

O “Teste de Miller” como vetor de segurança jurídica à constitucionalidade do predicado de valor “obsceno”

PAULO ROBERTO SANTOS ROMERO¹

Promotor de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais

RESUMO: A presente tese tem por escopo evidenciar que os critérios estabelecidos pela Suprema Corte Norte-Americana, por meio do teste de Miller, vigente desde 1973, podem contribuir, do ponto de vista hermenêutico, ao aperfeiçoamento da jurisprudência brasileira, porquanto conferem, livres de quaisquer impedimentos normativos e a partir de argumentos racionais, segurança jurídica suficiente ao reconhecimento do “obsceno” penalmente relevante.

PALAVRAS-CHAVE: **Obsceno.** Direito Penal e Constitucional. Teste de Miller. Possibilidade de aplicação na ordem jurídica brasileira. Segurança jurídica.

SUMÁRIO: 1. Introdução (ou da colocação do problema); 2. O tratamento jurídico da obscenidade à luz da Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América do Norte; 3. Cinco razões para considerar *Miller vs. California* [413 U.S. 15 (1973)] como um contributo válido ao aperfeiçoamento da jurisprudência brasileira; 4. O teste de Miller no orbe judicante brasileiro; 5. Considerações finais e tese; 6. Referências bibliográficas.

SÍNTESE DOGMÁTICA: Porquanto já admitido pelo Supremo Tribunal Federal, o “teste de Miller” pode significar, ao menos, um aporte hermenêutico válido para o afastamento da inconstitucionalidade postulada no *leading case* consubstanciado no Recurso Extraordinário n.º 1093553/RS e que encarta o tema 989 de Repercussão Geral, em tramitação na mesma Corte.

INTRODUÇÃO (OU DA COLOCAÇÃO DO PROBLEMA)

No Supremo Tribunal Federal, tramita o Recurso Extraordinário n.º 1093553/RS², no qual consta o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul como recorrente, e como recorrido A.M. de A., assistido pela Defensoria Pública daquele mesmo ente federativo: apontado como um *leading case*, nele se discute, à luz do artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição da República, a constitucionalidade do art. 233 do Código Penal, tema a respeito do qual foi reconhecida a Repercussão Geral, conforme evidencia a seguinte ementa:

Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 233 DO CP. PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL. QUESTÃO JURÍDI-

¹ Promotor de Justiça titular da Promotoria de Justiça com atuação perante os Juizados Especiais Criminais da Comarca de Belo Horizonte. Mestre em Direito Penal pela Universidade Federal de Minas Gerais. Doutorando em Direito Penal pela mesma Instituição.

² RE 1093553/RS, Relator: Ministro LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 29 de março de 2018, Processo Eletrônico, DJe-065, Divulg.: 05-04-2018, Public.: 06-04-2018.

CA QUE TRANSCENDE O INTERESSE SUBJETIVO DA CAUSA. MANIFESTAÇÃO PELA EXISTÊNCIA DE QUESTÃO CONSTITUCIONAL E PELA REPERCUSSÃO GERAL DA MATÉRIA.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, reputou constitucional a questão. O Tribunal, por maioria, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, vencido o Ministro Edson Fachin. Não se manifestaram as Ministras Cármen Lúcia e Rosa Weber. Ministro LUIZ FUX Relator

Tema 989: Discussão sobre a constitucionalidade do art. 233 do Código Penal (Praticar ato obsceno em local público, ou aberto ou exposto ao público) por suposta afronta ao princípio da reserva legal (art. 5º, inc. XXXIX, da Constituição da República) no que se refere à taxatividade do tipo penal descrito.

Em 5 de novembro de 2019, a Procuradoria-Geral da República exarou parecer no sentido do afastamento da alegada inconstitucionalidade do art. 233 do Código Penal, ao argumento de que nele inexistia ofensa ao princípio da reserva legal por suposta indeterminação do termo “obsceno”, presente no preceito primário do tipo: ao contrário — aduz o *Parquet* —, o manejo de técnica legislativa referente à previsão de tipos abertos é plenamente aceita na doutrina e na jurisprudência e, *in casu*, consubstancia-se mediante a utilização do mencionado “elemento normativo do tipo”, necessário à efetiva tutela de bens jurídicos que não podem ficar a descoberto, por força do princípio da proibição da proteção insuficiente (cf. itens 19 a 25).

Em 11 de dezembro de 2019, o Excelentíssimo Ministro Relator admitiu o ingresso do Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher CLADEM/BRASIL e do Grupo de Atuação Estratégica das Defensorias Públicas Estaduais e do Distrito Federal nos Tribunais Superiores GAETS no feito, na qualidade de *amici curiae*.

O caso chegou a ser posto em pauta de julgamento, no ano de 2020, mas, em 10 de março de 2022, foi excluído dessa posição.

Consoante se infere do relatório acima, o que se pretende é a inaplicabilidade do artigo 233 do Código Penal, o que também repercute no artigo 234 do mesmo Código, pois no preceito primário de ambos os tipos legais consta o mesmo termo “obsceno”, supostamente indeterminável no que concerne ao seu conteúdo.

