violações dos bons costumes, como alcançam, ressalvadas as exceções previstas na própria lei, qualquer violação à propriedade artística ou literária. Aqui se pode dizer que *o costume é o rei e o tirano a lei* (2).

Entre os bens jurídicos, bens do homem acolhidos pelo Direito na vida social, sejam eles bens jurídicos conceituados com precisão rigorosa, como a *vida* e a *propriedade*, sejam eles bem jurídicos conceituados com dificuldade, como a *fé pública* e os *bons costumes*, existe uma *hierarquia* de valores; e isto tanto pela razão de método e de sistema, como por força da realidade social situada em determinado espaço e em determinado tempo. A existência, porém, dessa *hierarquia de valores*, não implica na presença constante de um insanável *conflito de valores*, a quebrar, fatalmente, a desejada e procurada harmonia na vida jurídica e social. Todos os esforços devem dirigir-se no sentido de combater essa conclusão negativa, ora pelo aprofundamento do conceito de cada bem jurídico, ora pela fixação, o mais precisamente possível, dos limites que devem ser estabelecidos a cada bem jurídico.

(*) Trabalho apresentado no VI CONGRESSO BRASILEIRO DE TEORIA E CRÍTICA LITERÁRIAS e II SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE LITERATURA (19 a 25 de setembro de 1982), Campina Grande — Paraíba.

(1) Everardo da Cunha Luna, BONS COSTUMES, *in* Enciclopédia Saraiva do Direito, 12, São Paulo, p. 131.

(2) "E um detto degno di considerazione quelle di Dion Cassios che la consuetudine è simile al re a la legge al tirano" (Vico, PRINCIPI DI SCIENZA NUOVA, *in* Opere Filosofiche, Firenze, 1971, p. 457).

Assim, dentro dessa ordem de idéias, haveria um conflito entre a obra artística e os bons costumes? Na resposta afirmativa, dever-se-ia considerar a obra artística como o produto de um ato de *mau costume* alcançado pela sanção penal, ou como o produto de um ato de mau costume permitido por lei sobre o fundamento da liberdade de pensamento? As duas respostas, hipoteticamente admitidas, perdem a razão de ser porque a pergunta padece de um vício. De fato. Sendo a obra artística um produto positivo da cultura e do espírito, não pode ser considerada como contrária aos bons costumes, esses costumes bons que provêem da atividade espiritual e que também encarnam, positivamente, determinados valores na ordem cultural. De resto, se, na lógica abstrata da inteligência, a inteligência não pode contradizer a própria inteligência, na lógica concreta dos valores, o valor não deve contradizer o próprio valor. Mesmo numa sociedade pluralista, valores diferentes devem harmonizar-se conforme o princípio de um valor maior, que se fundamenta no reconhecimento da realidade do pluralismo social. Conflitos, que haja, portanto, entre arte e bons costumes, são conflitos *aparentes* que desafiam o pensamento para distinguir entre *aparência* e *realidade,* explicando as causas do aparente e revelando a substância do real.

II

Na matéria, de que se ocupa este trabalho, os bons costumes manifestam-se pelo *pudor,* e os escritos, objetos, representações teatrais e exibições cinematográficas podem ser *obscenidades* que ofendem o *pudor.* Sem dúvida que *podem.* Mas, quando são essencialmente *obscenos,* realizam valor negativo, aparentando, à primeira vista, serem obras de arte. Bem examinados, arte não o são, porque a arte é um valor positivo. Podem até ser considerados como *abuso da arte,* mas arte não o são, pois que onde começa o abuso termina o *uso,* o *bom uso* da arte.

Que é o *pudor,* que é ofendido pelo obsceno?

O pudor é um sentimento do homem individualmente considerado. Variando, porém, de homem a homem, surge, ao projetar-se na vida social, como o sentimento comum aos que socialmente vivem. Não é o sentimento vulgar do incivil, nem a *pruderie* do afetado, nem a visão da vanguarda. É o sentimento do *bonus paterfamilias.* A vergonha, *verecundia,* diante das coisas do sexo, *pudenda.* Bem da civilização, varia no tempo e no espaço, o sentimento do pudor. Sempre existe, porém, onde quer que exista civilização, entre hindus e árabes, ou entre aqueles helenos como no mito de Acteon castigado por contemplar Diana a banhar-se (3).

