

*Supremo Tribunal Federal*  
COORD. DE ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA  
D.J. 26.08.2005  
EMENTÁRIO Nº 2 2 0 2 - 2

17/08/2004

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 83.996-7 RIO DE JANEIRO

RELATOR ORIGINÁRIO : MIN. CARLOS VELLOSO  
RELATOR PARA O : MIN. GILMAR MENDES  
ACÓRDÃO  
PACIENTE(S) : GERALD THOMAS SIEVERS  
IMPETRANTE(S) : PAULO FREITAS RIBEIRO  
COATOR(A/S) (ES) : TURMA RECURSAL DO RIO DE JANEIRO

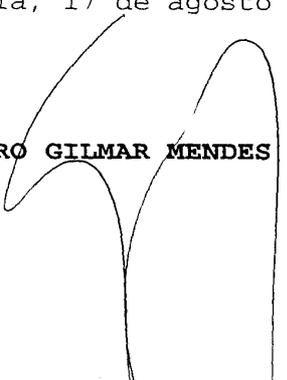
**EMENTA:** *Habeas corpus*. Ato obsceno (art. 233 do Código Penal). 3. Simulação de masturbação e exibição das nádegas, após o término de peça teatral, em reação a vaias do público. 3. Discussão sobre a caracterização da ofensa ao pudor público. Não se pode olvidar o contexto em se verificou o ato incriminado. O exame objetivo do caso concreto demonstra que a discussão está integralmente inserida no contexto da liberdade de expressão, ainda que inadequada e deseducada. 4. A sociedade moderna dispõe de mecanismos próprios e adequados, como a própria crítica, para esse tipo de situação, dispensando-se o enquadramento penal. 5. 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*.

**A C Ó R D ã O**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acórdão os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a presidência do Senhor Ministro Celso de Mello, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, deferir o pedido de *habeas corpus* (RISTF, art. 150, § 3º) e determinar, em consequência, a extinção do processo penal de conhecimento, com o imediato trancamento da ação penal, em virtude de se haver registrado empate na votação.

Brasília, 17 de agosto de 2004.

MINISTRO GILMAR MENDES - REDATOR P/ O ACÓRDÃO



25/05/2004

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 83.996-7 RIO DE JANEIRO**RELATOR : MIN. CARLOS VELLOSO**

PACIENTE(S) : GERALD THOMAS SIEVERS

IMPETRANTE(S) : PAULO FREITAS RIBEIRO

COATOR(A/S)(ES) : TURMA RECURSAL DO RIO DE JANEIRO

R E L A T Ó R I O

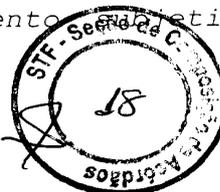
O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO**: - Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de **GERALD THOMAS SIEVERS**, da decisão da Primeira Turma Recursal Criminal do Juizado Especial Criminal do Estado do Rio de Janeiro que denegou ordem de **habeas corpus** (2003.700.029606-4), em acórdão assim ementado:

"EMENTA - **HABEAS CORPUS** - ATO OBSCENO - TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL POR ATIPICIDADE DA CONDUTA - EXAME DO ELEMENTO SUBJETIVO.

O delito de ato obsceno se tipifica quando o agente, em lugar público, ou aberto ou exposto ao público, exprime manifestação corpórea, de cunho sexual, que ofende o pudor público, tendo como bem jurídico protegido a moralidade pública. Para sua configuração exige-se a presença do elemento subjetivo que é o dolo, somente ocorrendo a infração se demonstrado que o agente tinha consciência da ilicitude do ato e a intenção e vontade de atingir aquele bem jurídico.

Apesar de ser possível o trancamento de ação penal por falta de justa causa quando desponta a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade, tal medida somente se justifica na hipótese de estar demonstrada de forma clara e incontestável uma destas circunstâncias, não sendo razoável que se impeça o prosseguimento do processo quando o fato narrado, em tese, é típico e a questão relativa, ao elemento

*mm*



reclama o exame de prova, inclusive com a oitiva de testemunhas presenciais, tudo com o escopo de se apurar, no caso concreto, se houve a violação ao bem jurídico protegido pelo tipo respectivo. (fl. 106)

Sustenta a impetração que a denúncia oferecida contra o paciente dando-o como incurso no art. 233 do Código Penal é inepta, razão porque deve ser trancada a ação penal aos seguintes fundamentos:

a) **atipicidade** da conduta descrita na inicial, pois o conceito de pudor público, elemento normativo do tipo, deve ser interpretado de acordo com o local e circunstâncias em que a conduta foi praticada;

b) **relatividade** do grau ofensivo da nudez humana e do próprio conceito de ato obsceno, nos dias atuais;

c) **ausência de conotação sexual** na atitude do paciente, mas sim de desprezo pela parte do público que o viajava, o que poderia enquadrar a conduta, no máximo, como uma injúria gestual;

À fl. 115-v, deferi o pedido de liminar, para suspender o curso da ação até o julgamento final do **writ**.



