



**PUC-SP**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**

**VITÓRIA DE SOUZA TORRES**

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 233 DO CÓDIGO PENAL**

**SÃO PAULO**

**2022**



**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**

VITÓRIA DE SOUZA TORRES

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 233 DO CÓDIGO PENAL**

Trabalho de Conclusão de Curso como exigência parcial para graduação no curso de Direito, sob orientação do Professor Doutor Guilherme de Souza Nucci.

SÃO PAULO

2022

VITÓRIA DE SOUZA TORRES

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 233 DO CÓDIGO PENAL**

Trabalho de Conclusão de Curso como exigência parcial para graduação no curso de Direito, sob orientação do Professor Doutor Guilherme de Souza Nucci.

Aprovado em: \_\_/\_\_/\_\_

BANCA EXAMINADORA

---

Dr. Nome Completo – PUC/SP

---

Dr. Nome Completo – PUC/SP

---

Dr. Nome Completo – PUC/SP

## **DEDICATÓRIA**

Aos meus pais, Alípio e Juliana, primeiro pela minha vida e segundo por nunca deixarem de fazer parte dela. Vocês foram essenciais em toda essa jornada.

À minha irmã e melhor amiga, Júlia Torres, por todo seu companheirismo durante a minha vida.

Ao meu namorado, Vinícius, por aguentar todos os meus surtos durante este trabalho, sempre me orientando da melhor forma e sendo a melhor companhia de vida que eu poderia escolher.

À minha amiga, Carolina, por transformar esses meus anos na faculdade e mudar minha vida por completo.

À minha amiga, Geórgia, por toda a sua ajuda durante esses 5 anos de faculdade.

## RESUMO

O presente trabalho se deu por meio do estudo de doutrinas, artigos e da jurisprudência pátria, com o intuito de analisar a constitucionalidade do artigo 233 do Código Penal, sob a ótica do princípio da legalidade, que se respalda no artigo 5º, XXXIX, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Evidenciando, assim, como suas implicações no cotidiano e sua vigência tem surtido efeitos negativos para a sociedade. Para tanto, são trazidos diversos julgados que visam demonstrar o perigo do indivíduo estar sujeito às arbitrariedades do Estado, principalmente quando ela se dá na esfera penal. Não só isso, mas também a busca pela demonstração de como a moral do ser humano é cultural e ao mesmo tempo mutável, para que sirva de base e critério ao entendimento da legislação. Tanta a relevância deste assunto que o próprio Supremo Tribunal Federal declarou repercussão geral sobre o tema, no que tange a falta de taxatividade neste artigo.

**Palavras-chave:** ato obsceno; constitucionalidade; arbitrariedade; princípio da legalidade.

## **ABSTRACT**

The present study was carried out through the analyses of doctrines, articles and the national jurisprudence, in order to analyze the constitutionality of article 233 of the Penal Code, from the perspective of the principle of legality, which is supported by article 5<sup>o</sup>, XXXIX, of the Federative Republic of Brazil's Constitution of 1988, therefore evidencing how it's implications in daily life and it's validity has had negative effects in society. To achieve this, several court judgments are brought to demonstrate the danger of the individual being subject to the arbitrariness of the State, especially when it takes place in the criminal sphere. Not only that, but the search for the demonstration of how the human being's ethic is cultural and at the same time changeable cannot serve as a basis or criterion for the legislation's comprehension. The matter is so relevant that the Supreme Federal Court itself declared a general repercussion on the subject regarding the lack of taxation in article 233 of de Penal Code.

**Keywords:** obscene act; constitutionality; arbitrariness; principle of legality.

## **Sumário**

<b>Introdução.....</b>	<b>7</b>
<b>Capítulo 1. Artigo 233, do Código Penal .....</b>	<b>10</b>
<b>1.1. Conceito Histórico .....</b>	<b>10</b>
<b>1.1.1. Movimentos moralizantes pelos quais passam as sociedades .....</b>	<b>10</b>
<b>1.1.2. O Direito e a moral .....</b>	<b>14</b>
<b>1.2. Ausência da determinação do elemento do ato obsceno .....</b>	<b>16</b>
<b>Capítulo 2. Princípio constitucional.....</b>	<b>18</b>
<b>2.1. Princípio da legalidade e seus desdobramentos .....</b>	<b>18</b>
<b>Capítulo 3. Valorações discricionárias.....</b>	<b>22</b>
<b>Capítulo 4. Jurisprudência pátria.....</b>	<b>25</b>
<b>4.1. Alegação de atipicidade da conduta .....</b>	<b>25</b>
<b>Capítulo 5. A declaração da inconstitucionalidade e a fragilidade da tutela penal do bem jurídico .....</b>	<b>31</b>
<b>Considerações finais .....</b>	<b>37</b>
<b>Fontes bibliográficas .....</b>	<b>39</b>

## Introdução

A ideia para o desenvolvimento do presente trabalho surgiu após a notícia do caso envolvendo Beatriz Coelho, artista plástica que foi detida e levada até a delegacia pela prática do topless na praia de Itapoã, em Vila Velha, Espírito Santo, em 30 de janeiro de 2022.<sup>1</sup>

É de suma importância ressaltar que a detenção da artista não se deu pela prática em si, melhor dizendo, pelo ato de estar com seus seios à mostra. Isso porque, o Código Penal Brasileiro em nenhum momento criminaliza a prática do topless, surgindo, conseqüentemente, um questionamento pautado no motivo que teria ensejado justificativa para a detenção da artista.

Ocorre que, no Brasil, há quem entenda pela prática do topless como um ato obsceno aos olhos da sociedade, originando a possibilidade de enquadrar a posição da mulher de escolher estar com seus seios descobertos no artigo 233 do Código Penal, que criminaliza a prática do ato obsceno, estabelecendo pena de detenção, de três meses a um ano, ou multa.

Destarte, o problema do presente caso e o que se planeja abordar com o trabalho em questão consistem na não disposição, explicação e exemplificação do que abrange o crime de ato obsceno, vez que não se trata de um artigo com rol taxativo.

Este caso gerou tamanha repercussão, fazendo com que, no ano de 2022, fosse colocado em pauta o projeto de lei 190/22, do deputado Paulo Ramos que tem como intuito alterar o artigo 233 do Código Penal para descriminalizar o topless. Após citar alguns casos como o de Beatriz Coelho, o projeto de lei dispõe:

Nesse sentido, apresentamos esta proposição com a finalidade de melhor garantir as liberdades individuais e diminuir as possibilidades interpretativas do art. 233 do Código Penal. O referido dispositivo existe para resguardar o pudor público e não para constranger mulheres em pleno exercício de sua cidadania, conforme o julgamento arbitrário de qualquer agente que se arvore o direito de definir como obsceno um ato tão normal e cotidiano quanto banhar-se no mar e tomar sol.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Ex-namorada de Camila Pitanga é levada para delegacia por fazer topless em praia do ES. G1 ES, Espírito Santo, 31 de janeiro de 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/es/espírito-santo/noticia/2022/01/31/ex-namorada-de-camila-pitanga-e-levada-para-delegacia-por-fazer-topless-em-praia-do-es.ghtml>. Acesso em: 25 set. 2022.

<sup>2</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 190, de 09 de fevereiro de 2022. Altera o art. 233 do Código Penal para descriminalizar o top less. Brasília: Câmara dos Deputados, 2022. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2314279>. Acesso em: 17 jul. 2022.

Assim, tem-se que, em decorrência da não taxatividade deste artigo, o legislador acabou por abrir margem a diferentes interpretações, o que deixa o indivíduo sujeito às arbitrariedades por parte do Estado.

Logo, o presente trabalho busca demonstrar a inconstitucionalidade do artigo 233 do Código Penal, como também os perigos que o povo brasileiro pode sofrer em decorrência dos abusos e despotismos estatais. Isso, pois, a falta de clareza e especificação faz com que o indivíduo não seja capaz de entender como agir, em função de não ser capaz de compreender se sua conduta pode se enquadrar em um ato criminoso ou não.