Trata-se, sob o aspecto psicológico, de um *freio ou controle do instinto sexual* (4), que ao penetrar a esfera do Direito, torna-se um bem jurídico

(3) Everardo da Cunha Luna, ATO OBSCENO — I, *in* Enciclopédia Saraiva do Direito, 9, São Paulo, 1978, p. 55.

(4) Régis Jolivet, TRATADO DE FILOSOFIA — PSICOLOGIA, 2ª ed., trad. Gerardo Dantas Barreto, Rio de Janeiro, 1967, v. 2, pp. 236/7.

de natureza moral. Como bem moral, portanto, exposto fica à incerteza e à imprecisão ([5]). Acolhe-o o direito, como bem jurídico, provavelmente pela forte repulsa social que sua violação representa ([6]). E, sob o aspecto filosófico, por ser o Direito, na clássica definição, a possibilidade da moral e, por isso mesmo, também a possibilidade da imoralidade ([7]).

Que é o *obsceno,* que ofende o pudor?

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

Titular do bem jurídico violado pelo fato *obsceno* é a coletividade. Deste modo, se, com a dessuetude, o fato é consentido pela coletividade, desaperece o caráter *obsceno.* E a norma jurídica, que o proibia e o sancionava, perde o conteúdo valorativo antigo para investir-se de nova valorização, ou deixa, simplesmente de ser aplicada, ou é abolida, ou substituída por outra norma, tudo como dinamização do Direito conforme as transformações sociais.

III

Os produtos da cultura, ou seja, as obras literárias, artísticas e científicas, não devem ser apodadas de *obscenas* ([8]). Cultura é valor positivo; obscenidade é valor negativo: logo, onde existe a cultura, não existe o *obsceno.*

Uma coisa é uma obra obscena; outra, uma obra que estuda ou representa o *obsceno.* A primeira, imanente ao vício, e a segunda, ao vício transcedente. *"En effet, il faut peindre les vices tels qu'ils sont, ou ne pas les voir"* ([9]). Como, porém, viver sem *ver* o vício? Assim como, na medicina, existe a diagnose e a cura, assim também na arte e na literatura: diagnose

---

(5) "L'objet ici protegé est um sentiment des convenances à propos duquel on peut parler de morale publique, sans d'ailleurs se dissimuler ce que ces notions ont d'imprécis" (Paul Logoz, COMMENTAIRE DU CODE PENAL SUISSE, partie spéciale, Neuchâtel, 1955, v. 1, p. 350).

(6) Marcela Martinez Roaro, DELITOS SEXUAIS, 1ª ed., México, 1955, p. 252.

(7) Gustav Radbruch, FILOSOFIA DO DIREITO, parte geral, trad. de L. Cabral de Moncada, Coimbra, 1944, v. I, p. 139.

(8) Convegni di Studio "Enrico de Nicola", II, Problemi giuridici della prevenzione e della repressione in materia di spettacolo, Giuffré, 1963; Leonardo Mazz, Sulla confisca di pellicola cinematografica oscena, ARCHIVIO PENALE (nota 21), pp. 345 e s.; Pedro Carlos Narvaiz, El concepto de la obscenidad y el art. 128 del Código Penal, Revista de Derecho Penal Y Criminologia, Tucumán, 1. pp. 55 e s., 1971.

(9) Baudelaire, OEUVRES, Gallimard., 1951, p. 966.

do *mal*, do *obsceno* e culto da saúde e da beleza ([10]). Também a *arte*, que procura representar a *virtude*, pode falhar em sua representação, viciando-se, se não pela obscenidade, talvez pela hipocrisia. Como também a *arte* que, pretendendo representar um *ideal* político, desmancha-se em propaganda ([11]).

Para distinguir, nos casos sutis, os escritos e objetos *obscenos* das obras literárias e artísticas, a melhor solução nem está no critério do *homem normal* — já definido como *a pessoa na qual se combinam todas as anomalias* — nem no critério do *especialista em literatura e arte* — haja vista nos preconceitos e idiossincrasias pessoais — mas no critério da *pessoa artisticamente interessada*, conforme já decidiu o STF alemão ([12]). Ao Juiz, portanto, na apreciação dos casos concretos, o caminho de ouvir pessoas interessadas em literatura e arte, quando julgar necessário ou conveniente ouvi-las ([13]).

