

A CRIMINALIZAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA: ANÁLISE DO CASO GERALD THOMAS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

THE CRIMINALIZATION OF FREEDOM OF ARTISTIC EXPRESSION: ANALYSIS OF GERALD THOMAS CASE IN THE FEDERAL SUPREME COURT

RODRIGO VIEIRA COSTA

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Professor de Direito Público da Universidade Federal Rural do Semi-Árido em Mossoró (UFERSA). Vice-Coordenador do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal Rural do Semi-Árido (UFERSA). Pesquisador-Líder do DigiCult - Estudos e Pesquisas em Direito Digital e Direitos Culturais.

GARDEL IGOR GUIMARÃES CHAVES

Graduando em Direito pela Universidade Federal Rural do Semi-Árido; Diretor da administração financeira da Empresa Júnior ÁGORA - Consultoria Jurídica; Bolsista voluntário de iniciação científica e membro do DiGiCULT - Estudos e Pesquisa em Direito Digital e Direitos Culturais; Estagiário na Procuradoria Federal junto à UFERSA

RESUMO

O artigo descritivo-exploratório tem o escopo de analisar o *Habeas Corpus* 83.996-7 RJ, impetrado pelo diretor de teatro Gerald Thomas que foi denunciado por supostamente ter praticado ato obsceno após peça teatral, violando o artigo 233 do Código Penal. Os gestos criminalizados foram a simulação de masturbação e a exposição de nádegas em despeito à atitude do público que vaiou não só o trabalho do artista, mas também o insultou com referências antissemitas de caráter pessoal. A peça teatral em questão continha cenas de simulação de masturbação feminina e consumo de substâncias entorpecentes, portanto, o assunto foi levado ao Supremo Tribunal Federal para trancamento da ação penal por justa causa, haja vista a não violação de pudor desse público. Ao final, *habeas corpus* foi deferido, com interessante argumentação de Ministros do Supremo que invocaram julgados do período ditatorial para endossar a tese da concessão da liberdade. Nesse sentido, o caso será analisado sob o aspecto constitucional da liberdade de expressão artística, buscando entender a relação entre os julgados apresentados do período de exceção em relação ao atual Estado Democrático de Direito na consolidação do entendimento de que arte não é caso de polícia. Em conclusão, este trabalho não tem pretensão de exaurir o tema da expressão artística e seus limites jurídicos, mas discutir sobre a tipificação da conduta do diretor e o contexto democrático em que a liberdade de expressão artística é direito fundamental.

Palavras-chave: Liberdade de expressão artística; criminalização da arte; ato obsceno; Gerald Thomas.

ABSTRACT

This descriptive-exploratory article has the scope to analyze *Habeas Corpus* 83.996-7 RJ, which was submitted by Gerald Thomas, who was accused of performing an obscene act after a play, violating the Article 233 of the Brazilian Penal Code. The criminalized gestures were a simulation of masturbation and the exposure of his gluteal muscles, in spite of the attitude of the public that boasted not only the performer's presentation, but also insulted him with personal anti-Semitic references. That play contained scenes of female masturbation simulation and narcotics consumption, so the topic was taken to the Federal Supreme Court to halt the criminal suit for just cause, given the non-violation of decency of that audience. In the end, *habeas corpus* was granted, with interesting arguments from Supreme Ministers who invoked judgments of the dictatorial time to endorse their thesis of granting freedom. In this sense, this case will be analyzed under the constitutional aspect of artistic expression, trying to understand the relationship between the judged ones from the time of exception in relation to the present Democratic State of Law, in the consolidation of the understanding that art is not a police case. In conclusion, this work does not intend to exhaust the role of the artistic expression and its legal boundaries, but to discuss the typification of the director's posture and the democratic context in which freedom of artistic expression is a fundamental right.

Key words: Freedom of artistic expression, criminalization of art, obscene act, Gerald Thomas case.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 TRISTÃO E ISOLDA COMO CASO DE POLÍCIA; 2 O *HABEAS CORPUS* Nº 83.996-7 RJ; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

A possibilidade de se expressar sem qualquer forma de censura ou coação estatal é direito fundamental presente na Constituição Federal de 1988. A atual Constituição pôs fim ao Regime Civil-Militar que durou duas décadas em nosso país, e desatou o momento de um Estado Democrático com a garantia de direitos fundamentais, dedicando rol não taxativo e peremptório. Entre os direitos fundamentais elencados no artigo 5º da Constituição Federal de 1988 está a liberdade de expressão.