Requisitadas informações (fl. 115-v), foram elas prestadas pelo ilustre Presidente da Primeira Turma Recursal Criminal do Juizado Especial Criminal do Estado do Rio de Janeiro, o MM. Juiz Marcus Henrique Pinto Basílio, que encaminhou cópia do acórdão impugnado (129-133).

Oficiando às fls. 137-144, o Ministério Público Federal, parecer da ilustre Subprocuradora-Geral da República Delza Curvello Rocha, opina pelo conhecimento e denegação da ordem.

É o relatório.



25/05/2004

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 83.996-7 RIO DE JANEIROV O T O

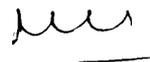
O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO** (Relator): A denúncia imputa ao paciente a prática de ato obsceno (Cód. Penal, art. 233), porque, ao término da apresentação do espetáculo "Tristão e Isolda", que dirigiu no Teatro Municipal do Rio de Janeiro, após receber vaias e xingamentos, teria simulado uma masturbação e, em ato contínuo, exibido as nádegas para os expectadores que ali se encontravam.

Sustenta a impetração que a ação penal não pode prosperar em razão da atipicidade da conduta atribuída ao paciente. Alega que não há, na denúncia, descrição de ato obsceno.

A ordem é de ser indeferida, tal como opina o Ministério Público Federal, pelo parecer da ilustre Subprocuradora-Geral da República, Dra. Delza Curvelo Rocha (fls. 137-144):

"(...)

11. É pacífico o entendimento no sentido da inidoneidade do **mandamus** para postular o trancamento da ação penal, a não ser que se trate de hipótese em que pela simples exposição dos fatos narrados na denúncia, seja, de pronto, constatada atipicidade da conduta ou, ainda, seja



constatada a inexistência de indícios que apontem, ainda que minimamente, para a autoria do delito.

12. Nenhuma das duas hipóteses socorre ao paciente nos presentes autos. A imputação da denúncia, **in casu**, é expressa em determinar o tipo penal (artigo 233 do Código Penal) entendendo, assim, a acusação, que a conduta é típica. Desta forma, a irresignação do paciente adentra na comprovação de sua inocência que somente poderia se comprovar com o revolvimento da prova carreada aos autos da ação penal, sendo incabível na via eleita.

13. A hipótese, no entanto, comporta algumas considerações. Em primeiro lugar, devemos ter em mente que as pessoas que estavam no interior do Teatro Municipal do Rio de Janeiro, no dia 17 de agosto de 2003, por volta das 02:00 horas, e que presenciaram os atos praticados pelo paciente, ali se encontravam como consumidores de um serviço que lhes era oferecido — um espetáculo para o qual pagaram os ingressos que lhe foram cobrados — razão pela qual tinham o direito de aplaudir ou vaiar o espetáculo, de acordo com os sentimentos provocados pelo próprio espetáculo — de agrado ou desagradado. Dos responsáveis pelos serviços apresentados é esperado o profissionalismo necessário para o enfrentamento dos resultados dos serviços que oferecem, assumindo o risco de serem aplaudidos ou vaiados.

14. Em segundo lugar, a conduta punida, **ex vi** do artigo 233 do Código Penal, no dizer de Celso Delmanto (**in** Código Penal Comentado, 5ª edição, fls. 444/445) 'é praticar ato obsceno, isto é, ato que ofenda o pudor público, objetivamente, de acordo com o meio ou circunstâncias em que é praticado'. Sobre o assunto, guardadas as devidas proporções de tempo e lugar, merecem destaque as ponderações do Ministro Barros Monteiro, nos autos do RHC nº 50.828/GB, que peço vênha para transcrever parcialmente **verbis**:

'(...)

2. Configura a hipótese um entrechoque de opiniões: enquanto o Diretor da Divisão de Censura reputa o ato obsceno, e,



como tal, passível de punição **ex vi** do disposto no art. 233 do Código Penal, entende a recorrente que ele se insere 'dentro da esfera de **privacy** a que todo o cidadão tem direito', visto como 'ninguém pode ser obrigado a vestir-se como desejariam as autoridades policiais'.

3. Ledo engano, o da recorrente, pois embora ninguém esteja obrigado a vestir-se de acordo com o figurino da polícia, a ninguém também é permitida ilimitada licenciosidade no modo de trajar. A liberdade individual é um princípio relativo, que deve sofrer as restrições impostas pela comunidade, notadamente em matéria de costumes.