O risco do reconhecimento da alegada inconstitucionalidade é a completa impunidade penal, v.g., da prática de relações sexuais ostensivas, masturbações ultrajantes, condutas pornográficas afrontosas etc., mesmo quando perpetradas em oposição à autodeterminação sexual de pessoas que não queiram presenciá-las (adultos capazes de expressar consentimento jurídico-penal válido) ou de quem não possa ser envolvido em contextos ensejadores de contato direto com comportamento sexualmente inadequados, segundo a particular condição que ostentam (*i.e.*, crianças, adolescentes e pessoas reputadas sexualmente vulneráveis, nos termos do direito penal sexual vigente no ordenamento jurídico brasileiro). Como se vê, a questão é séria do ponto de vista jurídico-penal, além de socialmente sensível, pois não está tão-só situada no plano da moral *per se*, em nível apenas estético e/ou considerada no campo das preferências exclusivamente privadas;³ ao contrário disso, está vigorosamente conectada à dignidade sexual, tutelada no Título VI da Parte Especial do Código Penal, autêntica derivação da dignidade da pessoa humana, ela mesma um dos fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito, tal como está previsto no artigo 1.º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Realmente, termo “obsceno” é infenso à emissão de um juízo apodítico. A carga semântica inerente ao vocábulo não é categórica, sujeitando-se a significativas variações contextuais: a obscenidade não é um achado incontroverso da natureza, mas um dado cultural que sintetiza componentes histórico-sociais tensionados pela liberdade sexual. É por isso que, em acepção penal, o termo “obsceno” consta, nas disposições regentes do tema, órfão de um tipo explicativo, integrando-as como elemento normativo de valoração empírico-cultural.

Posto esse panorama, as perguntas que se estabelecem e que se repetem são: é possível estabelecer critérios para o reconhecimento penalmente relevante da obscenidade? O predicado de valor “obsceno”, no artigo 233 do Código Penal, faz esse último inconstitucional?

³ Os juízos estritamente morais, as valorações exclusivamente estéticas, bem como a intimidade privada e a orientação sexual das pessoas não devem ser submetidos ao crivo do direito penal, pena de ilegitimidade da sua eventual aplicação, também como forma de violação do pluralismo, essencial ao Estado Democrático e de Direito.

O tema é recorrentemente enfrentado pela Suprema Corte de Justiça Norte-Americana (*Supreme Court*) e quase sempre⁴ vem conectado ao valor liberdade de expressão, referido na Primeira Emenda⁵. Não chega a ser exagerado dizer que a síntese que emerge dos respectivos julgamentos imbrica-se circunstancialmente com a própria concepção de democracia⁶ adotada pelos Estados Unidos: com efeito, a história da *Supreme Court* é rica em experiências desta mesma natureza e nada impede que esse manancial seja por nós aproveitado, não exatamente como “fonte de direito”, mas como “fonte de exegese”.

É nessa perspectiva que a problemática comparece de forma significativamente sensível ao orbe jurídico nacional, que tem na segurança jurídica um valor indeclinável. Em razão disso, por mais hostil que se apresente às tentativas de consenso, a afirmação de parâmetros estáveis à identificação da manifestação obscena é imperativa e não exatamente por uma afetada pudicícia, pois nos domínios em que o direito é conclamado à definição da obscenidade, “mais do que o moralista ou o político, o jurista se preocupa, e com toda razão, com a segurança jurídica”, conforme observa Chaïm Perelman⁷.

2 - O TRATAMENTO JURÍDICO DA OBSCENIDADE À LUZ DA PRIMEIRA EMENDA DA CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA DO NORTE

No âmbito da Suprema Corte Norte-Americana, as decisões sobre o tema da obscenidade são exaradas, sobretudo, à luz da liberdade de expressão, prevista na Primeira Emenda, pois é ela quem pode garantir — e ao menos em tese — a ampla circulação de ideias passíveis de ódio e com alta carga de reprovação moral⁸; forçoso reconhecer, contudo, que a questão é indisfarçavelmente controversa e suscita posições diametralmente opostas⁹.

Cass Sustain¹⁰ demarca, em seus traços mais elementares, os principais argumentos relativos aos dois grandes blocos divergentes havidos sobre o assunto:

A exclusão da obscenidade da categoria de expressão protegida é por vezes associada à ideia de que a sexualidade é privada ou sagrada. Por essa razão, não é lícita sua intromissão no espaço público, assim o espaço público não deveria imiscuir-se nela. [...].

A visão oposta é a de que todo o discurso se coloca no mesmo patamar, e que o governo não tem nada que censurar o discurso meramente porque algumas pessoas ou agentes públicos são puritanos ou se ofendem em razão dele. Nessa visão, a obscenidade é discurso, e não sexo — assim como um filme recheado de violência é antes uma representação que a própria coisa. Porém, sob essa visão, o governo deve permanecer neutro entre diferentes concepções do bem — acima de tudo, entre aquelas concepções tal como expressadas por meio de palavras ou imagens. A decisão de se singularizar a obscenidade para fins de tratamento especial, e censurá-la, é uma violação conspícua da exigência de neutralidade da Primeira Emenda.

⁴ Desfilam-se também, se bem com menor incidência, argumentos que se baseiam no direito fundamental da “igualdade”, previsto na Décima Quarta Emenda: na visão de grupos feministas, a pornografia — que, em muitos dos seus aspectos, entrelaça-se profundamente com a questão da obscenidade — denigre o valor das mulheres na sociedade, aprofundando a crise discriminatória de gêneros. A propósito, DWORKIN e MacKINNON (1988, p. 73) observam que “Pornography sexualizes inequality and the hatred of women so that men get sexual pleasure from hurting women and putting women down”.

⁵ A Primeira Emenda (*First Amendment*) da Constituição dos Estados Unidos da América do Norte está assim redigida “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.”

⁶ Segundo BAKER (2010, p. 146) não é rigorosamente exato considerar a liberdade de expressão como ocupante de uma posição central nos regimes democráticos; ao invés — na opinião do mesmo autor —, é mais acertado reconhecer que a democracia constitui um desdobramento da liberdade de expressão ou, mais especificamente, uma evolução respeitante aos valores da autonomia individual e da igualdade.

⁷ PERELMAN (1996, p. 659).

⁸ Em célebre passagem constante no voto que proferiu em *United States v. Schwimmer*, 279 U.S. 644 (1929), o Justice HOLMES assim se pronunciou: “Some of her answers might excite popular prejudice, but if there is any principle of the Constitution that more imperatively calls for attachment than any other it is the principle of free thought—not free thought for those who agree with us but freedom for the thought that we hate.”