Este dispositivo por si só acaba por trazer diversos problemas ao judiciário em decorrência de sua vagueza, levando a complicações, contrariedades e incertezas, que fez com que o Supremo Tribunal Federal entendesse pela necessidade de se analisar tal dispositivo, ao reconhecer a repercussão geral de recurso que discute a constitucionalidade do crime de ato obsceno.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 233 DO CP. PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL. QUESTÃO JURÍDICA QUE TRANSCENDE O INTERESSE SUBJETIVO DA CAUSA. MANIFESTAÇÃO PELA EXISTÊNCIA DE QUESTÃO CONSTITUCIONAL E PELA REPERCUSSÃO GERAL DA MATÉRIA.

(RE 1093553 RG, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 29/03/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-065 DIVULG 05-04-2018 PUBLIC 06-04-2018)

Nessa linha, o projeto de lei 190/22, frisou:

Destacamos que o Supremo Tribunal Federal (STF) discute a constitucionalidade do art. 233 do Código Penal, no âmbito do RE 1093553. Falta ao dispositivo, conforme as alegações em favor de sua inconstitucionalidade, uma taxatividade que retire seu caráter arbitrário e demasiadamente subjetivo. Essa falta de taxatividade é o que permite os abusos, como o do recente caso da artista plástica. Enquanto o STF não se manifesta, esta Casa Legislativa deve, ao menos, buscar aprimorar o dispositivo.<sup>3</sup>

Com relação ao método de pesquisa adotado para composição do trabalho, foram realizadas diversas consultas à bibliografia técnica. No caso em questão consistiram elas em leitura de doutrinas, legislações e julgados, além de consultas em

---

<sup>3</sup> *Ibidem*.

artigos científicos, que dispusessem sobre o tema, para uma maior propriedade para tratar sobre este assunto.

Por fim, cabe dispor que o trabalho visa analisar crítica e criteriosamente o dispositivo que versa sobre o ato obsceno tal como suas implicações no cotidiano e como sua vigência tem surtido efeitos negativos para a sociedade, além de ser prejudicial ao direito constitucional, vez que há falta de clareza e precisão com relação à tipificação do crime em comento.

## Capítulo 1. Artigo 233, do Código Penal

### 1.1. Conceito Histórico

#### 1.1.1. Movimentos moralizantes pelos quais passam as sociedades

A moral, segundo o Dicionário Priberam, tem seu significado instituído com base em conceitos como os da justiça e dos bons costumes, sendo definida como os princípios e valores que compõem a conduta do homem.<sup>4</sup>

Isto posto, o primeiro ponto que deve ser abordado neste capítulo diz respeito à moral, que exhibe um conceito carregado de volatilidade, ensejando a premissa de que a moral do ser humano nunca se estagna no tempo. A base para isso se dá no fato de o ser humano apresentar esta própria volatilidade em seu essencial. Estamos em constante mudança, seja para melhor ou para pior.

Para a professora e Mestre Paula Ramos Nora de Santis, a moral, ao se pautar nos costumes e hábitos de um povo em tempos determinados, muda constantemente, uma vez que os hábitos sociais são renovados periodicamente e levam em conta o local em que são observados<sup>5</sup>.

Por sua vez, a professora de Teologia da PUC-Rio, Maria Clara Lucchtti Bingemer, ao tratar do conceito de volatilidade, dispõe que ele consiste na mudança de opinião ou ponto de vista que ocorrem com facilidade, ou seja, são opiniões mutáveis e inconstantes<sup>6</sup>.

A questão é que os eventos históricos que são vivenciados pelo ser humano acabam por afetá-los diretamente, assim como o ser humano modifica os eventos históricos concomitantemente. Para exemplificar toda essa mudança do homem, Paulo Freire, em sua obra “Pedagogia do Oprimido”, traz uma passagem que merece destaque, segundo a qual:

A educação problematizadora, que não é fixismo reacionária, é futuridade revolucionária. Daí que seja profética e, como tal, esperançosa. Daí que corresponda à condição dos homens como seres históricos e à sua

---

<sup>4</sup> Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/moral>. Acesso em: 25 set. 2022.

<sup>5</sup>SANTIS, Paula Ramos Nora de. Ética e Moral. Disponível em: <http://professor.pucgoias.edu.br/sitedocente/admin/arquivosUpload/17598/material/DEONTOLOGIA.%20AULA%201.%20ÉTICA%20E%20MORAL.%20texto%20de%20apoio%20e%20atividade.pdf>. Acesso em: 25 set. 2022.

<sup>6</sup> BINGEMER, Maria Clara. Volatilidade. Disponível em: <https://m.extra.globo.com/noticias/religiao-e-fe/maria-clara-bingemer/volatilidade-1026218.html>. Acesso em: 25 set. 2022.

historicidade. Daí que se identifique com eles como seres mais além de si mesmos – como “projetos” – como seres que caminham para frente, que olham para frente; como seres a quem o imobilismo ameaça de morte; para quem o olhar para trás não deve ser uma forma nostálgica de querer voltar, mas um modo de melhor conhecer o que está sendo, para melhor construir o futuro. Daí que se identifique com o movimento permanente em que se acham inscritos os homens, como seres que se sabem inconclusos; movimento que é histórico e que tem o seu ponto de partida, o seu sujeito, o seu objetivo.<sup>7</sup>

Nessa linha de raciocínio da mudança do homem, a professora Teresa Cristina Rego, ao tratar sobre as singularidades do homem conforme o meio em que se encontram e o modo que agem diante deste, estabelece que:

Na concepção vygotskiana, coerente com os pressupostos do materialismo-dialético, organismo e meio determinam-se mutuamente. Portanto, o biológico e o social não estão dissociados pois exercem influência recíproca. Nessa perspectiva, a premissa é de que o homem constitui-se como tal por meio de suas interações sociais. O desenvolvimento da estrutura humana é entendido, assim, como um processo de apropriação pelo sujeito da experiência histórica e cultura. Nesse processo, o indivíduo ao mesmo que internaliza as formas culturais, transforma-as e intervém em seu meio. Desse ponto de vista, o homem é visto como alguém que transforma e é transformado nas relações produzidas em uma determinada cultura. É, portanto, na relação dialética com o mundo que o sujeito se constitui e se desenvolve. Desse modo, o ser humano não só é um produto de seu contexto social, mas também um agente ativo na criação desse contexto.<sup>8</sup>

Assim, temos que as sociedades como um todo passam por movimentos moralizantes. Isto é, fatos que antes se encaixavam na visão de moral do ser humano, passam a não mais se enquadrar. Antigos atos que se encontravam no padrão, passam até a causar estranheza nas gerações posteriores.

Silvia Chakian, em seu livro “A Construção dos Direitos das Mulheres” ao tratar sobre a mulher na época da colonização no Brasil, dispôs que:

A honra da mulher, que devia ser manifestada pela obediência às regras de pudor, recato e castidade, estava ligada à honra da família. E o controle da sexualidade, através das regras de fidelidade, era uma garantia da paternidade da prole, tendo em vista as preocupações com a transmissão da herança.<sup>9</sup>

<sup>7</sup> FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*, 17<sup>a</sup>. ed. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1987. p. 47-48.

<sup>8</sup> REGO, Teresa. C. *Educação, cultura e desenvolvimento: o que pensam os professores sobre as diferenças individuais*. In: AQUINO, J. G. (org.) *Diferenças e preconceitos na escola: alternativas práticas e teóricas*. São Paulo: Summus, 1998. p. 49-71.

<sup>9</sup> CHAKIAN, Silvia. *A construção dos direitos das mulheres : histórico, limites e diretrizes para uma proteção penal eficiente / Silvia Chakian*. – 2. ed. rev.e atual. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 68.