4. A recorrente contrapõe a sua concepção de pudor àquela ditada pela autoridade pública, no exercício da sua função de protetora dos valores éticos da comunidade, que ela legitimamente representa. Basta esta circunstância, se outras tantas não houvesse, para derruir a pretensão da recorrente. Se o assunto é polêmico (pelo menos em tese, já que se presume represente o agente do poder público o sentimento médio do pudor coletivo), não há cogitar de constrangimento ilegal remediável pela via do **habeas corpus**, que é garantia constitucional destinada exclusivamente à proteção de direitos líquidos e certos (Pontes de Miranda, 'História e Prática do **Habeas Corpus**', 1951, parágrafo 81; Vicente Sabino Júnior, 'O **Habeas Corpus** e a Liberdade Pessoal', 1964, pags. 63 e segs.).

5. Ao contrário do que supõe a recorrente, à configuração do questionado delito não se exige dolo específico, ou seja, a deliberada intenção de afronta ao pudor público, bastando a vontade pura e simples de praticar o ato, que se sabe obsceno, e a consciência da publicidade do lugar em que se dá a ocorrência. 'Não é indispensável — leciona mestre Nelson Hungria — que o ato represente uma expansão erótica ou vise à excitação da lascívia alheia; desde que, sob o

prisma objetivo, se apresente em colisão com o pudor público, ou idôneo a suscitar o sentimento comum de vergonha (verecundia), pouco importa que o agente, embora deva ter a consciência disso, haja procedido, por exemplo, **jocandi animo** ou **demonstrandí causa**, ou para exercer uma vingança, sem qualquer intuito de lubricidade' ('Com. Ao C. Penal', 4ª. Ed., vol. VIII, pg. 310).

6. Tudo faz crer seja contrário ao sentimento ético da sociedade brasileira, no seu atual estágio cultural, o comportamento reinvidicado pela recorrente. Qualquer pessoa, que não alimente concepções extremadas e, portanto, visualize parcialmente o problema, pode perceber este embate que, com a generalização, advirão à moral coletiva, à pudicícia do **homemedius**, que é, em última análise, a força que empresta conteúdo à norma incriminadora.

(...).'

15. Ante o exposto, opina o Ministério Público Federal pelo conhecimento e denegação da presente ordem de **habeas corpus**.

(...)." (Fls. 141-144)

Correto o entendimento.

Como visto, sustenta o impetrante a atipicidade da conduta atribuída ao paciente. Alega que não há, na denúncia, descrição de ato obsceno, aos seguintes argumentos: a) a conduta praticada não



atingiu o pudor das pessoas que lá se encontravam; b) a conduta não teve conotação sexual.

É claro que o exame dos fatos, nos estreitos limites do processo de **habeas corpus**, não é feito de forma aprofundada. Ele se faz, simplesmente, para que se verifique se, de tais fatos, decorre a ocorrência de crime em tese, o que é bastante para que a denúncia ou a queixa seja recebida. No RHC 56.693/DF, Rel. Min. Moreira Alves, assim decidiu a Primeira Turma:

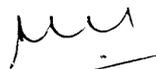
"EMENTA - **Habeas Corpus**. Trancamento de ação penal por falta de justa causa.

- 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."  
("D.J." de 11.12.78)

Não foi outro o decidido no RHC 61.145/SP, Rel. Min. Néri da Silveira, quando integrava a Primeira Turma:

"**Habeas corpus**. Trancamento da ação penal. Falta de justa causa. Código Penal, artigo 171. O **habeas corpus** não enseja o exame aprofundado de provas, para se afirmar, desde logo, se o réu é, ou não, inocente. Diante dos fatos descritos na denúncia, não é possível, **prima**



**facie**, recusar sua tipificação como ilícito criminal. Se esses fatos são verdadeiros, ou não; se existiria, apenas, questão de direito civil, somente será possível concluir, ultimada a colheita de provas, em instrução contraditória. Recurso desprovido." (RTJ 113/1.017).

Nesse mesmo sentido, decidiu esta Turma, no HC 72.731/SP, de que fui Relator. O acórdão porta a seguinte ementa:

"EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. 'HABEAS CORPUS'. DENÚNCIA. AÇÃO PENAL. TRANCAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. Lei 5.250/67. Arts. 21 e 22, c.c. art. 23, II.

I - Denúncia que atende aos requisitos do art. 41 do CPP.

II - 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.

III - H.C. indeferido". ("D.J." de 25.8.2000)

No caso, narra a denúncia (fls. 88-89):

"No dia 17 de agosto de 2003, por volta das 02:00 horas, no interior do Teatro Municipal do Rio de Janeiro, localizado na Avenida Rio Branco, nº 199, Centro, nesta comarca, o denunciado, diretor da ópera 'Tristão e Isolda', cuja apresentação ocorria no sobredito local, com vontade livre e consciente, após o término do espetáculo, ao ouvir vaias manifestadas por parte do público, praticou ato obsceno consistente em simular uma masturbação.