⁹ Essa relação de contrariedade entre os pontos de vista relativos ao tema sobressai nas abordagens referentes à questão da pornografia; nessa dimensão e no que tange aos seus contornos mais amplos, COLOMB (2013, p. 622) aduz: “A pornografia entra no campo da liberdade de expressão? Para os autores mais conservadores, a pornografia, não tendo da vocação de transmitir ideia, assume seu estatuto de pura expressão, cujo objetivo, a excitação sexual, não procede da razão. Portanto, ela não estaria no campo da liberdade da expressão. Os autores mais liberais invertem a prova e sublinham que é por razões ideológicas que se proíbe a pornografia”.

¹⁰ SUSTEIN (2008, p. 343-344).

Essas visões antagônicas comparecem no âmbito da jurisdição da *Supreme Court*, no qual são frequentes as dissidências. De qualquer sorte, prepondera a posição que afirma a liberdade expressão como valor relativo, incapaz de proporcionar, no “livre mercado de ideias”¹¹, proteção irrestrita a toda e qualquer forma de manifestação do pensamento.

Assim, a questão que sempre se recoloca no âmbito das discussões judiciais americanas referentes à exegese da liberdade de expressão protegida pela Primeira Emenda é aquela que indaga a respeito do alcance de seus próprios limites¹². Historicamente, a Suprema Corte Norte-Americana tem negado a imunidade decorrente da garantia consubstanciada na Primeira Emenda às expressões eclipsadas por formas e conteúdos nos quais obscenidade desponte como tônica.

Em 1896 foi decidido o caso *Rosen vs. United States*: nele, o padrão utilizado à definição da obscenidade foi o “teste de Hicklin”¹³, que se limitava a perquirir a “tendência lasciva” do material examinado, o qual poderia ser examinado.

Esse mesmo padrão perdurou até 1957, quando foi finalmente, em 24 de junho daquele mesmo ano, substituído pelos critérios instituídos em *Roth vs. United States* (354 U.S. 476); na ocasião, ficou expressamente decidido que a obscenidade não estava inserida na área da liberdade de expressão protegida pela Primeira Emenda. Seja como for e, apesar dos seus perceptíveis e louváveis avanços, o *standard Roth* evidenciou insuficiências graves pela abstração das suas balizas¹⁴ e, justamente por isso, não logrou longevidade. Nesse sentido, em pelo menos dois julgamentos antológicos, um ocorrido sete anos depois e outro a menos de dois anos em relação a esse último, a Suprema Corte dos Estados Unidos promoveu ajustes e incrementos no mencionado padrão de reconhecimento da obscenidade, entendida em sua acepção jurídica.

Em 22 de junho de 1964, o caso *Jacobellis vs. Ohio* (378 U.S. 184)¹⁵ promoveu importantes alterações no *standard Roth*, embora tenha conservado suas bases; nesse julgamento restou assentado que a aferição jurídica da obscenidade deveria considerar a sua abrangência nacional.

Depois, mais exatamente no dia 21 de março de 1966, três casos versando sobre o tema da obscenidade foram decididos na *Supreme Court*; foram eles: *Memoirs vs. Massachusetts* (383 U.S. 413), *Ginzburg vs. United States* (383 U.S. 463) e *Mishkin vs. New York* (383 U.S. 502). No conjunto, eles evidenciaram ainda mais que o *standard Roth* não funcionava a contento, porquanto ensejador de decisões conflitantes e, com isso, avessas ao clima de estabilidade jurídica, esperado, sobretudo, em temas relacionados à matéria penal.

Em *Memoirs* ficou explicitado que o valor social de uma obra não pode ser anulado apenas por seu apelo lascivo ou somente por seu caráter ofensivo: ela deveria ser, ainda, totalmente desprovida de “valor social redentor”; com isso, assentava-se que os critérios estabelecidos no *standard Roth* não eram independentes. Já em *Ginzburg* foi proclamado que o reconhecimento da obscenidade dependia de indicadores exteriores à obra: ela

¹¹ Vide esta antológica passagem, constante na dissidência do Justice HOLMES em *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 1919: “[...] when men have realized that time has upset many fighting faiths, they may come to believe even more than they believe the very foundations of their own conduct that the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas — that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out. That at any rate is the theory of our Constitution. It is an experiment, as all life is an experiment. Every year if not every day we have to wager our salvation upon some prophecy based upon imperfect knowledge. While that experiment is part of our system I think that we should be eternally vigilant against attempts to check the expression of opinions that we loathe and believe to be fraught with death, [...]”.

¹² A concepção dos limites da liberdade de expressão, no contexto da teoria libertária estatal, era empreitada medular à efetividade das garantias preconizadas nas Declarações de Direitos; a respeito SIEBERT (1984, p. 49) anota: “The contest for recognition of libertarian doctrines as they affected the press culminated in the formalization and adoption of Bills of Rights which included provisions establishing press freedom. [...] In a period covering not more than twenty years, protections for freedom of the press were incorporated into most of the American state constitutions and into the federal constitution. [...] The wording in the Bills of Rights of the right to freedom of the press was necessarily vague and subject to varying interpretations. [...] The problem of what limitations could properly be imposed on the press became the major issue under liberalism”. Evidente que o escólio não se restringe ao âmbito da liberdade de imprensa propriamente, mas também se aproveita ao campo epistemológico em que o presente artigo se desdobra.

¹³ O “teste de Hicklin” é, na realidade, de origem inglesa e foi estabelecido em 1868, no julgamento do caso *Regina v. Hicklin* [(1868) LR 3 QB 360]. O tribunal britânico considerou que se uma publicação revelasse conteúdos tendentes a depravar e corromper aqueles cujas mentes estivessem abertas a tais influências imorais, poderia ser considerada obscena e consequentemente proibida. As intenções do autor e o mérito artístico ou literário da obra eram irrelevantes; além disso, o material poderia ser alvo de reproche mesmo a partir da análise de seus fragmentos apenas e independente do seu sentido unitário-geral.