Este trecho que parece moralmente incabível atualmente, acabou por ser incorporado aos discursos de indivíduos que entendem pela culpa de vítimas mulheres que sofrem estupros. Muito se escuta sobre a forma de se vestir e de se portar destas vítimas como forma de justificar o ato criminoso tido por homens que cometem o crime de estupro. Conforme se demonstra:

No âmbito do estudo do cometimento do estupro em específico, essa responsabilização recai sobre a mulher, sendo ela taxada como culpada, seja por seu comportamento ou roupas, que, segundo alegam, acabam por instigar o homem e, assim, influenciam na prática do delito. Dessa forma, é jogada parcial ou totalmente a responsabilidade na vítima feminina. Estaria, então, a figura feminina ainda como objeto diante da falta de respeito de um homem ao ver uma mulher usando roupas curtas e justas ou andando desacompanhada de outro homem em certos horários. Assim, é feita a analogia de que "deve ser atacada a mulher com pouca roupa", expressão essa usada na referida pesquisa desenvolvida pelo IPEA.<sup>10</sup>

Há também os exemplos mais banais, como a impossibilidade de mulheres usarem biquínis para irem à praia, tendo sido esta peça de vestimenta altamente criticada pela sociedade. Hoje esta prática é absolutamente comum, no Ocidente.

Segue o seguinte julgado para ilustrar essa mudança de pensamento:

PENAL. PROCESSUAL. NUDEZ EM CAMPANHA PUBLICITÁRIA. ATENTADO AO PUDOR. INQUÉRITO. TRANCAMENTO. "HABEAS CORPUS". RECURSO.

1. Se a peça publicitária de roupa íntima não incursiona pelo chulo, pelo grosseiro, tampouco pelo imoral, até porque exhibe a nudez humana em forma de obra de arte, não há inequivocadamente, atentado ao Código Penal, art. 234.

2. O Código penal, art. 234, se dirige a outras circunstâncias, visando, efetivamente, resguardar o pudor público de situações que possam evidentemente constituir constrangimento às pessoas nos lugares públicos.

3. A moral vigente não se dissocia do costume vigente. assim quando os costumes mudam, avançando contra os preconceitos, os conceitos morais também mudam. O conceito de obsceno hoje não é mais o mesmo da inspiração do legislador do Código Penal em 1940.

4. É desperdício de dinheiro público manter um processo sobre o qual se tem certeza, antemão, que vai dar em nada. Do ponto de vista do acusado em face dos seus direitos constitucionais individuais, é constrangimento ilegal reparável por "habeas corpus".

5. A liberdade de criação artística é tutelada pela Constituição Federal. que não admite qualquer censura. (CF, art. 220, § 2º).

6. "Habeas corpus conhecido como substitutivo de Recurso Ordinário e provido para trancar o Inquérito Policial por falta de justa causa.

(HC n. 7.809/SP, relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, relator para acórdão Ministro Edson Vidigal, Quinta Turma, julgado em 24/11/1998, DJ de 29/3/1999, p. 194.)

---

<sup>10</sup> PEIXOTO, Aimê Fonseca; NOBRE, Barbara Paula Resende. A responsabilização da mulher vítima de estupro. Revista Transgressões: Ciências criminais em debate. Natal, vol. 3, n. 1, maio/2015. p. 232.

Justificando o exposto, o magistrado Wellington da Silva Medeiros, em sentença de processo número 2015.01.1.141764-3, se utilizou de trecho do RMS 18534, que também tratou deste assunto, conforme se segue:

Dissertando acerca do que vem a ser "ato obsceno", o eminente Ministro do Supremo Tribunal Federal ALIOMAR BALEEIRO, na relatoria do RMS 18534, Segunda Turma, julgado ainda em 01/10/1968, traz interessante registro histórico acerca dos movimentos moralizantes por que passam todas as sociedades:

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 tempo bem próximo ao atual.<sup>11</sup>

Sendo assim, partindo da premissa que a moral é volátil, e que as bases morais de cada época da história divergem entre si, há a necessidade de se entender um pouco mais a fundo a relação da moral para com o Direito.

---

<sup>11</sup> Disponível em: <https://cache-internet.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=tjhtml122&ORIGEM=INTER&CIRCUN=1&SEQAND=121&CDNUPROC=20150111417643>. Acesso em: 25 set. 2022.

### 1.1.2. O Direito e a moral

Não é de estranhar, ao se analisar julgados, perceber que certas decisões são tomadas de moral e subjetividade de quem as profere. Este foi o caso da decisão proferida pelo desembargador José Damião Pinheiro Machado Cogan, do Tribunal de Justiça de São Paulo:

de ofício, ao analisar um Habeas Corpus durante um plantão judicial, o magistrado decretou a prisão preventiva de um homem que furtou um celular. O suspeito teve sua prisão decretada em primeira instância, e a soltura condicionada ao pagamento de fiança de R\$ 1 mil. (...) O desembargador concordou com a irregular concessão de fiança para a soltura do homem, não por causa de sua situação financeira ou falta de fundamentação. Segundo Cogan, o “audacioso praticante de furtos e roubos” não teria direito a pagar fiança por já ter cometido outros crimes e já ter sido preso.<sup>12</sup>

O professor e Doutor Lenio Luiz Streck, em seu livro “Precisamos falar sobre Direito e Moral”, dispôs:

Do mesmo modo, se a lei não é tudo, também não se pode dizer que ela é nada; se o juiz não é escravo da lei, tampouco é o proprietário dos sentidos da lei. O papel do juiz é de fundamental importância para fazer aquilo que Dworkin chama de “fit”, o ajuste institucional.<sup>13</sup>

E continua:

Todavia, o mais importante predador tem sido ela, a Moral. Alguns ramos do Direito têm sido “privilegiados”, como o direito civil – que, aos poucos, vem perdendo seu estatuto epistemológico –, o direito penal – pelos desejos de punitivismo e aversão às garantias constitucionais do processo –, e o processo civil – em que não conseguimos fazer cumprir diversos dispositivos do Novo Código que funciona(r)iam como contenção aos impulsos do “predador-moral”.<sup>14</sup>

O problema aqui está na questão de, como já anteriormente exposto, a moral é volátil e, não é igual para todos. Julgamentos como este do desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo trazem à tona a questão da insegurança jurídica. Um indivíduo pode ser julgado pelo que o outro considera como certo naquele momento.

Streck também incita que:

Mas um jurista não está em condições de fazer este tipo de escolha fundamental (entre o utilitarismo e a dignidade, por exemplo). Para ser bem

<sup>12</sup> Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jun-09/oficio-juiz-decreta-prisao-cautelar-hc-questionava-fianca>. Acesso em: 25 set. 2022.

<sup>13</sup> STRECK, Lenio Luiz. Precisamos falar sobre direito e moral: os problemas da interpretação e da decisão judicial / Lenio Luiz Streck. – 1. ed. – Florianópolis [SC]: Tirant Lo Blanch, 2019. p. 7-11.

<sup>14</sup> *Ibidem*.

claro sobre esse ponto: já há um sistema (de regras, princípios etc.) que lhe antecede e que lhe coloca em condições de dizer algo.<sup>15</sup>

O problema acaba sendo maior ainda quando essas questões morais podem ser o motivo para que a conduta de alguém incida em ato criminoso. É exatamente por isso que o Código Penal precisa ser bem específico em sua letra de lei, evitando assim prejuízo do indivíduo, já que a ausência da determinação do ato criminoso acaba por trazer a insegurança jurídica.

Quanto a segurança jurídica, José Afonso da Silva estabelece que

a segurança jurídica consiste no 'conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida'. Uma importante condição da segurança jurídica está na relativa certeza que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída<sup>16</sup>

É por conta desta falta de segurança jurídica que o presente trabalho se propôs analisar a constitucionalidade do artigo 233 do Código Penal.

Em suma, o professor Edson Luis Baldan traz um entendimento que acaba explicitando essa questão da moral, dispondo que o ato não ofende a consciência coletiva por ser criminoso, mas que ele é criminoso, pois a sociedade o reprovava. Chegando à conclusão de que o delito também não pode ser imutável, tendo em vista ser ele o reflexo das convenções sociais específicas que variam tanto no tempo quanto no espaço.<sup>17</sup>

Para ele, não há que se falar que a transgressão penal é igualmente danosa em toda a sociedade, pois na verdade o crime é melhor entendido como violação de um código moral, decorrente da consciência coletiva da sociedade.<sup>18</sup>

Finalizando com a seguinte passagem:

Daí a necessidade de se pensar o sistema de justiça criminal no contexto mais amplo da ordem social e em sua alocação social geral, em vez de entendê-lo como esfera autônoma largamente independente. Esse entendimento deriva da constatação de que a lei e o sistema de justiça criminal refletem profundamente crenças e valores e não, simplesmente, produtos diretos da razão.<sup>19</sup>

---

<sup>15</sup> *Ibidem*.