Esse direito, por se difundir entre as atividades intelectuais, artísticas, científicas e de comunicação, transcende a um conceito simples. Em verdade, essa liberdade é melhor compreendida como o complexo que envolve diversos direitos que resguardem pessoas que produzem, publicam, difundem conteúdo fruto de seu intelecto, arte, ciência e comunicação.

No entanto, esses direitos devem respeitar a integralidade do ordenamento jurídico que, enquanto princípio constitucional, deve adaptar-se às mais diversas situações concretas. A harmonia da doutrina e jurisprudência deve estar de acordo com esses princípios para que as liberdades sejam amparadas sem que haja violações de direitos, como no clássico Caso Ellwanger (HC 82.424-RS¹), limitando o conteúdo antissemita de publicações em favor do princípio da dignidade da pessoa humana.

Em que pese a hierarquia axiológica que os constitucionalistas atribuem às normas da Constituição Federal de 1988, há conflitos em casos concretos nos quais a liberdade de expressão artística choca-se com outros valores protegidos igualmente não apenas pelas normas constitucionais, mas também disciplinados pela legislação infraconstitucional.

Nesse sentido, o artigo tem o escopo de analisar o caso Gerald Thomas que tramitou no Supremo Tribunal Federal. Precedente relevante sobre liberdade de expressão artística no Brasil

¹ *Habeas corpus* impetrado perante o Supremo Tribunal Federal, tendo por paciente escritor que editou obras de conteúdo antissemita, o que ocasionou sua condenação por incitação ao racismo. O impetrante defendeu que não era possível atribuir a imprescritibilidade da conduta pelo fato de os judeus não serem uma raça. Entendeu o STF que na construção jurídica do termo racismo conjugam-se fatores políticos, históricos e sociais. O HC foi indeferido, pelo caráter não absoluto da liberdade de expressão ante a dignidade da pessoa humana.

para a jurisprudência dos direitos culturais na Corte Constitucional, o caso trata de *habeas corpus* do diretor de teatro Gerald Thomas que foi denunciado por supostamente ter praticado ato obsceno após peça teatral, violando o artigo 233 do Código Penal.

No caso que será à frente explanado, é levantada a questão da moralidade pública pela condenação daqueles que presenciaram a atitude do diretor de teatro Gerald Thomas. Um tipo penal foi apontado para a situação sobre a compreensão de violação do pudor público em ambiente exposto ao público.

O caso será analisado sob o aspecto constitucional da liberdade de expressão artística, buscando compreender a relação paradoxal entre os julgados apresentados do período de exceção, argumentação de Ministros do Supremo que invocaram precedentes do período ditatorial para endossar a tese da concessão da liberdade, em relação ao atual Estado Democrático de Direito na consolidação do entendimento de que arte não é caso de polícia.

1 TRISTÃO E ISOLDA COMO CASO DE POLÍCIA

No dia 17 de agosto de 2003, por volta das duas horas da manhã, no Teatro Municipal do Rio de Janeiro, localizado na Avenida Rio Branco, o diretor teatral Gerald Thomas fez apresentações, cujo tema seria uma adaptação da peça Tristão e Isolda sob uma visão freudiana, com diversas cenas no que seria o escritório do psicanalista.

No entanto, a apresentação não agradou ao público. A plateia carioca respondeu com insatisfação, com difamações, inclusive direcionadas à pessoa do diretor (UOL, 2003). Ainda na entrevista citada (UOL, 2003), o artista afirmou que a vaia foi programada por grupos, aos quais se referiu como fascistas.

Ao final da apresentação da peça, momento em que ocorreu a manifestação da plateia, Gerald Thomas fez gestos de masturbação como forma de mostrar seu deleite com as vaias. Percebeu que o grupo agitador, que, segundo o diretor, teria organizado previamente apitos para ofender, emitiam declarações antissemitas em nítida ofensa pessoal. De descendência judia, Gerald Thomas não ponderou na situação, culminando no arremesso de suas calças e exibição de suas nádegas ao público².