¹⁴ O *standard Roth* instituiu que obsceno era o material no qual a abordagem da temática sexual era dominante e feita de forma apelativa ao interesse lascivo; além disso, estipulou que a aferição jurídica da obscenidade deveria perscrutar a moralidade do homem médio (e não a de pessoas imaturas ou impressionáveis), levar em conta as referências culturais da comunidade contemporânea (considerada a partir da sua heterogeneidade geral, de seu pluralismo, e não de um grupo de pessoas discernível por suas características singulares), bem como avaliar a obra não somente a partir de uma de suas partes isoladas, mas em seu conjunto todo, uma vez que é sob essa dimensão que deve ser considerado o caráter artístico ou não do material *sub judice*. O “teste de Hicklin” estava, pois, definitivamente superado.

¹⁵ Foi neste julgamento que o Mr. Justice STEWART disse que a obscenidade fosse talvez indefinível e que somente “pornografia-pesada” não estaria protegida pela Primeira Emenda; em seguida, renunciando também a tentativa de delimitar de forma inteligível o que fosse isso, exprimiu aquele que talvez seja o mais famoso pronunciamento a respeito do assunto, emitido no âmbito da Suprema Corte (em livre tradução): “não sei o que é, mas reconheço quando a vejo e o filme envolvido neste caso não é assim.”

já não era autorreferente, devendo também ser investigada para além da mera “aparência” do discurso socialmente libertador que eventualmente contivesse, bem como através das peculiaridades inerentes à sua produção, comercialização e publicidade.

As dissidências verificadas nos mencionados julgamentos foram cruciais à reformulação dos critérios de aferição de obscenidade até então utilizados. Em *Memoirs*, o *Mr. Justice* Harlan reputou o problema da definição da obscenidade como “intratável”; em *Ginzburg*, o *Mr. Justice* Black cravou que, depois dos três julgamentos verificados naquele mesmo dia, a Corte passava a possuir quatorze opiniões divergentes a respeito do tema, fato que traduzia a impossibilidade de quem quer que fosse saber o significado do termo. Essas observações contribuíram à premência da marcação de novos e mais seguros critérios relativos à resolução do assunto; isso ocorreu em 1973, quando a *Supreme Court* julgou Marvin Miller.

Cerca de dois anos antes, em 1971¹⁶, Marvin Miller — proprietário de um comércio de filmes e livros pornográficos — enviou, pelos correios, material de divulgação de seus produtos, o qual continha imagens que podiam ser percebidas como obscenas. Esse mesmo material acabou por aportar em um restaurante em Newport Beach: o dono do estabelecimento, e a mãe dele também, abriram o envelope, tiveram acesso às imagens e, por isso, acionaram as autoridades locais. O Código Penal da Califórnia¹⁷, vigente na localidade dos fatos, dispunha:

§ 311.2 Sending or bringing into state for sale or distribution; printing, exhibiting, distributing or possessing within state: (a) Every person who knowingly: sends or causes to be sent, or brings or causes to be brought, into this state for sale or distribution, or in this state prepares, publishes, prints, exhibits, distributes, or offers to distribute, or has in his possession with intent to distribute or to exhibit or offer to distribute, any obscene matter is guilty of a misdemeanor. [...].

Um júri da *Superior Court of Orange Country* condenou a conduta de Miller e o *California Court of Appeal for the Third District* manteve o veredicto. Marvin Miller, então, levou o caso à *Suprem Court* que lhe concedeu o *certiorari* e o julgou, no dia 21 de junho de 1973, de forma emblemática: muito mais importante do que a confirmação da condenação (por cinco votos a quatro), foi a instituição dos novos critérios definidores da obscenidade, que passaram a ser (e persistem sendo) o padrão judicial norte-americano para o manejo do assunto.

O *Mr. Chief Justice* Burger proferiu o *opinion of the Court* na qual foi refirmado o entendimento que a obscenidade não está protegida pela garantia da liberdade de expressão. Além disso, ficou decidido que uma obra somente pode ser considerada obscena, do ponto de vista jurídico, se: a) segundo o homem médio e aplicando-se os padrões contemporâneos da comunidade, provocar, desde que integralmente considerada, o interesse lascivo; (b) retratar ou descrever, de modo patentemente ofensivo, conduta sexual ou funções excretórias, nos termos do que esteja assim definido na legislação estadual aplicável; (c) como um todo, não possua um sério valor literário, artístico, político ou científico¹⁸.

Desde 1973, esses parâmetros, que compõem aquele que ficou conhecido como “teste de Miller”, mantêm-se válidos à definição jurídica da obscenidade, no âmbito da Suprema Corte Norte-Americana. Claros do ponto de vista semântico, coesos sob a ótica da racionalidade, coerentes sob a perspectiva pragmática, os requisitos cumulativos indicados no teste de Miller operam no plano da realidade e, bem por isso, têm resistido à prova do tempo: a conjugação dessas suas virtudes resulta em segurança jurídica.

¹⁶ No mesmo ano, os déficits operacionais do *standard Roth* voltaram a ser questionados: no julgamento *Cohen v. California* (378 U.S. 184), o *Justice* HARLAN consignou em sua *opinion* esta famosa passagem (em livre tradução): “muitas vezes, aquilo que é a vulgaridade para um homem é, para outro, a sua lírica.”

¹⁷ Como se vê, a redação do dispositivo é bastante semelhante àquela constante do artigo 234 do Código Penal brasileiro, situado, topologicamente, no Título VI (Crimes contra a dignidade sexual), Capítulo VI (Do Ultraje público ao pudor), da Parte Especial do citado Código. Note-se que naquele tipo legal, a exemplo do que ocorre com o artigo 233, previsto no mesmo *locus* da referida codificação, também consta o termo “obsceno”.