<sup>16</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 2006. P. 133.

<sup>17</sup> BALDAN, Édson Luís. Educação como profilaxia à condição anômica e ao comportamento criminoso. São Paulo: Quartier Latin, no prelo. p. 3

<sup>18</sup> *Ibidem*.

<sup>19</sup> *Ibidem*.

## 1.2. Ausência da determinação do elemento do ato obsceno

O Direito Penal, diferentemente das outras áreas do direito, dispõe sobre a norma penal incriminadora, que acaba por gerar graves consequências. É por isso que, uma das garantias constitucionais que o povo brasileiro tem, encontra-se no inciso XXXIX, do art. 5º, da Constituição Federal, segundo a qual “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, 1988, Art. 5º, XXXIX).

Ademais, o artigo 233, do Código Penal dispõe que “Praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa” (BRASIL, 1940, Art. 233).

Ao ler tal artigo, percebe-se que o legislador não se ocupou em descrever no que consistiria a conduta do ato obsceno, ou seja, não impôs limites. Com relação a isso, Beccaria considera que: “Proibir uma multiplicidade de ações indiferentes não é evitar os delitos que não podem surgir, mas criar outros novos”.<sup>20</sup>

Assim, a ausência de determinação do elemento do ato obsceno traz essa oportunidade para que magistrados possam julgar como bem entenderem as ações dos indivíduos, tendo em vista, a forma ampla com que este ato foi trazido pelo legislador.

Para Rogério Greco, o ato obsceno consiste em uma infração penal que traz consigo uma carga de subjetividade muito grande na sua interpretação, trazendo como exemplo o caso do indivíduo que urina na rua:

Assim, por exemplo, o comportamento de urinar na rua poderá ou não se configurar em ato obsceno. Se o agente está urinando, de modo que ninguém veja seu órgão genital, embora possa trazer certo desconforto para as pessoas que passam próximas a ele, não o entendemos como obsceno. Agora aquela outra pessoa que, na mesma situação, ao urinar, não se importa com a sua posição, permitindo que seu órgão sexual fique à mostra enquanto se alivia, deverá, segundo entendemos, responder pelo delito em estudo, pois, nesse último caso, o ato será, certamente, mais grave do que o primeiro, importando em maior escândalo. No entanto, temos que confessar, nada é absoluto em

---

<sup>20</sup> Ferrajoli, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal / Luigi Ferrajoli. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002., p. 372.

termos de conceituação da obscenidade do ato, devendo a sociedade emitir seu juízo de valor sobre seu conceito em determinada época e lugar.<sup>21</sup>

A lei penal deve ser delimitada com exatidão, pois a vagueza abre margem para a insegurança jurídica. A nível de exemplo, temos o caso do juiz Wellington da Silva Medeiros, da 6ª Vara Criminal do TJDF, que acabou por absolver Jesus Pereira dos Santos, que havia praticado as condutas de urinar e se masturbar em local público, pois entendeu que o crime de ato obsceno (art. 233 do Código Penal) é inconstitucional.

Em razão do exposto, julgo IMPROCEDENTE a pretensão acusatória manifestada pelo Ministério Público, para ABSOLVER SUMARIAMENTE o réu, JESUS PEREIRA DOS SANTOS, da acusação a ele direcionada (art. 233 do Código Penal), com fundamento nos arts. 386, inciso III, e 397, inciso III, ambos do Código de Processo Penal.

Sem custas.

Transitando em julgado esta sentença, procedendo-se às anotações e comunicações de praxe, arquivem-se os autos.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Brasília - DF, terça-feira, 25/04/2017 às 17h59.

(2015.01.1.141764-3)

---

<sup>21</sup> Greco, Rogério. Curso de direito penal: volume 3: parte especial: artigos 213 a 361 do código penal / Rogério Greco. – 19. ed. – Barueri [SP]: Atlas, 2022. p. 265.

## Capítulo 2. Princípio constitucional

### 2.1. Princípio da legalidade e seus desdobramentos

O princípio da legalidade encontra base constitucional no art. 5º, XXXIX, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, segundo o qual “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, 1988, Art. 5º, XXXIX).

Este princípio decorre do próprio Estado democrático de direito, funcionando como uma imposição sobre o limite formal ao poder de punir do Estado.

Segundo o professor Junqueira, o princípio da legalidade assume dupla função, sendo ela política e jurídica. Enquanto a primeira se relaciona diretamente à dinâmica de poder entre o estado e cidadão, trazendo uma proteção contra as violências estatais; a segunda diz respeito à função da pena e do direito penal, dispondo ao destinatário da norma o seu espaço de atuação e orientando suas condutas.<sup>22</sup>

Em decorrência do princípio da legalidade, podemos tratar sobre quatro requisitos necessários, responsáveis por regular a dinâmica do poder estatal. São eles ser a lei prévia, escrita, estrita e certa.

O primeiro deles traduz-se na exigência de uma lei prévia, consistente no princípio da irretroatividade. Isso, pois, para que se possa condenar o comportamento tomado por um indivíduo em determinada situação, é imprescindível que ele saiba, a época dos fatos, que aquela conduta não era permitida. Se assim não o fosse, o ser humano se veria prisioneiro das arbitrariedades do Estado, podendo sofrer punições por ações que anteriormente eram tidas como lícitas.

Assim, o ordenamento jurídico brasileiro, visando proteger seus cidadãos, traz a proteção quanto à retroação da lei penal, dispondo em seu artigo 5º, XL, da Constituição da República Federativa do Brasil que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” (BRASIL, 1988, Art. 5º, XL).

Contudo, cabe a ressalva de que o legislador também se preocupou em trazer a exceção que diz respeito à retroação com relação às novas leis penais que acabarem por acarretar benefícios ao réu. Desta forma, surgem os institutos da *abolitio criminis*, relativo ao surgimento de nova lei penal que revoga infração penal,

---

<sup>22</sup> JUNQUEIRA, Gustavo. Manual de Direito Penal: Parte Geral / Gustavo Junqueira, Patricia Vanzolini. – 8. ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 35.

ou seja, há uma supressão da figura criminosa; e o da *novatio legis in mellius*, correspondente ao surgimento de uma nova lei penal que de algum modo acaba por beneficiar o réu. Nas palavras de Junqueira:

A Lei que, em comparação com outra, for mais severa do que ela só tem aplicação durante o seu tempo de vigência. Significa, em primeiro lugar que, se a lei anterior a ela for mais benéfica, a posterior mais severa não retroage, ou seja, não se aplica a fatos praticados antes e sua vigência sob a égide da outra (irretroatividade). E, em segundo lugar, que se for substituída por outra mais benéfica, a partir de então deixa de se aplicar, mesmo quanto a fatos praticados na sua vigência. Ou seja, não continua se aplicando aos fatos praticados na sua vigência, que passaram a subordinar-se à lei posterior (proibição da ultra-atividade).<sup>23</sup>

O segundo requisito tem a ver com a exigência de uma lei escrita. Isso porque o ordenamento jurídico brasileiro proíbe a criação e a imposição de penas por meios dos costumes, mesmo que tido ele como benéfico. De tal forma, os costumes acabam apenas servindo como um vetor interpretativo das normas jurídicas, qual seja, excluindo a tipicidade ou atuando como causa supralegal de exclusão de ilicitude, mas também como forma de mitigar a culpabilidade do agente ou atenuar a pena.

A exemplo de tal assertiva tem-se o caso de incesto, conduta não aceita pela sociedade, mas que a prática não encontra proibição no Código Penal Brasileiro, salvo nos casos envolvendo menores de 14 anos, enquadrando-se no crime de estupro de vulnerável.