² Conforme artigo no The New York Times (ROTHER, 2003): "So Mr. Thomas responded in a way that many artists who feel misunderstood or unappreciated have undoubtedly dreamed of. As his leading lady looked

Em que pese a situação ter ocorrido por volta das duas da manhã, e que na própria peça havia cenas de masturbação e consumo de entorpecentes, o ato ofendeu boa parte dos presentes. Em decorrência do fato, o chefe da Polícia Civil do Rio de Janeiro determinou que se abrisse inquérito policial para apreciação do caso, cuja decorrência foi responsabilizar a atitude do diretor, encarando-a como ato obsceno, de acordo com o artigo 233 do Código Penal³.

Conforme notícia da Revista Época (TRAUMANN, 2003), o diretor em questão havia distorcido a obra de Richard Wagner, algo aceitável quando se trata de uma releitura adaptada, sendo que essa contava com cenas de masturbação feminina e uso de cocaína. Notoriamente, houve alteração de alguns elementos da peça original, o que, supostamente, não teria agradado o público.

Todavia, na mesma matéria da revista acima (TRAUMANN, 2003), após Gerald Thomas se retratar do acontecido, a peça foi ovacionada com aplausos, e o diretor não apareceu. Ou seja, a margem para a ofensa ao pudor é questionável, haja vista que a mesma apresentação continha elementos que, por si só, não ensejariam qualquer questionamento moral.

Em que pese o comportamento do diretor, que supostamente foi o suficiente para o enquadramento penal como ato obsceno, o fato ocorreu em um ambiente fechado, em alta madrugada, com pagantes que sabiam do teor do espetáculo e, portanto, concordaram com o que ali seria exposto. Foi apresentada cena de masturbação feminina e consumo de substância ilícita, bem como a expressão de revolta por parte do diretor (TRAUMANN, 2003). Esse, por estar em ambiente artístico, expôs sua insatisfação à reação do público.

2 O *HABEAS CORPUS* Nº 83.996-7 RJ

O caso Gerald Thomas chegou até o Supremo Tribunal Federal na forma de *Habeas Corpus* (HC), na data de 17 de agosto de 2004, sob o número 83.996-7/RJ. Esse HC foi impetrado contra a decisão da Turma Recursal do Rio de Janeiro, e teve como relator originário o Ministro Carlos Velloso e, em situação de Acórdão, o Ministro Gilmar Mendes⁴.

on with a horrified expression, he turned his back, dropped his pants and green drawers and mooned the audience.”

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

⁴ O *habeas corpus* impetrado visava trancamento de ação penal contra Gerald Thomas, em face de decisão da Segunda Turma Recursal do Juizado Especial do Rio de Janeiro.

O Ministro Carlos Velloso introduziu a relatoria explanando a aplicação do dispositivo em favor do paciente Gerald Thomas. O HC citado continha em sua ementa a argumentação de que não seria possível, nem razoável, o impedimento do processo penal por conta da tipicidade do caso em discussão, pois não se verificava a inocência, a conduta atípica ou a extinção de punibilidade.

Ainda nesse sentido, dizia a ementa de indeferimento que a apreciação necessitaria de oitiva de testemunhas e apuração de provas de violação do bem jurídico protegido, o qual seria o pudor público. A impetração defendeu a tese de inépcia da denúncia por fundamentos de atipicidade, relatividade e ausência de conotação sexual.

No que se refere à atipicidade, entendeu a impetração que é preciso ter em vista o local e circunstâncias em que ocorreu o fato jurídico. Não obstante o ato de apresentar as nádegas em público ser aviltante, a atitude se deu ainda em meio ao ambiente de espetáculo e unicamente em resposta à manifestação do público.

Quanto à relatividade do conceito de pudor público, é preciso levar em consideração o que era entendido como pudor em um teatro que acabara de exibir uma peça com cenas de masturbação e que os que assistiam tinham consciência do ambiente em que estavam, bem como em relação ao pudor atualmente, em que o pudor defendido na época do advento do Código Penal diverge dos padrões aceitáveis à época do fato.