¹⁸ *In verbis*: “1. Obscene material is not protected by the First Amendment. *Roth v. United States*, 354 U.S. 476, reaffirmed. A work may be subject to state regulation where that work, taken as a whole, appeals to the prurient interest in sex; portrays, in a patently offensive way, sexual conduct specifically defined by the applicable state law; and, taken as a whole, does not have serious literary, artistic, political, or scientific value. Pp. 413 U.S. 23-24; 2. The basic guidelines for the trier of fact must be: (a) whether “the average person, applying contemporary community standards” would find that the work, taken as a whole, appeals to the prurient interest, *Roth, supra*, at 354 U.S. 489, (b) whether the work depicts or describes, in a patently offensive way, sexual conduct specifically defined by the applicable state law, and (c) whether the work, taken as a whole, lacks serious literary, artistic, political, or scientific value. If a state obscenity law is thus limited, First Amendment values are adequately protected by ultimate independent appellate review of constitutional claims when necessary. Pp. 413 U.S. 24-25; 3. The test of “utterly without redeeming social value” articulated in *Memoirs, supra*, is rejected as a constitutional standard. Pp. 413 U.S. 24-25; 4. The jury may measure the essentially factual issues of prurient appeal and patent offensiveness by the standard that prevails in the forum community, and need not employ a “national standard.” Pp. 413 U.S. 30-34.”

O precedente *Miller vs. California* (413 U.S. 15, 1973), em suma, representa a síntese evolutiva intrínseca à necessidade de segurança jurídica referente ao tema, cujos padrões denotam o aperfeiçoamento de experiências pregressas paradigmáticas.

3 - CINCO RAZÕES PARA CONSIDERAR *MILLER VS. CALIFORNIA* [413 U.S. 15 (1973)] COMO UM CONTRIBUTO VÁLIDO AO APERFEIÇOAMENTO DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Como corolário do fundamento da soberania da República Federativa do Brasil (artigo 1.º, inciso I, da Constituição da República) é evidente que a jurisprudência estrangeira não opera efeitos vinculantes na ordem jurídica pátria, face à própria autonomia da jurisdição brasileira na resolução de casos concretos.

Com a presente tese não se postula a aplicabilidade direta do precedente estrangeiro à ordem jurídica nacional. Pondera-se, isso sim, no sentido de que a vasta experiência histórica da Suprema Corte Norte-Americana no enfrentamento da temática que conjuga “obscenidade” e “liberdade de expressão” não merece ser olvidada: os argumentos esgrimidos na elaboração dos julgamentos ali proclamados podem servir, sem maiores entraves e naquilo em que seus conteúdos forem passíveis de transposição, como proveitoso manancial informativo à jurisprudência brasileira. Não se cogita, sublinhe-se, uma tentativa de transmutação da forma de expressão do nosso direito positivo, erigido sob consagradas bases do *civil law*, para aquela do *common law*, vigente nos Estados Unidos¹⁹. A questão é que a regra do precedente exige apurada racionalidade²⁰ e comprovada funcionalidade pragmática como meios de garantir certeza, coesão e a possibilidade mesma de existência do próprio *common law*²¹; assim, a vetustez de um julgado no sistema anglo-americano significa que o valor de sua *ratio decidendi* já foi posto inúmeras vezes à teste: se subsiste, razões realmente relevantes justificam-no²².

A primeira dessas razões, que justificam a aplicação do teste de Miller como um contributo válido ao aperfeiçoamento da jurisprudência brasileira, diz respeito à efetividade do magno princípio da segurança jurídica²³, que fundamenta o próprio Estado Democrático de Direito. Até que encontremos a nossa particular fórmula para a definição do obsceno penalmente relevante, a utilização de parâmetros já submetidos à prova do tempo em uma democracia constitucional importante se impõe como postura oportuna à eficácia do “direito à segurança de direitos”²⁴. Com efeito, “alguma segurança jurídica” significa algo incomparavelmente melhor que “segurança jurídica alguma”.

Em segundo lugar, é irrefutável que a democracia americana está consolidada: nela, a liberdade de expressão é direito fundamental extraordinariamente efetivo; significa dizer que invocar a larga e sólida experiência jurisprudencial da Suprema Corte Norte Americana não implicará em elogio ao puritanismo²⁵, mas sim um racional balizamento dos limites do exercício daquela mesma liberdade, a ser inclusive considerada em acepção

¹⁹ Embora os julgados cujos temas são reconhecidos de repercussão geral e as súmulas vinculantes, exarados pelo Supremo Tribunal Federal, em alguma medida, aproximam-se dessa noção de ordenamento jurídico também estribado em precedentes jurisdicionais e não somente em normas legais.

²⁰ Entendida em acepção idêntica àquela proposta por PULIDO (2013, p. 62-64), ou seja, composta pelos critérios da clareza e consistência conceitual, consistência normativa, saturação (*i.e.*, a completude do argumento mediante a abrangência de todas as premissas que lhe pertencem), respeito à lógica dedutiva, respeito às cargas de argumentação, consistência argumentativa e coerência.

²¹ Nesse sentido, cf. DAVID (1996, p. 341-343).