Aqui tem-se então o princípio da reserva legal. Ao tratar sobre este princípio, o professor Junqueira, expõe:

O costume não pode ser fonte geradora de direito repressivo, cumprindo, entretanto, distinguir entre costume extra ou ultra legem e costume integrativo, subsidiário ou elucidativo da norma penal (costume “intra legem”). Nesse último caso, o costume intervém, mas sem afetar o dogma de que a única fonte do direito penal é a lei. Exemplifica-se: quando a lei penal emprega termos como “ato obsceno” (art. 233 do CP) e “fato ofensivo a sua reputação” (art. 139 do CP), reporta-se a um costume social, isto é, à moralidade coletiva em torno dos fatos da vida sexual, ou à honra objetiva, ficando subordinada, portanto, à variabilidade, no tempo e no espaço, desse costume (Nelson Hungria, Comentários ao Código Penal, p. 94).<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> JUNQUEIRA, Gustavo Manual de Direito Penal: Parte Geral / Gustavo Junqueira, Patricia Vanzolini. – 8. ed. – São Paulo : SaraivaJur, 2022. p. 43.

<sup>24</sup> JUNQUEIRA, Gustavo Manual de Direito Penal: Parte Geral / Gustavo Junqueira, Patricia Vanzolini. – 8. ed. – São Paulo : SaraivaJur, 2022. p. 36.

Vale ressaltar que o princípio da reserva legal consiste em um desdobramento do princípio da legalidade, apresentando certas diferenças, como bem estabelece Raizman:

Resta observar que o princípio da legalidade deve ser distinguido do princípio de reserva legal. O primeiro define os limites do poder punitivo, estabelecendo como o Estado deve proibir, julgar e punir, pois, como qualquer atividade estatal, deve ser autorizado por lei. O segundo garante o espaço de liberdade ou reserva individual, de forma que, para o cidadão, seja possível fazer tudo aquilo que não for proibido (daí a máxima de que tudo o que não for proibido encontra-se permitido). Assim, o primeiro focaliza no âmbito do proibido, enquanto o segundo no âmbito da liberdade do cidadão.<sup>25</sup>

Ademais, tem-se a exigência de a lei ser estrita, terceiro requisito, sendo este o princípio à proibição da analogia. Raizman, define a analogia como:

A analogia é uma forma de integração da lei penal que acontece quando outra lei é aplicada, por compartilhar seus fins, a fatos não previstos nela, em razão de estes serem semelhantes. Ela pode ter por base uma lei, chamada de analogia legis ou um princípio geral de direito, chamado analogia juris.<sup>26</sup>

Logo, a lei formal, sendo ela ordinária ou complementar, deve ser oriunda do Poder Legislativo da União. De tal forma que, resta proibido a utilização de analogia para ampliar os limites do Direito Penal. Esta analogia pode ser *in malam partem*, aquela que agrava, ou *in bonam partem*, a que beneficia a situação do agente.

Por fim, a exigência de uma lei certa, vez que há a necessidade de o crime ser definido. Assim surge a proibição da incriminação através de conceitos vagos e imprecisos, com o intuito de se evitar a insegurança jurídica. Resumindo, deve ser a lei certa, clara e precisa.

Com esta última exigência, surge o princípio da taxatividade, que tem como objetivo impedir que ocorram incriminações vagas. Isso, pois, em se tratando do direito incriminador, mais do que todos os outros, há uma forte exigência de as normas serem extremamente precisas e claras, com o intuito de o sujeito compreender quais ações pode e não pode tomar, de modo que todos devem conseguir delimitar quais atos são considerados criminosos e suas respectivas penas.

Não só, mas a taxatividade acaba por ser um dos principais meios de se proteger os indivíduos das arbitrariedades do Estado, tendo em vista que quanto mais

---

<sup>25</sup> RAIZMAN, Daniel. Manual de direito penal : parte geral / Daniel Raizman. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019. P. 92

<sup>26</sup> *Ibidem* p. 93

específicas forem as normas, menos espaço o judiciário tem para possíveis interpretações, fazendo com que sejam mais pacificadas as sentenças prolatadas. Nesta linha, Junqueira:

Além disso a elaboração de leis imprecisas, ambíguas, vagas aumenta a possibilidade de arbitrariedades, podendo haver, de um lado, excessos, e de outro escassez de tutela jurídica em relação a ofensas similares. Por fim, o referido princípio também impede que o legislador estabeleça uma escala de pena cominada muito ampla, de modo a gerar insegurança jurídica e arbítrio judicial (Nilo Batista, Introdução crítica ao direito penal brasileiro, p. 80).<sup>27</sup>

A questão da necessidade da taxatividade no Direito Penal resta demonstrada pelas amplas discussões em Tribunais Superiores quanto a constitucionalidade de determinados artigos, não só do artigo 233, do Código Penal, como também, a nível de exemplo do artigo 19, da Lei de Contravenções penais, como seguem abaixo:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 233 DO CP. PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL. QUESTÃO JURÍDICA QUE TRANSCENDE O INTERESSE SUBJETIVO DA CAUSA. MANIFESTAÇÃO PELA EXISTÊNCIA DE QUESTÃO CONSTITUCIONAL E PELA REPERCUSSÃO GERAL DA MATÉRIA.  
(RE 1093553 RG, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 29/03/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-065 DIVULG 05-04-2018 PUBLIC 06-04-2018)

E, também:

Ementa: CONSTITUCIONAL. PENAL. ART. 19 DA LEI DAS CONTRAVENÇÕES PENAIS. PORTE DE ARMA BRANCA. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL. ANÁLISE SOBRE A OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE DA CONDUITA DESCRITA. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. Questão relevante do ponto de vista social e jurídico.  
(ARE 901623 RG, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 22/10/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-244 DIVULG 02-12-2015 PUBLIC 03-12-2015)

As valorações discricionárias, são um grande problema para o judiciário de um país e é delas que trataremos no próximo capítulo.

---

<sup>27</sup> JUNQUEIRA, Gustavo Manual de Direito Penal: Parte Geral / Gustavo Junqueira, Patricia Vanzolini. – 8. ed. – São Paulo : SaraivaJur, 2022. P. 37

### Capítulo 3. Valorações discricionárias

Em consonância com o anteriormente exposto, o presente capítulo pretende abordar o problema das valorações discricionárias no Poder Judiciário.

Streck, ao tratar sobre o assunto das decisões judiciais e a interpretação jurídica, acabou por metaforizar o que seria o “estado de natureza interpretativo”, se utilizando do conto A Sereníssima República, de Machado de Assis, o qual dispõe sobre aranhas falantes que se organizaram politicamente. Nele, o Cônego ofereceu as aranhas um sistema eleitoral a partir de sorteio. Contudo, em decorrência de uma grafia errada do nome do candidato e, tendo em vista a comissão de cinco assistentes jurar ser o nome inscrito incorretamente o nome certo, o candidato derrotado contratou um filólogo, que dispôs:<sup>28</sup>

- Em primeiro lugar, disse ele, deveis notar que não é fortuita a ausência da última letra do nome Nebraska. Por que motivo foi ele inscrito incompletamente? Não se pode dizer que por fadiga ou amor da brevidade, pois só falta a última letra, um simples a. Carência de espaço? Também não; vede: há ainda espaço para duas ou três sílabas. Logo, a falta é intencional, e a intenção não pode ser outra, senão chamar a atenção do leitor para a letra k, última escrita, desamparada, solteira, sem sentido. Ora, por um efeito mental, que nenhuma lei destruiu, a letra reproduz-se no cérebro de dois modos, a forma gráfica e a forma sônica: k e ca. O defeito, pois, no nome escrito, chamando os olhos para a letra final, incrusta desde logo no cérebro, esta primeira sílaba: Ca. Isto posto, o movimento natural do espírito é ler o nome todo; volta-se ao princípio, à inicial ne, do nome Nebrask. - Cané. - Resta a sílaba do meio, bras, cuja redução a esta outra sílaba ca, última do nome Caneca, é a coisa mais demonstrável do mundo. E, todavia, não a demonstrarei, visto faltar-vos o preparo necessário ao entendimento da significação espiritual ou filosófica da sílaba, suas origens e efeitos, fases, modificações, conseqüências lógicas e sintáticas, dedutivas ou indutivas, simbólicas e outras. Mas, suposta a demonstração, aí fica a última prova, evidente, clara, da minha afirmação primeira pela anexação da sílaba ca às duas Cane, dando este nome Caneca.<sup>29</sup>