Outro forte argumento para a descontinuidade do processo penal foi a alegação de ausência de qualquer conotação sexual do ato. Não almejava o diretor, ao momento, atingir sexualmente o público que o assistia, mas seria meramente o manifesto desprezo em proporção não comedida, sendo, portanto, no máximo uma injúria gestual.

Após a apreciação dos argumentos, o Ministro Carlos Velloso concedeu a liminar de suspensão do curso da ação até o fim do julgamento. Foi apresentado Parecer Ministerial da Subprocuradora-Geral da República Delza Curvello, mas não digitalizado pelo Supremo Tribunal Federal.

O parecer ministerial apreciado entendeu que a conduta do agente era típica, cabendo a verificação da inocência do diretor, com revolvimento de provas, não cabendo o *Habeas Corpus* nessa situação. O Ministério Público Federal defendeu que os presentes ao espetáculo tinham direito a aplaudir ou vaiar, conforme a comoção gerada e que caberia ao diretor a devida resignação pela atitude do público.

O parecer, para embasar sua tese, traz as considerações do Ministro Barros Monteiro, no Recurso de *Habeas Corpus* nº 50.828/GB⁵, com acórdão datado de 12 de março e publicado em 04 de abril do ano de 1973, ou seja, em pleno Regime Militar. A citação usada no parecer começa com a apresentação pelo Ministro sobre o entrelaçamento de opiniões entre o Diretor da Divisão de Censura e a impetrante.

Ainda sobre o RHC nº 50.828/GB, foi aduzido que não era necessário o dolo específico de afrontar ao pudor para configuração do delito, mas tão somente a mera vontade de praticar o ato que é sabido obsceno e do local público em que ocorra. Nesse sentido também foi trazida à arguição a figura do *homo medius*, que seria aquele sem paixões extremadas que percebesse o grau lesivo à moral de situações como a do *Habeas Corpus*. O homem médio seria, nas palavras do Ministro Barros Monteiro “a força que dá conteúdo à norma”.

De volta ao caso Gerald Thomas, o relator Ministro Carlos Velloso embasou seu entendimento na jurisprudência consolidada do STF. Esse entendimento é o de necessidade de análise probatória, caso se caracterize minimamente o tipo penal e quando não há indícios de inocência do agente para trancamento da ação por justa causa.

Apresentou o RHC 56.693/DF⁶, Relator Ministro Moreira Alves, em que não seria idôneo o instrumento de *habeas corpus* quando a conduta se configurasse, em tese, crime. Nesse mesmo sentido, o RHC 61.145/SP⁷, Relator Ministro Néri da Silveira, indeferido por falta de justa causa, cabendo necessária apreciação de provas. E também, no HC 72.731/SP⁸, de relatoria do próprio

⁵ A impetrante, modelo e desenhista de modas, apontou como autoridade coatora o Diretor da Divisão de Censura e Diversões da Secretaria de Segurança Pública do Rio de Janeiro. A paciente buscou assegurar o direito de frequentar as praias cariocas sem a parte superior de seu traje de banho, na prática de *topless*, sem que fosse “molestada pela polícia”. O direito defendido pela Suprema Corte foi o da *privacy* do cidadão e do sentimento de moralidade pública, não cabendo sequer qualquer alegação de autoridade coatora, já que não foi procedente o pedido. Não caberia, portanto, HC nessa situação, pois serviria apenas para proteção da liberdade de locomoção ameaçada por meio idôneo e direto, e não para defesa de ato criminoso ou moralmente reprovável, segundo consta.

⁶ Impetrado em 1978, foi indeferido, pois houve o devido enquadramento como crime do artigo 177 do Código Penal. Nesse sentido, por haver dúvida quanto à inocência, foi necessário vista às provas do processo. Foi interposto recurso, mas outra vez foi indeferido, pois o pagamento por meio de cheques sem fundos, em tese é crime, para além disso, foi necessária a apreciação do material probatório.