Ato contínuo, ainda fora do contexto teatral, o imputado virou de costas para a platéia, abaixou as calças



até a altura dos joelhos, arriou sua cueca e mostrou as nádegas para os espectadores presentes.

Assim agindo, o denunciado, livre e conscientemente, praticou atos obscenos em lugar aberto ao público, qual seja, o Teatro Municipal do Rio de Janeiro, estando, portanto, incurso nas sanções previstas no artigo 233, do Código Penal." (fl. 88)

Estatui, a propósito, o art. 288 do Código Penal:

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

Com efeito, ao contrário do que sustenta a impetração, a conduta atribuída ao paciente, na denúncia, pelo menos em tese, se ajusta ao tipo inscrito no art. 233 do Código Penal.

Leciona Hungria que, para configuração do crime, não é necessária a intenção específica de ofender o pudor público, nem que "o ato represente uma expansão erótica ou vise à excitação da lascívia alheia: desde que, sob o prisma objetivo, se apresente em colisão com o pudor público, ou idôneo a suscitar o sentimento comum de vergonha (**verecundia**), pouco importa que o agente, embora deva ter consciência disso, haja procedido, por exemplo, **jocandi animo ou demonstrandi causa**, ou para exercer uma vingança, sem qualquer



intuito de lubricidade. Acrescenta que, por se tratar de crime de perigo, "basta a possibilidade de ofensa ao pudor público, ainda que esta não seja a intenção do agente" (Nelson Hungria, "Comentários ao Cód. Penal", Forense, 1940, 4ª ed., VIII/310).

Endossa esse entendimento Magalhães Noronha:

"(...)

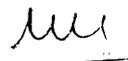
Já dissemos que o bem jurídico é o pudor sexual da sociedade e, portanto, ato obsceno que ofende necessita também ser sexual, devendo, contudo, o qualificativo ser tomado em sentido amplo, para compreender não só os atos normalmente sexuais, como os seus equivalentes, de cunho nitidamente sexual, ambos ofendendo o pudor público.

Falando-se em ato sexual, é mister ter presente não ser imprescindível que ele sirva ao desafogo da luxúria ou sensualidade do agente, como aliás, já se disse no atentado violento ao pudor (nº 800). Basta que conflite com o pudor público, pouco importando o móvel do agente: lubricidade, gracejo, vingança, etc." (Magalhães Noronha, "Direito Penal", Saraiva, 1961, 3º/377)

No RHC 50.828/SP, Rel. Min. Raphael de Barros Monteiro, precedente mencionado no parecer do Ministério Público Federal, decidiu esta Corte:

"EMENTA: Habeas corpus.

1) Direito que se invoca, em **habeas corpus**, ao desnudamento total de busto feminino nas praias;



2) 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;

3) Compete à autoridade pública aferir o sentimento médio de pudor coletivo e fazê-lo respeitado através do seu poder de polícia;

4) Recurso ordinário desprovido". ("DJ" de 04.04.73)

É certo, tal como afirmado pela impetração, que, em razão da evolução cultural, a nudez humana tem-se apresentado constantemente nos veículos de comunicação, mas nem por isso tem sido considerada ofensiva ao pudor público. No entanto, mesmo tendo isso em conta, bem como o local e circunstâncias em que a conduta foi praticada - interior de um teatro, às 2:00h - parece-me prematuro concluir que a conduta do paciente, praticada fora do contexto teatral, não teria atingido o pudor das pessoas que lá se encontravam para assistir a um espetáculo. Somente ao final da instrução é que o Juizado poderá decidir, com base, inclusive, em novos elementos que forem colhidos, sobre a ocorrência ou não do delito.

Assim, como salientado no voto condutor do acórdão da Primeira Turma Recursal Criminal do Juizado Especial Criminal do



Estado do Rio de Janeiro, "o exame do elemento subjetivo, porém, ou mesmo da própria violação ao bem jurídico, a meu sentir, exige exame de prova, com a oitiva das testemunhas presenciais, somente podendo o Magistrado concluir pela tipicidade ou atipicidade do comportamento após a produção daquela prova, sendo o fato narrado em tese criminoso." (fl. 132).

Do exposto, indefiro a ordem, cassada a medida liminar.



25/05/2004

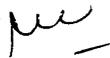
SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 83.996-7 RIO DE JANEIRO

## ADITAMENTO AO VOTO

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO** (Relator) - Quero dar as boas-vindas ao eminente Advogado, Dr. Rodrigo Ferrante Peres, neto de um juiz que muito estimei, do Tribunal Federal de Recursos e do Superior Tribunal de Justiça, o saudoso Ministro Miguel Ferrante, cuja memória reverencio. Ressalto, de outro lado, a bela sustentação aqui feita pelo Dr. Rodrigo Ferrante Peres.

Entretanto, peço licença para indeferir a ordem e cassar a medida liminar.