Segundo Nucci, a taxatividade dos tipos penais tem a finalidade de aclarar o objetivo de cada figura criminosa. Assim como ele mesmo incita e, também já trazido por este trabalho, cria-se uma relação de confiança entre o Estado e o indivíduo.<sup>30</sup> Trazendo a seguinte passagem do livro “Tipicidade Penal” de Cláudio Brandão:

É vedado ao direito penal, no âmbito do Estado Democrático de Direito, efetuar proibições gerais e associar a elas uma pena, sem que exista a

<sup>28</sup> STRECK, Lenio Luiz. Precisamos falar sobre direito e moral: os problemas da interpretação e da decisão judicial / Lenio Luiz Streck. – 1. ed. – Florianópolis [SC]: Tirant Lo Blanch, 2019. P. 94/95

<sup>29</sup> ASSIS, Machado de. Obra Completa. Rio de Janeiro : Nova Aguilar 1994. v. II.

<sup>30</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de direito penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal / Guilherme de Souza Nucci. – 6. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2022. P. 148

individualização da conduta proibida, isto é, sem que esta conduta se torne molde de uma ação determinada, à qual se comina uma pena; fora deste perímetro, não se pode falar propriamente em tipo penal, pois o tipo materializa uma ação positiva ou negativa proibida.<sup>31</sup>

Para Nucci, a construção de tipos penais incriminadores dúbios e repletos de termos valorativos vagos pode levar aos abusos do Estado. Não só, mas mais a frente, dispõe sobre a inexistência de parâmetro mínimo, para conferir um padrão aceitável de aplicação prática. Não é de se estranhar que para exemplificar este assunto o próprio autor traga o crime de ato obsceno, dispondo ser ele um dos mais preocupantes tendo em vista a obscenidade estar ligada à vergonha ou mal-estar causado por atitudes sexuais visíveis ou excessivas.<sup>32</sup>

Em suas palavras

O prejuízo torna-se evidente e grave, quando se percebe que os agentes da autoridade possuem visões desencontradas e desarmonicas em relação aos termos abertos, propiciando julgamentos rasos, feitos em mera atividade repressiva estatal, sem critério ou limite.<sup>33</sup>

Assim, também entende Capez, segundo o qual a lei teria como tarefa definir o crime, ensejando prévio e integral conhecimento das consequências de determinada prática delituosa, para que, deste modo, se evite invasões arbitrárias no direito de liberdade dos indivíduos.<sup>34</sup>

Ainda com relação a este assunto, Streck parabenizou a postura do Juiz Federal Clécio Braschi, da 8ª Vara Federal Cível de São Paulo/SP em sua decisão (Processo 0008950-50.2016.403.6100), a qual apresenta um trecho de extrema importância, segundo o qual:

Palavras do juiz: “Os limites semânticos dos textos legais em questão são claríssimos e não podem ser ultrapassados com base em juízo discricionário e voluntarista do juiz, em autêntico ativismo judicial, utilizado para atropelar a legislação vigente e corrigir o legislador”<sup>35</sup>

---

<sup>31</sup> *Ibidem*.

<sup>32</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de direito penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal / Guilherme de Souza Nucci. – 6. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 124.

<sup>33</sup> *Ibidem*.

<sup>34</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal – Parte Geral – arts. 1º a 120 – v. 1 / Fernando Capez. – 26. ed. – São Paulo : SaraivaJur, 2022. p. 41.

<sup>35</sup> STRECK, Lenio Luiz. Precisamos falar sobre direito e moral: os problemas da interpretação e da decisão judicial / Lenio Luiz Streck. – 1. ed. – Florianópolis [SC]: Tirant Lo Blanch, 2019. p. 95.

Outrossim, traz também o princípio da legalidade na administração pública, isto é, à Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza, não cabendo ponderação de regras, com base nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.<sup>36</sup>

Finda esta disposição sobre o assunto, no próximo capítulo serão expostos julgados, que demonstram o problema da discricionariedade do judiciário brasileiro.

---

<sup>36</sup> *Ibidem.*

## Capítulo 4. Jurisprudência pátria

### 4.1. Alegação de atipicidade da conduta

Ante todo o exposto, percebe-se tamanha a complexidade desse tipo penal, ao abarcar inúmeros entendimentos, ainda mais em um país continental como o Brasil, que para o advogado Lucas Bezerra Vieira, ao se submeter as interferências da educação, época, país, cultura, grau de instrução, a obscenidade irá variar, citando como exemplo os bailes funks do Rio de Janeiro, que em bairros do nordeste do país, são vistos como imorais e antiéticos.

Assim, ele conclui pela dificuldade que se tem na fixação do que é considerado ato obsceno visto as diferentes culturas presentes em um mesmo país e a não existência de autonomia dos Estados para legislarem sobre matéria penal, competência esta exclusiva da União, conforme artigo 22, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.<sup>37</sup>

Para ilustrar, segue uma coletânea de julgados com visões diferentes no que tange ao entendimento do ato obsceno.

O primeiro caso se deu a partir de uma denúncia que atribuiu ao réu a prática de ato obsceno, após ter simulado masturbação em frente aos seguranças do Venâncio Shopping. No caso em questão o juiz de 1º grau acabou por entender que tal prática se enquadraria no conceito de ato obsceno, mesmo que se tratando de mera simulação de masturbação, vindo a condenar o réu. Entendimento este que veio em desacordo com o da Primeira Turma Recursal, ao entender que a letra de lei não estaria abarcando a prática de gestos indecorosos. Trata-se de caso claro de entendimentos diferentes de uma mesma leitura e compreensão da lei.

Segue o julgado:

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. ATO OBSCENO. ART. 233 DO CÓDIGO PENAL. AUSÊNCIA DE EXIBIÇÃO DO ÓRGÃO GENITAL. BENS JURÍDICOS NÃO VIOLADOS. GESTUALIZAÇÃO GROSSEIRA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. RECURSO PROVIDO. 1. Trata-se de recurso contra a sentença que julgou procedente a pretensão punitiva estatal, para condenar o réu nas penas do art. 233, do CP. 2. A denúncia atribui ao réu, ora recorrente, a prática de ato obsceno em local público, pois, durante uma discussão no interior do estabelecimento comercial Outback, passou a fazer atos obscenos, consistente em simular masturbação em frente aos

---

<sup>37</sup> <https://lucasbz.jusbrasil.com.br/artigos/205834374/analise-da-tenue-distincao-entre-o-crime-de-ato-obsceno-e-o-direito-a-liberdade-de-expressao>

seguranças do Venâncio Shopping. 3. Conforme destaca a doutrina, os bens jurídicos tutelados pelo art. 233, do CP, são a moralidade e o pudor públicos, particularmente no que se refere ao aspecto sexual, considerando-se que esse tipo penal se encontra no título que disciplina os crimes contra os costumes (Cezar R. Bitencourt, Tratado de Direito Penal, parte especial, V. 4, pág. 84). 4. No caso, da análise da prova produzida em audiência de instrução e julgamento (mídia de ID 14149415), conclui-se que o ato em questão, de simulação de masturbação, não restou comprovado, conforme encenação realizada pela própria vítima (segurança Leonardo), a pedido do julgador. Além disso, o movimento corpóreo voluntário praticado pelo recorrente, no sentido de levar a mão sobre o órgão genital por sobre a roupa, sem exibi-lo, não tem o condão de ferir o pudor ou a vergonha, ou seja, o sentimento de humilhação e repulsa gerado pela conduta indecorosa. 5. Com efeito, malgrado configure gestualização grosseira a praticada pelo recorrente e fora, portanto, dos padrões do bom comportamento social, certo é que o tipo do art. 233, do CP, conforme bem destacado no parecer ministerial (ID 13841919, p. 4), "não abarca a prática de gestos indecorosos, figurativamente obscenos, conhecidos por representarem apenas xingamentos." 6. Desse modo, acolhendo-se, ainda, o parecer ministerial, mister reconhecer a atipicidade da conduta atribuída ao recorrente, por não se amoldar àquela prevista no art. 233 do Código Penal, sendo de rigor a absolvição, nos termos do art. 386, inc. III, do CPP. 7. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. Sentença reformada, para julgar improcedente a pretensão punitiva estatal, com fulcro no art. 386, inc. III, do CPP. Sem custas. 8. A ementa servirá de acórdão, nos termos do art. 82, § 5º, da Lei n. 9.099/95. (Acórdão 1257883, 00007233820198070016, Relator: EDILSON ENEDINO DAS CHAGAS, Primeira Turma Recursal, data de julgamento: 15/6/2020, publicado no PJe: 2/7/2020. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