⁷ Impetrado em 1983. Esse Recurso de *Habeas Corpus* foi negado por só se apurar o que corresponde à não incumbência do Supremo Tribunal Federal em analisar provas, tendo em vista que o mecanismo do HC não enseja esse exame probatório. Mais uma vez o argumento foi o de que somente é possível analisar a recusa de tipificação do caso previsto no art. 171, caput, do Código Penal após a aferição das provas.

⁸ Em 31 de outubro de 1995, foi indeferido o HC cujo paciente era o então prefeito da cidade de São Paulo, por crime contra honra praticado mediante declarações vinculadas na imprensa. O pedido foi de ausência de justa causa da ação. O Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro fez ligação ao prefeito de São Paulo com esquema de corrupção, inclusive o relacionando à figura de Fernando Collor, então presidente. O pedido foi de deferimento do HC por abuso de autoridade e coação pelo cargo, em notória

Ministro Carlos Velloso, sem olvidar a exposição necessária para identificar o fato como crime, conforme art. 41 do Código de Processo Penal.

O relator também cita Nelson Hungria, no sentido de que, para ilustrar a configuração do crime, não necessita o intuito de despertar a lascívia alheia ou mesmo a expansão erótica, mas unicamente com o intuito do ato, sem intuito de lubricidade. O autor também aduziu que, por se tratar de crime de perigo abstrato, basta a possibilidade de ofensa ao pudor.

O Ministro Carlos Velloso entendeu que houve uma evolução cultural, cuja nudez humana é apresentada com certa constância nos mais diversos meios de comunicação, sem que seja considerada ofensiva. No entanto, em que pese a ação ter ocorrido em alta madrugada para um seletor público disposto a ver a peça e seu conteúdo, não apreciou acertado deferir o trancamento da ação penal, sem instrução probatória, a fim de verificar a ofensa ao pudor.

Nesse sentido, o relator entendeu por indeferir o *habeas corpus* conforme voto do condutor do acórdão da Primeira Turma Recursal Criminal do Juizado Especial Criminal do Rio de Janeiro. É dizer, carecia o pedido de verificação dos elementos subjetivos e de violação do bem jurídico com a oitiva de testemunhas e material probatório para concluir pela tipicidade ou não da conduta.

A medida liminar foi indeferida. No entanto, após sustentação oral do Advogado Sr. Rodrigo Ferrante Peres, o ministro relator aditou o voto e cassou a ordem que indeferia a medida liminar. Após essa movimentação, o Ministro Gilmar Mendes pediu vista, propondo a renovação do pedido de vista por novo prazo, conforme Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Em 17 de agosto de 2004, o voto vista do Ministro Gilmar Mendes é introduzido com a afirmação de que a conduta do agente, pelo menos em tese, se ajusta ao tipo penal do artigo 233. No entanto, o Ministro divergiu com o relator, não entendendo a conduta do diretor, na hipótese, como o crime da denúncia.

O ministro Gilmar Mendes declarou que a conduta, ainda que deseducada, é um protesto, ou reação contra a manifestação do público. Como endosso, apresentou parte da impetração em que um jornal vinculou a notícia de que o diretor “para mostrar desprezo, fingiu que se masturbava”.

Para além disso, também levantou que o gesto não estava totalmente fora de contexto da própria proposta do espetáculo. Para isso, trouxe excerto da impetração que tratava de artigo

atitude difamatória de Paulo Maluf. Mais uma vez, a aferição de justa causa da ação só será possível com apreciação das provas que é feita em processo penal, não cabendo o trancamento da ação por esse meio.

do jornalista Arnaldo Bloch, que comentou sobre a masturbação da mulher no divã, ainda no primeiro ato, e, no entanto, não houve qualquer manifestação por parte da plateia acusando a cena de ato obsceno.

Continuou o ministro afirmando que a discussão não se tratava de ofensa ao pudor, por se tratar de ambiente com público adulto que sabiam o que encontrariam no Teatro Municipal, mas sobre liberdade de expressão, mesmo que sem educação. Ou seja, para aferição dessas situações artísticas há a crítica e não a seara penal.