#####

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 83.996-7

PROCED.: RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. CARLOS VELLOSO

PACTE.(S): GERALD THOMAS SIEVERS

IMPTE.(S): PAULO FREITAS RIBEIRO

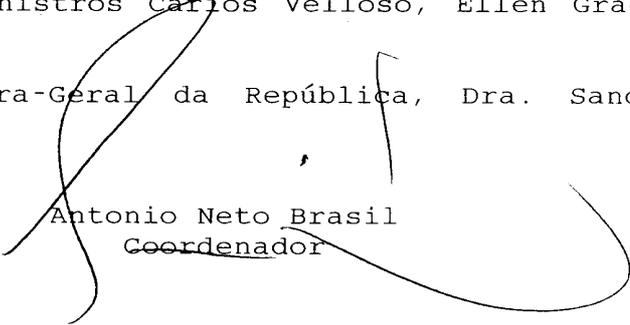
COATOR(A/S)(ES): TURMA RECURSAL DO RIO DE JANEIRO

**Decisão:** Após o voto do Ministro-Relator, indeferindo a ordem, pediu vista o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello. Presidiu, este julgamento, o Senhor Ministro Carlos Velloso. 2ª Turma, 25.05.2004.

**Decisão:** O Senhor Ministro Gilmar Mendes, consultado pelo Presidente da Turma, propôs, justificadamente, a **renovação** do pedido de vista, pelo prazo agora estendido para 09.08.2004 (Resolução STF nº 278/2003, art. 1º, § 1º, **in fine**). 2ª turma, 29.06.2004.

Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os Senhores Ministros Carlos Velloso, Ellen Gracie e Gilmar Mendes.

Subprocuradora-Geral da República, Dra. Sandra Verônica  
Cureau.

  
Antonio Neto Brasil  
Coordenador

17/08/2004

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 83.996-7 RIO DE JANEIRO

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES:

Diz o eminente Relator:

"Estatui, a propósito, o art. 233 do Código Penal:

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

Com efeito, ao contrário do que sustenta a impetração, a conduta atribuída ao paciente, na denúncia, pelo menos em tese, se ajusta ao tipo inscrito no art. 233 do Código Penal.

Leciona Hungria que, para configuração do crime, não é necessária a intenção específica de ofender o pudor público, nem que 'o ato represente uma expansão erótica ou vise à excitação da lascívia alheia: desde que, sob o prisma objetivo, se apresente em colisão com o pudor público, ou idôneo a suscitar o sentimento comum de vergonha (**verecúndia**), pouco importa que o agente, embora deva ter consciência disso, haja procedido, por exemplo,

*jocandi animo ou demonstrandi causa*, ou para exercer uma vingança, sem qualquer intuito de lubricidade.' Acrescenta que, por se tratar de crime de perigo, 'basta a possibilidade de ofensa ao pudor público, ainda que esta não seja a intenção do agente' (Nelson Hungria, 'Comentários ao Cód. Penal', Forense, 1940, 4ª ed., VIII/310).

Endossa esse entendimento Magalhães Noronha:

"(...)

Já dissemos que o bem jurídico é o pudor sexual da sociedade e, portanto, ato obsceno que ofende necessita também ser sexual, devendo, contudo, o qualificativo ser tomado em sentido amplo, para compreender não só os atos normalmente sexuais, como os seus equivalentes, de cunho nitidamente sexual, ambos ofendendo o pudor público.

Falando-se em ato sexual, é mister ter presente não ser imprescindível que ele sirva ao desafogo da luxúria ou sensualidade do agente, como aliás, já se disse no atentado violento ao pudor (nº 800). Basta que conflite com o pudor público, pouco importando o móvel do agente: lubricidade, gracejo, vingança, etc." (Magalhães Noronha, "Direito Penal", Saraiva, 1961, 3º/377)

No RHC 50.828/SP, Rel. Min. Raphael de Barros Monteiro, precedente mencionado no parecer do

Ministério Público Federal, decidiu esta Corte:

**"EMENTA: Habeas corpus.**

1) Direito que se invoca, em **habeas corpus**, ao desnudamento total de busto feminino nas praias;

2) 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;

3) Compete à autoridade pública aferir o sentimento médio de pudor coletivo e fazê-lo respeitado através do seu poder de polícia;

4) Recurso ordinário desprovido". ("DJ" de 04.04.73)

É certo, tal como afirmado pela impetração, que, em razão da evolução cultural, a nudez humana tem-se apresentado constantemente nos veículos de comunicação, mas nem por isso tem sido considerada ofensiva ao pudor público. No entanto, mesmo tendo isso em conta, bem como o local e circunstâncias em que a conduta foi praticada - interior de um teatro, às 2:00h - parece-me prematuro concluir que a conduta do paciente, praticada fora do contexto teatral, não teria atingido o pudor das pessoas que lá se encontravam para assistir a um espetáculo. Somente ao final da instrução é que o Juizado poderá decidir, com base, inclusive, em novos elementos que forem

colhidos, sobre a ocorrência ou não do delito.