Autoridades administrativas também podem ouvir as pessoas artisticamente interessadas, numa atividade auxiliar da justiça. Pessoas assim interessadas, ao apreciarem escritos, objetos, representações teatrais e exibições cinematográficas que foram lançados ao grande público, além dos próprios recursos, dos recursos pessoais que participam da atividade artística, podem valer-se também da repercussão social das obras publicadas, ora apelando para o senso comum e o bom senso de quantos na sociedade tomaram conhecimento de tais obras, ora ouvindo as várias opiniões dos especialistas. Formam, as pessoas artisticamente interessadas, algo assim como um júri, um corpo de jurados que não julgam, mas que refletindo os costumes do meio social em que vivem, podem oferecer ao magistrado os fundamentos para uma acertada decisão. Pelo caminho agora indicado, que parece ser, do ponto de vista jurídico, o preferível, ganha-se uma aproximação maior entre

---

(10) "As the are in medicine the art of diagnosis and the art of cure, so in the arts, so in particular arts of poetry and of literature, there is the art of diagnosis and there is the art of cure. They call one the cult of ugliness and the other the cult of beauty. The cult of beauty is the hygiene, it is sun, air and the sea and the rain and the lake bathing. The cult of ugliness, Villon, Baudelaire, Corbière, Beardsley are diagnosis. Flaubert is diagnosis. Satire, if we are to ride this metaphor to staggers, satire is surgery, insetions and amputations. The cult of beauty and the delineation of ugliness are not in mutal opposition" (Literary Essays of Erza Pound, edited with an Introdution by T. S. Eliot, Faber and Faber, London, 1974, p. 45). Tudo está em não confundir a apresentação do obsceno como o obsceno representado.

(11) Sobre *literatura comprometida* ou *engagée* e *literatura planificada* ou *dirigida*, consulte-se Vitor Manuel de Aguiar Silva, TEORIA DA LITERATURA, São Paulo, 1976, pp. 129-38.

(12) Ernst Buchholz, CUANDO ES DESHONESTO EL ARTE?, *in* Sexualidad y Crimen, versión de la 3ª ed. alemana por Enrique Gimbernat, Madrid, 1969, pp. 325-54.

(13) Everardo da Cunha Luna, ESCRITO OU OBJETO OBSCENO, *in* Enciclopédia Saraiva do Direito, 33, São Paulo, 1979, pp. 144 a 145.

a arte e a literatura, de um lado, e o público a que estão destinadas, de outro. Vantagem para os escritores e os artistas pela penetração mais profunda no mundo dos leitores e apreciadores da arte. E vantagem para os leitores e apreciadores pela participação mais ativa nos trabalhos de criação artística e literária.

Quando a obscenidade da obra é facilmente percebida, dificuldades não existem para o juiz. O problema surge nos casos duvidosos, ou que exigem uma sutil penetração. Às vezes o que aparece, à primeira vista, como *obsceno*, pertence à própria essência da arte, é substância da obra artística. Às vezes, em determinada obra, surge esse ou aquele tópico obsceno, sem valor artístico, assim como um quisto que deveria ser evitado ou extirpado. Tópicos *obscenos*, contudo, não implicam, necessariamente, um juízo desvalorativo para a obra observada em seu conjunto, vista como um todo, do mesmo modo que tópicos apoéticos ou antipoéticos, defeitos que são quando no corpo de um poema, em que pese diminuírem o valor artístico da obra, não podem fundamentar uma crítica artística desfavorável da obra em sua inteireza. Às vezes, pesa a dúvida sobre o caráter obsceno, e, com o peso da dúvida, paira a aprovação da obra.

Pelo conjunto das considerações que acabam de ser feitas, está implícito que a *censura* não é o melhor caminho no combate à obscenidade. "Tanto a censura como a liberdade de imprensa colocam a verdade em perigo. O problema está em saber qual o caminho mais digno e próprio do homem. Esse caminho é o da liberdade" ([14]). Observe-se que a *censura*, por constituir, de regra, um juízo prévio sobre as obras submetidas, tem o poder de impedir-lhes a publicação. Deste modo, veja-se: cria-se, para as pessoas que fazem a *censura*, *um direito à verdade*. Ora, um *direito à verdade*, abstratamente considerado, é incompatível com a liberdade, sem a qual o espírito fenece. Não é que se estabeleça uma antinomia entre a verdade e a liberdade. Ao contrário. Pela liberdade, com ou sem perigo, chega-se à verdade, e a presente afirmativa mais expressiva se torna quando se deparam problemas complexos em que a verdade, apesar de ser sempre *uma*, só se deixa revelar pela mais ampla e aprofundada discussão, por essa discussão pública e objetiva que a melhor das *censuras* jamais pode alcançar.