Invocou também obra de sua autoria em que, acertadamente, discorria sobre o papel legislativo no Estado de Direito democrático. Entendeu pela tese de que a lei deve incidir minimamente na vida em âmbito social e nos direitos fundamentais, sob pena de incorrer em abuso do Poder Legislativo. Em verdade, se a mínima intervenção do legislativo se deve no âmbito civil, ainda maior é sua razão de ser na esfera criminal.

Em reforço a sua tese, Gilmar Mendes ainda trouxe decisão, datada de 1º de outubro de 1968, da Segunda Turma do Egrégio Tribunal, de acórdão do Ministro Eliomar Baleeiro. Versa a decisão que, em que pese o direito à livre manifestação do pensamento, esse não será excluído de punição.

À época, na Ditadura militar, entendeu o Ministro Eliomar Baleeiro que na situação de conceituação do que seria obsceno, ilegal ou afrontoso aos bons costumes, deveria a autoridade invocar o homem médio de seu tempo e esse seria parâmetro para exame da obra em discussão. Conteúdos obscenos ou chocantes, por exemplo, deveriam passar pelo crivo especializado, mas não deveriam ser absolutamente vedados aos adultos interessados.

Ressaltou ainda que obsceno e imoral seriam conceitos relativos ao local de um ato e de sua época. Atitudes antes repudiadas são paulatinamente aceitas. Diversas atitudes, como o uso de peças de banho menores, por exemplo, foram sendo progressivamente toleradas.

Em arremate, o Ministro entendeu pela não configuração dos elementos necessários a ato obsceno. Poder-se-ia, no entanto, ser caracterizado como injúria, contudo, não haveria agente passivo determinado e demandaria a propositura de queixa-crime. Dessa feita, votou pelo deferimento da ordem de trancamento da ação penal.

Nesse caso, é notória a contradição do uso de jurisprudência de um regime cessado para endosso do voto do Ministro. Os anos de regime ditatorial que assolaram o Brasil, Estado Novo (1937-1946) e Ditadura Militar (1964-1985), foram períodos de restrição dos direitos fundamentais, em especial à liberdade de expressão, inclusive pelas vias legais.

Nesse sentido, a Lei de Imprensa⁹ regulou as informações que seriam difundidas nos meios de comunicação. Em seguida, com o endurecimento da Ditadura, entrou em vigência o Decreto-Lei nº 1.077¹⁰, que dispunha sobre a execução do artigo 153, § 8º da então Constituição de 1967¹¹, já após o Ato Institucional nº 5¹², cartada do governo ao perceber a derrota dos apoiadores do regime em Estados importantes.

Os artistas do período ditatorial eram perseguidos e seus trabalhos eram censurados. A repressão moral no âmbito das artes e política no meio jornalístico tinha intuito de impedir que “manifestações subversivas”, como assim ficaram conhecidas, chegassem ao grande público.

Assim, é no mínimo curiosa a aplicação de precedentes superados não somente pelo novo regime democrático que ascendeu, mas pelo novo entendimento de moralidade que à época já era compreendido. O voto do Ministro Gilmar Mendes apresenta-se como um entendimento válido, mas com fundamentação questionável, pois essa decisão (até vanguardista) está arraigada a entendimentos de um passado nada protetivo à liberdade de expressão artística, temática que encabeçou sua defesa.

Após o voto de Gilmar Mendes, o ministro Carlos Velloso manteve o voto desfavorável ao trancamento, pois entendeu que não poderia ser apurada a questão pela via estreita do instrumento usado. A ministra Ellen Gracie entendeu pela manutenção do voto de indeferimento, mas concordando genericamente com a exposição do Ministro Gilmar Mendes.

Em suma, a turma, em 17 de agosto de 2004, deferiu o pedido de *habeas corpus*, determinando, em consequência, o trancamento da ação penal, haja vista a situação de empate. Ministros Carlos Velloso e Ellen Gracie votaram contrários e Ministros Gilmar Mendes e Celso de

⁹ Lei nº 5.250, elaborada durante o governo de Castello Branco, que regulava a manifestação de pensamento e a difusão de informações que o regime ditatorial julgava subversivas, bem como manifestações que ferissem a moral e bons costumes.

¹⁰ De impacto específico, esse Decreto-Lei, logo em seu artigo 1º, dispunha que não seriam toleradas as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes quaisquer que fossem os meios de comunicação.