Assim, como salientado no voto condutor do acórdão da Primeira Turma Recursal Criminal do Juizado Especial Criminal do Estado do Rio de Janeiro, "o exame do elemento subjetivo, porém, ou mesmo da própria violação ao bem jurídico, a meu sentir, exige exame de prova, com a oitiva das testemunhas presenciais, somente podendo o magistrado concluir pela tipicidade ou atipicidade do comportamento após a produção daquela prova, sendo o fato narrado em tese criminoso." (Fl. 132)."

Com as vênias de estilo, ousou divergir.

Não quer me parecer que, na hipótese, esteja configurado o crime de que cuida a denúncia.

No caso em apreço, ainda que se cuide, talvez, de manifestação deseducada e de extremo mau gosto, tudo está a indicar um protesto ou uma reação - provavelmente grosseira - contra o público.

Precisas, nesse aspecto, as observações da impetração:

"Quando simulou a masturbação - parece claro a qualquer um - não estava o paciente pretendendo afetar qualquer prazer sexual, mas sim que as vaias não lhe atingiam, davam-lhe até prazer, qual uma masturbação. Estava a demonstrar, de forma incorreta - é claro - desprezo pela parte do público que lhe vaiava. Só isso.

41. Tal interpretação desse ato, de tão óbvia, foi descrita pelo JB On Line, de 18 de agosto deste ano:

**"Fazendo graça, o Diretor gesticulava para a**

**audiência, pedindo mais. Para mostrar desprezo, fingiu que se masturbava. E saiu de cena.**" (fl. 5 dos autos)

42. O mesmo se diga da exibição de suas nádegas. Ninguém com razoável sensibilidade poderia ali enxergar qualquer sentido sexual neste ato, senão apenas o de demonstrar - inadequadamente é certo - desprezo por aquelas pessoas que ali estavam a xingá-lo e a vaiá-lo." (fls. 17)

Não se trata, também, de um gesto totalmente fora do contexto da própria peça teatral.

Nesse sentido, lembra a impetração:

"(...) no espetáculo dirigido pelo paciente, uma das atrizes, durante a apresentação, simulou masturbar-se, como se lê no artigo do jornalista Arnaldo Bloch, ao comentar todo o episódio: **"Ah, mas aquela mulher no início do primeiro ato, masturbando-se no divã."**" (fls. 31 dos autos)

31. Nem por isso houve quem levantasse sua voz para dizer que aquela atitude pudesse constituir ato obsceno, ou que a atriz estivesse ali a ultrajar o pudor daqueles que assistiam à ópera." (fls. 12)

Com efeito, não se pode olvidar o contexto no qual se verificou o ato incriminado.

O roteiro da peça, ressalte-se, envolveu até uma simulação de masturbação. Estava-se diante de um público adulto, às duas horas da manhã, no Estado do Rio de Janeiro.

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

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

De resto, observe-se que a sociedade moderna dispõe de mecanismos próprios e adequados a esse tipo de situação, como a própria crítica, sendo dispensável, por isso, o enquadramento penal.

Tal como defendemos em outra oportunidade,

"É certo que a lei exerce um papel deveras relevante na ordem jurídica do Estado de Direito. Assinale-se, porém, que os espaços não ocupados pelo legislador não são dominados pelo caos ou pelo arbítrio.

Embora a competência para editar normas, no tocante à matéria, quase não conheça limites (universalidade da atividade legislativa), a atividade legislativa é, e deve continuar sendo, uma atividade subsidiária. Significa dizer que o exercício da atividade legislativa está submetido ao princípio da necessidade, isto é, que a promulgação de leis supérfluas ou iterativas configura abuso do poder de legislar. É que a presunção de liberdade, que lastreia o Estado de Direito democrático, pressupõe um regime legal mínimo, que não reduza ou restrinja, imotivada ou desnecessariamente, a liberdade de ação no âmbito social. As leis não de ter, pois, um fundamento objetivo, devendo mesmo ser reconhecida a inconstitucionalidade das normas que estabelecem restrições dispensáveis." (MENDES, Gilmar

Ferreira; FORSTER JÚNIOR, Nestor José. *Manual de redação da Presidência da República*. 2. ed. rev. e atual. Brasília: Presidência da República, 2002, p. 87)

Se essa orientação se aplica às limitações gerais a direitos individuais, com muito maior razão há de se aplicar ao direito penal.