²² Como observa FRANÇA (1999, p. 157): “mudar uma jurisprudência no regime do *Common Law* é algo muito mais grave e difícil que revogar uma lei entre nós, pois os julgados recentes, como nos informa René David, não podem competir em valor com os mais antigos, considerados, muito mais que aqueles, como verdadeiros e obrigatórios”. De qualquer maneira, cumpre sublinhar que “difículdade” de câmbio jurisprudencial não significa exatamente “absoluta imutabilidade dos precedentes”. Dissertando especificamente sobre as alterações jurisprudenciais no cenário norte-americano, escreve DAVID (*op. cit.*, p. 392): “A possibilidade que teve o Supremo Tribunal dos Estados Unidos de efetuar mudanças de jurisprudência revelou-se fundamental. Permitiu ao Supremo Tribunal adaptar a sua interpretação da Constituição dos Estados Unidos às correntes de pensamento e às necessidades econômicas do mundo moderno; assegurou, por isso mesmo, a estabilidade das instituições políticas americanas, permitindo aos Estados Unidos viver sob o domínio de uma Constituição que só pode ser modificada com extrema dificuldade. O Supremo Tribunal dos Estados Unidos pôde, graças à possibilidade que lhe era oferecida, desarmar a corrente de hostilidade que tinham provocado, antes de 1936, o seu conservadorismo exagerado e a sua estreita ligação aos princípios de um liberalismo superado; surge atualmente, de um modo que seria surpreendente há cinquenta anos, como um elemento de progresso da nação”. Note-se: o sistema de precedentes norte-americano revela-se exitoso na evitação do engessamento jurisprudencial no *common law* e eficiente em tema de abertura às mudanças, quando elas se anunciam proveitosas ao avanço da sociedade.

²³ Segundo ATIENZA (*apud* VIGO, 2005, p. 271), por segurança jurídica “deve-se entender capacidade de um determinado ordenamento jurídico para tornar previsíveis, isto é, seguros, os valores liberdade e igualdade”.

²⁴ A feliz expressão é utilizada, no campo do asseguramento dos Direitos Humanos, por PIOVESAN e IKAWA (2009, p. 47-83).

²⁵ “Um pudor excessivo cai no rigorismo dos costumes, na pudicícia, na hipocrisia, no puritanismo”, observam GUITTON e ANTIER (2003, p. 176).

penalmente relevante.²⁶ De fato e *de jure*, os critérios componentes do teste de Miller, datados de 1973, permanecem vigentes também como consequência da razoabilidade que lhe é inerente.

Terceiro: os raciocínios que integram a *ratio decidendi* dos precedentes oferecem ao juiz — consoante pontua Alf Ross²⁷ — “um copioso acervo de material para lhe servir de orientação”. Entre nós, em clássico escólio, Carlos Maximiliano²⁸ pontificava que “o estudo dos julgados aproveita, sobretudo, como elemento de hermenêutica”. Significa dizer, que o precedente *Miller vs. California*, que culminou na elaboração do teste ora discutido, é portador de argumentos cuja universalidade servem à construção de uma ainda maior explicitação (desde que se a tenha por imperativa) do sentido social do obsceno, apto a legitimar a eficácia do *jus puniendi*.

Como quarta razão, cumpre reconhecer que os Estados Unidos, assim como o Brasil, é um país de dimensões continentais, marcado por significativas variações culturais nos diferentes entes jurídico-políticos que lhe compõe a federação: na medida em que a *Supreme Court* não cravou uma definição categórica do que venha a ser a obscenidade, enumerando apenas critérios para o seu reconhecimento, nada impede que tais parâmetros, neutros *per se*, possam ser utilizados na realidade brasileira, uma vez que os conteúdos de tais indicadores serão preenchidos pela carga axiológica que informa especificamente aos nossos diversos cenários culturais. Justamente por isso, o teste de Miller notabiliza-se adaptável a diferentes coordenadas espaço-temporais, admitindo sua incorporação à experiência judicante brasileira; afinal, ela é pautada — assim como a estadunidense — por um constitucionalismo que tem na liberdade de expressão um valor fundamental à composição da estrutura jurídico-democrática.

Por fim, a quinta justificativa: recentemente o próprio Supremo Tribunal Federal invocou os critérios instituídos em *Miller vs. California* (413 U.S. 15, 1973), apoiando-se neles para a solução de caso submetido ao âmbito de sua competência constitucional. Esta postura, empenhada pela nossa mais alta Corte, sinaliza, de forma clara, a validade e a oportunidade do emprego do teste de Miller na definição jurídica de obscenidade, também entre nós.

4 - O TESTE DE MILLER NO ORBE JUDICANTE BRASILEIRO

Os critérios do teste de Miller já foram apontados, pelo Supremo Tribunal Federal, como legítimos à valoração jurídica da obscenidade.

Em 17 de agosto de 2016, no Recurso Extraordinário 89.8450/SP, o Tribunal Pleno, por maioria e em âmbito de Repercussão Geral, decidiu que “Editais de concurso público não podem estabelecer restrição a pessoas com tatuagem, salvo situações excepcionais em razão de conteúdo que viole valores constitucionais”. Nesse mesmo julgamento, os limites da liberdade de expressão frente à obscenidade também foram incidentalmente considerados, com expressa menção ao teste de Miller: no item 16 da ementa do Acórdão constou, inclusive, a discriminação de seus três requisitos; no *corpus* do erudito voto enunciado pelo eminente Senhor Ministro Relator Luiz Fux, restou consignado (sem grifos e/ou omissões no original):

O Estado não pode encarar a **liberdade de expressão como algo absoluto**, porque não o é [...].

Especificamente quanto ao significado do que seria obscenidade, **são seguros os critérios apontados pela Suprema Corte norte-americana no famoso aresto *Miller vs. California* de 1973 [413 U.S. 15 (1973)]**. Nele, a Corte Constitucional dos Estados Unidos apontou que **um ato será obsceno quando:**

²⁶ A propósito, assinala LEWIS (2011, p. 9): “Os americanos são mais livres do que qualquer outro povo para pensar o que quiserem e dizer o que pensam, e mais livres hoje do que no passado. [...] Há pouquíssima chance de sermos impedidos por um tribunal de publicar o que quisermos: na mídia impressa, no rádio, na televisão ou na internet. Expressões odiosas e chocantes, políticas ou artísticas, são quase todas livres para ingressar no mercado de ideias. [...] De onde vem nossa liberdade extraordinária? A resposta mais comum é ‘da Primeira Emenda.’” Vide, ainda, que, em 1986, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos valeu-se da experiência dos juízes estadunidenses em causa alusiva ao tema da liberdade de expressão (cf. *ibidem*, p. 13-14).