¹¹ “Artigo 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 8º É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica, bem como a prestação de informação independentemente de censura, 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.”.

¹² Previa a suspensão de direitos políticos pelo prazo de 10 anos, bem como a possibilidade de cassação de mandatos eletivos, fossem eles federais, estaduais ou municipais.

Mello foram favoráveis, então, conforme Regimento Interno, em caso de empate, a decisão será a favorável ao paciente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em que pese os votos contrários ao deferimento do trancamento da ação penal, há de se destacar o exacerbado uso da esfera penal em uma situação delicada que poderia caracterizar um desestímulo estatal à continuação do espetáculo. O diretor, enquanto suposto agente de delito, estava sendo reprimido por um gesto que representava senão uma desaprovação mal-educada e desapropriada.

Ademais, seria possível que a desaprovação da plateia, por si só, ensejasse a ofensa ao pudor de um público que acabara de contemplar uma apresentação em que houve simulação de masturbação e consumo de entorpecentes? A plateia era composta por adultos, durante a madrugada, que consentiram com a proposta do espetáculo. Nesse sentido, não se concebe alegação de ofensa ao pudor dos presentes, tampouco tipificar como injúria, por não haver agente passivo definido.

O relatório do *habeas corpus*, em cujo trabalho foi assentado, abre margem para uma discussão interessante a respeito da aplicação de precedentes do regime ditatorial no Brasil, entre os anos de 1964 e 1985, a uma situação artística ocorrida já em plena vigência da Constituição de 1988, nos anos 2000, em um ambiente democrático. Portanto, a referência a julgados dessa época como esteio para defesa da liberdade de expressão artística é, no mínimo, paradoxal.

Assim sendo, em tese, é interessante afirmar que, no período ditatorial, essa peça teatral sequer seria realizada. A perseguição do governo não permitiria que uma manifestação que contivesse masturbação feminina e uso de substâncias ilícitas acontecesse. Os argumentos seriam justamente a defesa da moral e dos bons costumes em prol da manutenção da situação ditatorial.

O Ministro Gilmar Mendes, acertadamente, entendeu pela desnecessidade da ingerência legal ao ato de simples revide em meio artístico. Para fins de punição idônea já havia a crítica técnica que se encarregaria de uma sanção à altura, se fosse o caso. Em síntese, se tratando de liberdade de expressão artística, o direito penal deve ser a última instância a ser acionado do poder estatal.

Invocar o poder estatal no sentido de criminalizar atos conexos a apresentações artísticas é, no mínimo, desarrazoado, e permite que a sombra do passado repressor se assente novamente.

Destarte, o Judiciário tem papel fundamental na ponderação dos direitos e preservação da liberdade de expressão artística.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Ato Institucional nº 5**, de 13 de dezembro de 1968. São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições Estaduais; O Presidente da República poderá decretar a intervenção nos estados e municípios, sem as limitações previstas na Constituição, suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais, e dá outras providências. Brasília, DF, 1968. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm. Acesso em: 08.04.2019.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 08.04.2019.

_____. Decreto-Lei nº 2,848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Rio de Janeiro, RJ, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 08.04.2019.

_____. **Decreto-Lei nº 1.077**, de 26 de janeiro de 1970. Dispõe sobre a execução do artigo 153, § 8º, parte final, da Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 1968. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del1077.htm. Acesso em: 08.04.2019.

_____. Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967. **Lei de Imprensa**. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação.