Vale destacar, ainda, decisão antiga desta Segunda Turma, em que se diferenciou a caracterização da obscenidade em razão do público-alvo. Transcrevo o inteiro teor do acórdão relatado pelo eminente Ministro Aliomar Baleeiro:

"Obscenidade e pornografia. O direito constitucional de livre manifestação do pensamento não exclui a punição penal, nem a repressão administrativa de material impresso, fotografado, irradiado ou divulgado por qualquer meio, para divulgação pornográfica ou obscena, nos termos e forma da lei. À falta de conceito legal do que é pornográfico, obsceno ou contrário aos bons costumes, a autoridade deverá guiar-se pela consciência de homem médio de seu tempo, perscrutando os propósitos dos autores do material suspeito, notadamente a ausência, neles, de qualquer valor literário, artístico, educacional ou científico que o redima de seus aspectos mais crus e chocantes. A apreensão de periódicos obscenos cometida ao Juiz de Menores pela Lei de Imprensa visa à proteção de crianças e adolescentes contra o que é impróprio à sua formação moral e psicológica, o que não importa em vedação

absoluta do acesso de adultos que os queiram ler. Nesse sentido, o Juiz poderá adotar medidas razoáveis que impeçam a venda aos menores até o limite de idade que julgar conveniente, desses materiais, ou a consulta dos mesmos por parte deles." [se grifos no original] (RMS 18.534, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, RTJ 47/787)

Ressaltou o eminente Ministro em seu voto:

"Mas o conceito de 'obsceno', 'imoral', 'contrário' aos bons costumes é condicionado ao local e à época. Inúmeras atitudes aceitas no passado são repudiadas hoje, do mesmo modo que aceitamos sem pestanejar procedimentos repugnantes às gerações anteriores. A Polícia do Rio, há 30 ou 40 anos não permitia que um rapaz se apresentasse de busto nu nas praias e parece que só mudou de critério quando o ex-Rei Eduardo VIII, então Príncipe de Gales assim se exibiu com o irmão em Copacabana. O chamado *bikini* (ou 'duas peças') seria inconcebível em qualquer praia do mundo ocidental, há 30 anos.

Negro de braço dado com branca em público, ou propósito de casamento entre ambos, constituía crime e atentado aos bons costumes em vários Estados norte-americanos do Sul, até um tempo bem próximo do atual." (RTJ 47/790)

Na mesma ocasião, ratificou o Ministro Evandro Lins e Silva:

"Conceito de obscenidade é variável no tempo e no

espaço. O que era considerado obsceno, há bem pouco tempo, deixou de o ser, com a mudança de costumes e o conhecimento que a juventude passou a ter de problema que lhe eram proibidos estudar e conhecer, até recentemente." (RTJ 47/797)

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

É certo, poder-se-ia cogitar, objetivamente, de injúria. Porém, além de não haver vítima determinada, a injúria configura crime que demanda a propositura de queixa (CP, art. 145).

Nesses termos, com a devida vênia, o meu voto é pela concessão da ordem para que se determinar o trancamento da ação penal.

17/08/2004

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 83.996-7 RIO DE JANEIROCONFIRMAÇÃO DE VOTO

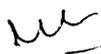
O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO (RELATOR) - Sr. Presidente, vejo que o eminente Ministro Gilmar Mendes trouxe argumentos com os quais posso até concordar, mas não devo fazê-lo nos estreitos limites do processo de **habeas corpus**.

Penso, conforme acentuei em meu voto, que a instrução — e assim também o decidiu a Câmara Recursal do Juizado Especial — torna-se necessária, justamente para se apurar se o que o paciente fez — afinal de contas foram atos que levaram, inclusive, um eminente jurista do Estado do Rio de Janeiro a dizer que a cultura carioca estava com as calças abaixadas — era condizente com o ambiente. Na verdade, há notícia de que na ópera havia qualquer coisa nesse sentido, mas, ao que pude ler, parece-me que no sentido mais simbólico de uma masturbação feminina. Agora, o que o paciente fez foi totalmente diferente. Ele se desnudou, grosseiramente, diante da platéia, com protestos de muitos.



Penso que a questão exige apuração criteriosa, na instrução criminal. Creio que a questão não se resolve nos estreitos limites do **habeas corpus**.

Com essas breves considerações, peço licença para manter o meu voto.



\* \* \* \* \*

17/08/2004

SEGUNDA TURMA

**HABEAS CORPUS 83.996-7 RIO DE JANEIRO**

## CONFIRMAÇÃO DE VOTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie – Sr. Presidente, gostaria de dizer que concordo genericamente com aquilo que hoje foi exposto pelo eminente Ministro Gilmar Mendes.

Considero que a exposição, pouco edificante e esteticamente, questionável não ultrapassa, no entanto, segundo concluiu o eminente Ministro Gilmar Mendes – creio que talvez também o faça o juiz encarregado da instrução -, os limites de uma reação grosseira em relação às vaias do público. Parece-me demonstrar um desprezo pela opinião desse público, que é a única e maior razão de existência das artes cênicas. Figuras bem mais qualificadas – refiro-me apenas a Victor Hugo na estréia do Ernani, onde houve inclusive uma batalha campal – adotaram postura de humildade diante daqueles que não compreenderam, na época, as inovações introduzidas em suas criações.