No segundo caso, ao que pese tratar-se de fato semelhante, pois também consistente em ato de simulação de masturbação, acrescido de exibição das nádegas, houve um empate na decisão, ocasionando o deferimento para o trancamento da ação penal. Isso porque enquanto uma parte dos ministros entenderam que tal prática se enquadrava no crime de ato obsceno, outra parte entendeu que esta prática estaria inserida no contexto da liberdade de expressão. Vejamos:

Habeas corpus. Ato obsceno (art. 233 do Código Penal). Código Penal. 2. 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. (83996 RJ, Relator: CARLOS VELLOSO, Data de Julgamento: 16/08/2004, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 26-08-2005 PP-00065 EMENT VOL-02202-02 PP-00329 LEXSTF v. 27, n. 321, 2005, p. 365-383 RTJ VOL-00194-03 PP-00927).

Por outro lado, um estudante da Universidade de Brasília acabou condenado pela prática de ato obsceno ao levantar sua saia e exibir suas nádegas e genitália, em

razão de o juiz não ter entendido tratar-se de caso de manifestação de opinião, como se demonstra:

(...) pois mostrar órgãos genitais ou as nádegas em público não expressa qualquer pensamento ou opinião. Ademais, o crime descrito na denúncia se deu em local público e aberto ao público, atingido, pois o pudor de quem não se envolvia no entrevero entre os manifestantes de um lado e de outro.<sup>38</sup>

Desta forma, segue a ementa da 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do TJDFDT que manteve a sentença do 1º grau condenando o estudante:

DIREITO PENAL. ATO OBSCENO. MANIFESTAÇÃO. UNB. PROVA DA AUTORIA E MATERIALIDADE. MANIFESTAÇÃO DE OPINIÃO. NÃO APLICAÇÃO.

1 - Incompetência. Prática de ato obsceno em local público. Universidade de Brasília. Ausência de interesse público federal. Inaplicabilidade do art. 109, inciso IV da CF. Preliminar de incompetência que se afasta.

2 - Inépcia - O réu não aponta com propriedade qualquer falha na denúncia, a qual descreve o fato típico com adequação.

3 - Ato Obsceno. Responde pelo crime de ato obsceno (praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público), previsto no art. 233 do Código Penal, o agente que exhibe os órgãos genitais em local público, durante protesto. A materialidade a autoria do crime estão sobejamente demonstrados nos autos.

4 - Elemento subjetivo. Pudor público. As circunstâncias não evidenciam relação de causalidade entre manifestação de opinião ou manifestação de pensamento, de modo que está presente o elemento subjetivo do crime, consistente na vontade de atingir o pudor público do homem médio.

5 - Recurso conhecido, mas não provido

(Acórdão 1066593, 20170110310899APJ, Relator: AISTON HENRIQUE DE SOUSA, 1ª TURMA RECURSAL, data de julgamento: 7/12/2017, publicado no DJE: 15/12/2017. Pág.: 572/579)

Por sua vez, o seguinte caso trata-se de uma condenação pela prática do ato obsceno que teve seu recurso negado. Diferentemente dos casos anteriores, este caso não se deu na esfera da simulação, pois a vítima teria afirmado ter presenciado o ato. De tal forma que a Segunda Turma Recursal entendeu por manter o entendimento do magistrado, no que tange a condenação do réu. Conforme disposto:

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. DIREITO PENAL. PROCESSO PENAL. ATO OBSCENO. ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVA. INVIABILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. CONJUNTO PROBATÓRIO HARMÔNICO. EXPOSIÇÃO DOLOSA DOS ÓRGÃOS GENITAIS EM LUGAR ACESSÁVEL AO PÚBLICO (CLÍNICA ODONTOLÓGICA). AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADAS. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1.

<sup>38</sup> Turma mantém decisão que condenou ato obsceno na Universidade de Brasília. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2018/janeiro/turma-mantem-decisao-que-condenou-ato-obsceno-na-universidade-de-brasilia>. Acesso em: 22 set. 2022.

Apelação interposta em face da sentença que julgou procedente a pretensão punitiva apontada na denúncia para condenar o recorrente pela prática do delito previsto no artigo 233 do Código Penal à pena de 3 meses e 11 dias de detenção, a ser cumprida no regime inicial aberto, substituindo-a por uma pena restritiva de direitos. 2. O apelante requer a reforma da sentença para ser absolvido do delito que lhe é imputado. Afirma que as provas são insuficientes para um decreto condenatório, uma vez que estaria baseado apenas na palavra da vítima. 3. Sem razão o recorrente. Embora o ato obsceno, masturbação, tenha sido presenciado somente pela vítima, trata-se de conduta praticada em local público e com possibilidade de ser visto por várias pessoas. Além disso, as testemunhas confirmaram o estado de desespero da vítima, bem como o fato de que as cadeiras de espera na clínica eram dispostas no espaço com visão direta para o banheiro, local em que o apelante praticou o ato obsceno. 4. Acrescente-se, ainda, que a palavra da vítima se manteve coerente desde a fase policial, sendo sua versão dos fatos corroborada com o depoimento das testemunhas, tendo inclusive uma delas (i.d. 25544782, pág. 111) confirmado que uma das recepcionistas ouviu a batida da porta do banheiro quando a vítima gritou. 5. A prova subjetiva formada por declarações de testemunhas e da vítima são hábeis a fundamentar a condenação, sobretudo nos crimes contra os costumes, mormente praticados de forma clandestina. 6. O delito do artigo 233 do CP é formal e afeta o pudor público (família ou sociedade - crime vago), podendo ser praticado em lugar devassável, ou seja, aquele que permite a visualização por número indeterminado de pessoas, como no caso concreto. 7. Comprovadas a autoria e a materialidade, não há de se declarar a absolvição com esteio no art. 386, III ou VII, do CPP. 8. Recurso conhecido e não provido. Sentença mantida por seus próprios fundamentos. 9. Súmula de julgamento servindo de acórdão, na forma do art. 82, § 5º, da Lei nº 9.099/95.

(Acórdão 1351489, 00060469120188070005, Relator: ARNALDO CORRÊA SILVA, Segunda Turma Recursal, data de julgamento: 28/6/2021, publicado no PJe: 8/7/2021. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

Por outro lado, em caso semelhante, em que o réu teria praticado ato obsceno em local público, o magistrado Wellington da Silva Medeiros, da 6ª Vara Criminal do TJDF, acabou por proferir sentença de absolvição ao réu.

Ao analisar tanto este julgado quanto o anteriormente exposto, podemos constatar que estamos diante de caso claro de dois pesos e duas medidas, pois consistem em casos semelhantes, mas um tendo como consequência a condenação e o outro a absolvição.