_____. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). **Recurso de Habeas Corpus nº 50.828-GB**. Direito que se invoca, em *habeas corpus*, ao desnudamento total de busto feminino nas praias. O que a lei tutela, no crime definido no art. 233 do Código Penal, é o pudor coletivo, objetivamente considerado, pouco importando a concepção pessoal do agente a respeito da obscenidade da ação que praticou ou pretende praticar. Compete à autoridade pública aferir o sentimento médio de pudor coletivo e fazê-lo respeitado através do seu poder de polícia. Recurso ordinário desprovido. Relator Ministro Raphael de Barros Monteiro. Julgado em: 12.03.1973, publicado em 04.04.1973, RTJ-65/97. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=94237>. Acesso em: 08.04.2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). **Recurso de Habeas Corpus nº 56.693-DF**. Trancamento de ação penal por falta de justa causa. Se o fato descrito na denúncia constitui crime em tese, não é o *habeas corpus* meio idôneo para trancar-se a ação penal por falta de justa causa que só poderia ser apurada pelo exame aprofundado da prova. Recurso ordinário a que se nega provimento. Relator Ministro Moreira Alves. Julgado em: 14.11.1978, DJ de 11.12.1978. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=97005>. Acesso em: 08.04.2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. (2ª Turma). *Habeas Corpus* nº 72.731-0-SP. Penal. Processual Penal. *Habeas corpus*. Denúncia. Ação Penal. Trancamento. Impossibilidade. Lei 5.250/67, arts. 21 e 22, CC, art. 23, II. Denúncia que atende aos requisitos do art. 41 do CPP. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que não se tranca a ação penal se a conduta descrita na denúncia configura, em tese, crime. H.C. indeferido. Relator Ministro Carlos Velloso. Julgado em: 31.10.1995, DJ de 25.08.2000. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73985>. Acesso em: 08.04.2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). *Habeas Corpus* nº 82.424-2-RS. Publicação de livros: antissemitismo. Racismo. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência constitucional. Liberdade de expressão. Limites. Ordem denegada. Relator Ministro Moreira Alves. Julgado em: 17.09.2003, DJ de 19.03.2004, RTJ-188/195. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em: 08.04.2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 83.996-7-RJ. Ato obsceno (art. 233 do Código Penal). Simulação de masturbação e exibição das nádegas, após o término de peça teatral, em reação a vaias do público. Discussão sobre a caracterização da ofensa ao pudor público. Não se pode olvidar o contexto em se verificou o ato incriminado. O exame objetivo do caso concreto demonstra que a discussão está integralmente inserida no contexto da liberdade de expressão, ainda que inadequada e deseducada. A sociedade moderna dispõe de mecanismos próprios e adequados, como a própria crítica, para esse tipo de situação, dispensando-se o enquadramento penal. Empate na decisão. Deferimento da ordem para trancar a ação penal. Ressalva dos votos dos Ministros Carlos Velloso e Ellen Gracie, que defendiam que a questão não pode ser resolvida na via estreita do *habeas corpus*. Relator Ministro Carlos Velloso. Julgado em: 17.08.2004, DJ de 26.08.2005, RTJ-194/03. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/620_Gerald%20Thomas.PDF. Acesso em: 08.04.2019.

BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão, direito à informação e banimento da publicidade de cigarro. *Revista de Direito Administrativo*. v. 224, ano 2001, p. 31-50.

_____. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil. *Revista de Direito Administrativo*. v. 235, ano 2004, p. 1-36.

PEREIRA, Cristiano Padial Fogaça. A liberdade artística é “sagrada”? Uma análise acerca dos limites da liberdade de expressão artística. *Revista Eletrônica de Direito*. v. 32, ano 2017, p. 59-75.

ROHTER, Larry. The Case of the Operatic Moon; In Rio, a Drawer-Dropping Director Is Due in Court. *The New York Times*. 11.10.2003. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2003/11/11/arts/the-case-of-the-operatic-moon-in-rio-a-drawer-dropping-director-is-due-in-court.html>. Acesso em: 08.04.2019.

TÔRRES, Fernanda Carolina. O direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão. *Revista de Informação Legislativa*. v. 50, nº 200, ano 2013, p. 61-80. p. 62.

TRAUMANN, Thomas. Tristão, Isolda e o traseiro de Gerald - Vaias, strip-tease e grandes cantores na ópera do Rio. **Revista Época**. Ed. nº 275. 22.08.2003. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EDG59589-6011,00-TRISTAO+ISOLDA+E+O+TRASEIRO+DE+GERALD.html>>. Acesso em: 08.04.2019.

UOL, Tv. Gerald Thomas sobre "Tristão e Isolda". **Vimeo**. 2003. Postado por The Dry Opera Co., em: 11.05.2010. Disponível em: <<https://vimeo.com/11665338>>. Acesso em: 08.04.2019.