De acordo com o eminente Relator, entendo que a questão ficará bem dirimida no primeiro grau de jurisdição, não cabendo, desde logo, abortar a investigação que se procede.

Por isso confirmo o voto manifestado anteriormente.



17/08/2004

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 83.996-7RIO DE JANEIRO

RELATOR ORIGINÁRIO : MIN. CARLOS VELLOSO

RELATOR PARA O : MIN. GILMAR MENDES

**ACÓRDÃO**

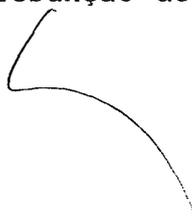
PACIENTE(S) : GERALD THOMAS SIEVERS

IMPETRANTE(S) : PAULO FREITAS RIBEIRO

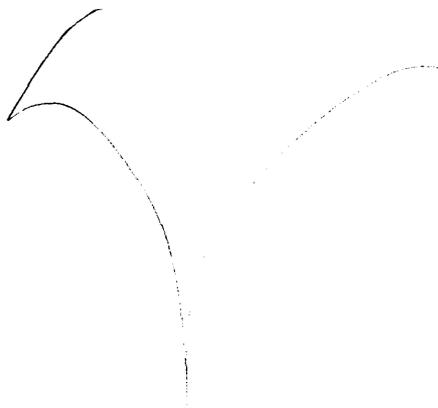
COATOR(A/S) (ES) : TURMA RECURSAL DO RIO DE JANEIRO

**E X P L I C A Ç ã O**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Sr. Presidente, eu gostaria de fazer uma pequena observação. É claro que a jurisprudência pacífica da Corte - o Ministro Carlos Velloso ressaltou bem, e nós todos temos feito isso - é no sentido de não se conceder a ordem quando a matéria envolver questões de fato que serão devidamente examinadas na fase instrutória. Mas, como Vossa Excelência, inclusive, houve por bem ressaltar, estamos aqui com um tipo marcadamente normativo, envolvendo esses conceitos culturais fortíssimos. Isso se aplica muito à questão da restrição dos direitos fundamentais em geral - uma boa lembrança, que rocei no meu voto: esse caráter subsidiário do princípio da reserva legal ou da atividade legislativa. A lei, é claro, exerce um papel decisivo na sociedade moderna, no Estado atual, mas a presunção de liberdade que



lastreia o Estado de Direito Democrático exige que esse seja um regime legal mínimo. Portanto, devemos ter, talvez, uma cautela para não tentar criminalizar as condutas ou solver, mediante o direito penal, conflitos que podem ser resolvidos de outra maneira por uma sociedade madura. Daí ter colocado no meu voto a possibilidade de que a repulsa, a reprovação à semelhante atitude se traduza também por mecanismos sociais outros que não aqueles decorrentes da aplicação do direito penal.



## SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 83.996-7

PROCED.: RIO DE JANEIRO

RELATOR ORIGINÁRIO : MIN. CARLOS VELLOSO

RELATOR PARA O ACÓRDÃO : MIN. GILMAR MENDES

PACTE.(S): GERALD THOMAS SIEVERS

IMPTE.(S): PAULO FREITAS RIBEIRO

COATOR(A/S)(ES): TURMA RECURSAL DO RIO DE JANEIRO

**Decisão:** Após o voto do Ministro-Relator, indeferindo a ordem, pediu vista o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello. Presidiu, este julgamento, o Senhor Ministro Carlos Velloso. 2ª Turma, 25.05.2004.

**Decisão:** O Senhor Ministro Gilmar Mendes, consultado pelo Presidente da Turma, propôs, justificadamente, a **renovação** do pedido de vista, pelo prazo agora estendido para 09.08.2004 (Resolução STF nº 278/2003, art. 1º, § 1º, **in fine**). 2ª turma, 29.06.2004.

**Decisão:** A Turma deferiu o pedido de habeas corpus (RISTF, art. 150, § 3º) e **determinou**, em consequência, a **extinção** do processo penal de conhecimento, **com o imediato trancamento** da ação penal, em virtude de se haver registrado **empate** na votação, pois os Ministros Relator e Ellen Gracie **indeferiam** o pedido, **enquanto** os Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello (Presidente) o **deferiam**. **Não votou** o Ministro Joaquim Barbosa, por **não** haver assistido ao relatório. Redigirá o acórdão o Senhor Ministro Gilmar Mendes. 2ª Turma, 17.08.2004.

Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os Senhores Ministros Carlos Velloso, Ellen Gracie, Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Haroldo Ferraz da Nóbrega.

  
Carlos Alberto Cantanhede