²⁷ ROSS (2003, p. 117).

²⁸ MAXIMILIANO (1994, p. 179).

-
- (i) o homem médio, seguindo **padrões contemporâneos da comunidade**, considere que a obra, tida como um todo, atrai o **interesse lascivo**;
 - (ii) quando a obra retrata ou descreve, **de modo ofensivo, conduta sexual**, nos termos do que definido na legislação estadual aplicável,
 - (iii) quando a obra, como um todo, **não possua um sério valor literário, artístico, político ou científico**. [...].

Depreende-se da fundamentação do referido voto que o Supremo Tribunal Federal: a) não reconhece a liberdade de expressão como direito fundamental absoluto; b) não reconhece a obscenidade como protegida pela liberdade de expressão; c) reconhece que a interpretação da *Supreme Court* dada à Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos servem de subsídio hermenêutico à interpretação de termos normativos constantes em nossa ordem jurídicas; d) reconhece a oportunidade dos critérios do teste de Miller, qualificando-os, inclusive, como “seguros”.

De outra parte, não soam absolutamente problemáticos os parâmetros lançados nos itens que integram o citado balizador. Primeiro porque o aresto é expresso em abranger tanto o ato como a obra (espécies do gênero “expressão”) permeados pela obscenidade. Segundo porque as perquirições concernentes ao “homem médio”²⁹, referido no citado teste, não dizem respeito à culpabilidade (categoria infensa aos modelos ideais, posto que a aferição do reproche penal exige indivíduos concretos insertos em contextos particulares); de todo modo, a compreensão, segundo a ótica normativa, do que venha a ser “homem médio” chega a ser notória: extremismos não cabem ao reconhecimento da figura normativa. Terceiro: é verdade que os entes federativos que compõem o Estado brasileiro não produzem sua própria legislação penal; assim, a legislação estadual aplicável, mencionada no teste, pode e deve ser entendida sob perspectiva consuetudinária do local onde os fatos se deram, o que confere versatilidade e adequação contextual à perquirição da obscenidade, tal como deve mesmo ser. Por fim, o ato reputado “obsceno”, por vezes, pode sim estar entrelaçado com conjunturas políticas e mesmo consubstanciar uma invenção artística (tal como pode ocorrer em espetáculos teatrais, ou ainda em *performances e happenings*).³⁰

Em suma, a afirmação da obscenidade não se faz pelo exame *in vitro* da expressão, mediante abstrações da realidade circundante. O obsceno exige mais do que a “leitura seca” do texto isolado, mais do que a apreciação da conduta sem entorno, mais do que a aferição do comportamento avulso. Avaliar as circunstâncias objetivas de tempo e espaço, bem como analisar as condições subjetivas referentes ao emissor e ao receptor da expressão questionada são medidas imprescindíveis. Nesse panorama, aquilo que pode ser percebido como obsceno em determinada região de uma cidade pode já não o ser em local bem próximo dali, inclusive no mesmo horário (*v.g.*, o banhista em uma praia de nudismo não age do mesmo modo nem com dolo idêntico àquele do sujeito que exhibe a sua genitália, na hora de *rush* e em plena avenida central). Por isso, conforme Beatriz Bastide Horbach, “é evidente que o conceito de obscenidade e pornografia é relativo, e varia de acordo com a época, o contexto e a sociedade.”³¹

A taxativa menção, pelo Supremo Tribunal Federal, a precedentes da Suprema Corte Norte-Americana estabelece duas noções, portanto: a) que eles podem contribuir como seiva inspiradora à formação da jurisprudência nacional; b) que a admissibilidade de aplicação do teste de Miller ao reconhecimento do obsceno, já está consumada na nossa mais alta Corte.

²⁹ SOLER (2000, p. 353) assevera que o significado da tutela penal frente às obscenidades “no se trata de proteger ni un sentido muy depurado del pudor (el de una monja) ni solamente las formas más groseras de ofensa (la que puede sentir una prostituta). En este sentido es preciso que el juez se coloque en un término medio normal, para lo cual deberá tomar especialmente en cuenta las circunstancias históricas y de lugar, ya que éstas son variables”. Eis, pois, o sentido jurídico da expressão “homem médio”, ora manejada.

³⁰ A compreensão da expressão artística do obsceno, pelo “homem médio”, não cabe nas mesmas bitolas de entendimento de outras formas de expressão. Por conseguinte, de acordo com BUCHHOLZ (1969, p. 353), “en la cuestión de la deshonestidad de una obra de arte, habrá que orientarse a la persona abierta al arte, o, por lo menos, preocupada por su comprensión, esto es: a la persona artísticamente interesada.”

³¹ HORBACH (2014, p. 74).

5 - CONSIDERAÇÕES FINAIS E TESE

A história dos precedentes da *Supreme Court* revela que, à luz da Primeira Emenda da Constituição Norte-Americana, a tentativa de estabelecer critérios previsíveis ao reconhecimento da expressão juridicamente obscena, é tarefa imperativa, embora árdua e arredia a consensos. Nesse horizonte, o chamado “teste de Miller” fulgura como o padrão vigente nos Estados Unidos, desde 1973, além de ter sido, recentemente, mencionado por expresse no orbe judicante brasileiro, pelo próprio Supremo Tribunal Federal.

A segurança jurídica é, simultaneamente, um núcleo de garantia e um ponto de convergência e de expansão de todos os demais direitos, um meio e um fim, um princípio irrenunciável e um valor fundamental de uma autêntica democracia orientada à efetividade dos direitos humanos. Com efeito, a fruição das liberdades nos limites da lei prévia inteligível, racional, ética e justa, a inocorrência de discriminações desprovidas de fundamentação estribada em lei dotada daqueles qualificativos e a aversão pelo casuísmo vacilante elevado à condição de regra, constituem componentes conceituais indeclináveis à percepção de um Estado Democrático e de Direito pautado pela segurança jurídica. Assim como a graça da visão mais nos cintilará se, por descabida ordem de um tirano, formos condenados à completa cegueira, a essencialidade da segurança jurídica com maior distinção se revela no caos instalado pelo império de seu avesso, que só se instala por força do arbítrio.