IV

Obras inequivocamente obscenas, sejam escritos, objetos, representações teatrais e exibições cinematográficas, podem ser descriminalizadas, isto é, podem perder o caráter de crime. Essa descriminalização pode resultar de ato legislativo, de ato interpretativo do juiz e *de fato*. No mundo moderno existe uma tendência para descriminalizar a pornografia. Essa tendência, porém, não deve ser interpretada, de modo absoluto, como um sintoma de decadência moral da sociedade. E isto porque pode valer, positivamente, como arma contra a própria decadência moral: a pornografia,

(14) Karl Jaspers, INTRODUÇÃO AO PENSAMENTO FILOSÓFICO, trad. Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota, 2ª ed., São Paulo, 1965, p. 103.

uma vez livre, cansa, esgota-se. Em favor da última interpretação, pode-se lembrar o interesse, no mundo moderno, para proteger, de modo especial, a personalidade moral dos menores.

Uma vez descriminalizada, a pornografia não perde, *ipso facto*, o seu caráter desvalorativo. Continua sendo pornografia, mal do homem e da sociedade, razão pela qual deve ser combatida pela administração pública. O combate pode ser feito através de sanções administrativas, como a multa e a destruição do material pornográfico. Pode, igualmente, ser feito mais brandamente, o que o torna provavelmente mais eficaz, através de limitações de lugar e de tempo. Assim, por exemplo, uma película pornográfica só pode ser exibida em determinado lugar e em determinada hora. Dando-se à obra pornográfica um certo caráter privado ou particular, resguarda-se o pudor público e, principalmente, a formação moral da juventude. No combate à pornografia, pela apreensão e destruição de material pornográfico, deve-se ressalvar a possibilidade de conservação, pelo poder público, de parte desse material, para o atendimento de fins culturais, como pesquisas científicas, históricas, sociais etc.

Por último, pode-se indagar sobre a conveniência da descriminalização da pornografia no Brasil. *De fato*, essa descriminalização vem existindo. E contra fatos não há argumentos. Quanto à descriminalização, por ato legislativo, a conveniência não é defensável, porque a incriminação do fato pornográfico, num país que ainda não alcançou o amadurecimento cultural e de civilização, pode valer como medida preventiva de caráter geral. Como medida de contenção, o que representa muito. (*)

(*) A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 5º, IX, proíbe a censura ou licença, considerando livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, tese fundamental do presente trabalho. Se houver abuso da liberdade, o autor responderá, de uma forma ou de outra, pelo abuso praticado. O julgador, ao investigar a responsabilidade do autor, deve levar em conta, para firmar a sua convicção, o critério da *pessoa artisticamente interessada*, a que alude o texto do trabalho acima redigido.

No art. 220, § 3º, a Constituição assim se expressa: "Compete à lei federal — I — regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada", o que corresponde ao que está escrito no texto deste trabalho. O combate pode, igualmente, ser feito mais brandamente, o que torna mais eficaz, através de limitações de lugar e de tempo. Assim, por exemplo, uma película pornográfica só pode ser exibida em determinado lugar e em determinada hora. Dando-se, à obra pornográfica, um certo caráter privado ou particular, resguardar-se-á o pudor público e, principalmente, a formação moral da juventude. Desse modo, o art. 233 e seu parágrafo único, do Código Penal, deve ser interpretado de acordo com as normas constitucionais citadas acima, bem como com as normas contidas nos arts. 5º, § 2º, e 205 a 230 da nova Constituição. A disciplina legal da arte e do obsceno está contida, no anteprojeto do Código Penal, Parte Especial, no art. 251 e seu parágrafo único, I e II.

E não esquecer que *as publicações de caráter obsceno constituem uma espécie menor, porém bastante prejudicial, do terrismo* (Dicionário de Borges, o Borges oral, o Borges das declarações e das polêmicas, Carlos R. Storini, tradução de Vera Mourão, Rio de Janeiro, 1990, p. 157).