Se por um lado, a inconstitucionalidade do art. 233 do Código Penal não soa exata, por outro lado, cogitar do incremento do ônus argumentativo apto em contribuir na definição do obsceno penalmente relevante — a partir da adoção de critérios objetivos, previsíveis, claros e uniformes, passíveis de ser empenhados na solução dos casos concretos — é razoável diante do primado segurança jurídica.

Fora de dúvida que o Pretório Excelso pode simplesmente afirmar que o conteúdo do predicado de valor “obsceno”, na República Federativa do Brasil, deve ser preenchido, nas tipificações penais em que constar, de acordo com a valoração de cada órgão de jurisdição. No entanto, desde que deste modo não se entenda, ao argumento de que tal providência implicaria em uma desmedida abertura no tipo penal, ainda assim não há justificativa para a declaração de inconstitucionalidade requerida, sob o fundamento de que o “obsceno” é de todo insubmisso à reserva legal e à compreensão do significado do injusto culpável, por parte do agente. Essa afirmação é não só possível, mas perfeitamente correta, na medida em que já por uma vez, o Supremo Tribunal Federal reconheceu válido o manejo do teste de Miller para, justamente, conferir segurança jurídica a determinado caso concreto, nada impedindo que agora o faça novamente para afirmar aquilo que já o disse: o conceito jurídico de obsceno não é completamente infenso à possibilidade de determinação penalmente relevante.

Nos domínios do Direito Penal a efetividade da garantia de liberdade é indeclinável: a completa indefinição de qualquer predicado de valor presente em um tipo legal merece ser superada, não havendo qualquer óbice em considerar, para tanto, experiências judicantes já consagradas, em especial aquelas operadas em democracias consolidadas. Posto isso, ***ao menos os critérios do teste de Miller podem significar um fundamento eficaz bem como uma contribuição hermenêutica válida para o afastamento da inconstitucionalidade pretendida no leading case consubstanciado no Recurso Extraordinário n.º 1093553/RS e que encarta o tema 989 de Repercussão Geral, em tramitação no Supremo Tribunal Federal.*** Já admitido pela própria Corte Excelsa como apto ao reconhecimento jurídico do “obsceno”, o teste de Miller pode incrementar o primado constitucional da segurança jurídica e, como tal, é sobremaneira consentâneo à realidade do Estado Democrático e de Direito brasileiro.

Essa é a tese, afinal.

6 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.
- BAKER, C. Edwin. "Autonomy and Hate Speech". In: HARE, Ivan; WEISTEIN, James (eds.). *Extreme speech and democracy*. Oxford: Oxford University Press, p. 139-157, 2010.
- BUCHHOLZ, Ernest. ¿Cuándo es deshonesto el arte? In: BAUER, Fritz; BÜRGER-PRINZ, Hans; GIESE, Hans; JÄGER, Herber (Ed.). *Sexualidad y crimen*. Versión de la 3ª edición alemana por Enrique Gimbernat. Madrid: REUS, p. 343-354, 1969.
- COLOMB, Philippe. "Liberdade de expressão" (verbete). Tradução Paulo Neves. In: CANTO-SPERBER, Monique (Org.). *Dicionário de ética e filosofia moral*. Tradução Ana Maria Ribeiro-Althoff ... [et. al.]. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, p. 621/623, 2013.
- DAVID, René. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*. Tradução Hermínio A. Carvalho. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- DWORKIN, Andrea; MacKINNON, Catherine A. *Pornography and Civil Rights: a new day for women's equality*. Minneapolis, Organizing Against Pornography, 1988.
- FISS, Owen M. *La ironía de la libertad de expresión*. Traducción Víctor Ferreres Comella y Jorge F. Malem Seña. Barcelona: Editorial Gedisa, 1999.
- FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica jurídica*. 7.ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1999.
- GUITTON, Jean; ANTIER, Jean-Jacques. *O livro da sabedoria e das virtudes redescobertas*. Tradução de José Luiz Miranda. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003.
- HORBACH, Beatriz Bastide. Liberdade artística, obscenidade e o Supremo Tribunal Federal: HC 83.996. In: HORBACH, Beatriz Bastide; FUCK, Luciano Felício (Coord.). *O Supremo por seus assessores*. São Paulo: Almedina, p. 65-78, 2014.
- LEWIS, Anthony. *Liberdade para as ideias que odiamos: uma biografia da Primeira Emenda à Constituição americana*. Tradução Rosana Nucci. São Paulo: Aracati, 2011.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Tradução Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- PULIDO, Carlos Bernal. *O direito dos direitos: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais*. Tradução de Rosa Bustamante com a colaboração de Bruno Stiegert. São Paulo: Marcial Pons, 2013.
- PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela. "Segurança jurídica e direitos humanos: o direito à segurança dos de direitos". In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. 2. ed., rev. e ampl. 1. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, p. 47-83, 2009.
- ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Tradução de Edson Bini. 1. reimpr. Bauru: EDIPRO, 2003.
- SIEBERT, Fred S. *Four theories of the press: the authoritarian, libertarian, social responsibility and soviet communist concepts of what te press should be and do*. Chicago: University of Illinois Press, 1984.
- SOLER, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*. Vol. III. 4. ed. Buenos Aires: TEA, 2000.
- SUSTEIN, Cass R. *A Constituição parcial*. Luiz Moreira, coordenador e supervisor; Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli, tradutores. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretação jurídica: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas*. Tradução Susana Elena Dalle Mura: revisão e notas Alfredo de J. Flores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.