No caso em questão o magistrado fundamentou sua decisão no entendimento da inconstitucionalidade do artigo 233 do Código Penal. Segue trecho retirado da sentença, processo número 2015.01.1.141764-3:

Chamei o feito à ordem para a sentença de absolvição sumária - muito embora tenha, eu mesmo, recebido a denúncia à fl. 40 - porque, melhor refletindo sobre o caso, entendo por bem reconhecer a inconstitucionalidade do art. 233 do Código Penal. O citado dispositivo legal tem a seguinte redação: Art. 233 - Praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público:  
Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

O tipo penal ora transcrito não tem forma nem figura de direito, não serve para orientar o comportamento do cidadão ou para definir ações proscritas pelo ordenamento jurídico e, como tipo incriminador pensado na década de 40, atualmente, melhor se hospeda nas recônditas salas da museologia criminal.

O citado tipo penal está absolutamente desconectado das bases consuetudinárias da sociedade brasileira. Ademais, trata-se de tipo incriminador por demais aberto e impreciso, no qual tudo cabe. Já se entendeu que pratica ato obsceno o casal que dá beijo lascivo em público (JTACrSP 23/136), quem age em ultraje ao pudor em jardins ou quintais de uma casa (RT 697/324; RJDTACRIM 4/54), em terraços de apartamento ou próximo a janelas de imóvel quando abertas (RJDTACRIM 22/75, 76, 77) e no interior de automóvel particular (JTACrSP 17/189, 28/110; RT 59/351).

A sociedade brasileira se transformou, e o direito, notadamente o direito penal, não pode permanecer estacionado no tempo. Dissertando acerca do que vem a ser "ato obsceno", o eminente Ministro do Supremo Tribunal Federal ALIOMAR BALEEIRO, na relatoria do RMS 18534, Segunda Turma, julgado ainda em 01/10/1968, traz interessante registro histórico acerca dos movimentos moralizantes por que passam todas as sociedades:

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 tempo bem próximo ao atual. [...]

Não há motivo para imitarmos o puritanismo da autoridade postal dos Estados Unidos, que proibiu o tráfego de cópias coloridas da Maya desnuda, de Goya, pintada no mais católico, preconceituoso e clerical dos países (RMS 18534, Relator(a): Min. ALIOMAR BALEEIRO, Segunda Turma, julgado em 01/10/1968, EMENT VOL-00751-03 PP-01156 RTJ VOL-00047-03 PP-00787).

Ademais, dentre tantas discordâncias nas decisões do Poder Judiciário, foi o seguinte julgado que acabou por ensejar a discussão sobre a constitucionalidade do artigo, reconhecendo a existência da repercussão geral.

APELAÇÃO CRIMINAL. TIPO PENAL QUE VIOLA O PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL. (ART. 5º, XXXIX, DA CF). INCONSTITUCIONALIDADE. Inconstitucionalidade do artigo 233 do Código Penal, por traduzir violação ao princípio da reserva legal (art. 5º, XXXIX, da CF). Ausência de determinação do elemento ato obsceno, em tipo penal que, por excessivamente aberto, importa em ofensa à taxatividade. Hipótese em que era perfeitamente possível ao legislador alcançar um grau maior de determinação das condutas que podem ser tidas por obscenas, tarefa que, sem que isso importe em flagrante violação à taxatividade, não pode ser transferida ao Judiciário, que estaria a avançar, indubitavelmente, na seara legislativa. Coordenadas do caso concreto onde não se faz presente o dolo, ou seja, a intenção de ferir o recato ou a moralidade das pessoas. RECURSO PROVIDO.(Recurso Crime, Nº 71006497952, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Luiz Antônio Alves Capra, Julgado em: 10-04-2017)

Por fim, nada concluiria melhor este capítulo do que a frase já citada de Nucci:

O prejuízo torna-se evidente e grave, quando se percebe que os agentes da autoridade possuem visões desencontradas e desarmonicas em relação aos termos abertos, propiciando julgamentos rasos, feitos em mera atividade repressiva estatal, sem critério ou limite.<sup>39</sup>

---

<sup>39</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de direito penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal / Guilherme de Souza Nucci. – 6. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2022. P. 124

## Capítulo 5. A declaração da inconstitucionalidade e a fragilidade da tutela penal do bem jurídico

Diante de todas essas decisões antagônicas proferidas pelo nosso sistema judiciário brasileiro, é evidente que o tipo penal descrito no artigo 233 do Código Penal encontra-se em completa discordância com o disposto no inciso XXXIX, do artigo 5º, da Constituição Federal.

As decisões trazidas gozam sobre condenações e absolvições pela prática de fatos semelhantes, nos quais a interpretação da letra de lei foi evidentemente discricionária, pois fica claro que os magistrados se valem de conceitos subjetivos nas tomadas de seus julgamentos. De forma que, se cabe ao julgador definir o que seria a prática de ato obsceno, não há na lei definição suficiente para a construção de um tipo penal, sendo este fruto da interpretação de cada juiz em sua individualidade, trazendo consigo crenças, costumes e ideologias para auxiliá-lo em sua decisão.

Logo, não é possível conciliar o princípio da legalidade com o crime de ato obsceno, uma vez que sua tipificação descrita no artigo 233 do Código Penal não traz qualquer definição do ato criminoso em si, requisito este essencial para que determinada conduta seja consolidada como crime, conforme preceitua o art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal.

Trata-se, desta forma, de flagrante inconstitucionalidade material do dispositivo que tipifica o crime de ato obsceno. De tal forma que o Supremo Tribunal Federal, através do controle de constitucionalidade dos atos normativos, que tem por objetivo, instituir barreiras à introdução de normas inconstitucionais no cenário jurídico, e que no caso de se revelarem ineficazes tais barreiras, deverá ser reconhecida a norma como inconstitucional<sup>40</sup>, reputou constitucional a discussão sobre a constitucionalidade do artigo 233 do Código Penal no que se refere a taxatividade, reconhecendo sua repercussão geral.

Por outro lado, ao tratar da questão da fragilidade a tutela do bem jurídico, faz-se necessário primeiro a explicitação de certos conceitos. Guilherme Nucci define o bem jurídico como:

o bem escolhido pelo ordenamento jurídico para ser tutelado e amparado. Quando se constituir em bem jurídico deveras relevante, passa ao âmbito de

---

<sup>40</sup> ARAUJO, Luiz Alberto David, 1954. Curso de direito constitucional / Luiz Alberto David Araujo, Vidal Serrano Nunes Júnior. – 23. ed., rev. e atual. – Santana de Parnaíba [SP] : Manole, 2021. P. 35

proteção penal, permitindo a formação de tipos incriminadores, coibindo as condutas potencialmente lesivas ao referido bem jurídico penal.<sup>41</sup>

Para Nucci, o sistema penal, ergue-se em torno do bem jurídico eleito para ser amparado e protegido, que, no caso em questão, por ser crime que trata do ultraje público ao pudor, tem como bem jurídico tutelado o pudor público, que nada mais é do que a moralidade pública sexual. Assim, dispõe que

para a correta análise dos elementos do crime e, também, para inspirar a aplicação da pena, é fundamental o conhecimento do bem jurídico em questão, no caso concreto, avaliando se houve efetiva lesão ou se, na essência, encontra-se ele preservado, sem necessidade de se movimentar a máquina estatal punitiva para tanto.

(...)

Outro ponto a destacar é a fortuita ofensa ao bem, que, nesse caso, não se considera jurídico, mas apenas um interesse individual. A vida é tutelada penalmente (art. 121, CP), mas a agressão focada depende de origem humana, dolosa ou culposa.<sup>42</sup>

Aqui temos o exemplo do casal que tem relações sexuais dentro de um carro em local pouco movimentado e em horário noturno, como se segue:

ATO OBSCENO. RELAÇÕES SEXUAIS DENTRO DE VEÍCULO, À NOITE, EM LOCAL ERMO. ATIPICIDADE. Não ofende o pudor público a relação sexual dentro de um automóvel, somente perceptível com a aproximação junto ao veículo. No caso dos autos, o casal somente foi flagrado porque uma senhora passou pelo local, às 23h e, na companhia de um policial, em seu próprio carro, retornou ao local, interrompendo o ato. Também, o Direito Penal não se destina à repressão de qualquer manifestação voluntária e natural do afeto. Este e o amor não têm limites, nem explicação racional. Apelo provido para absolver a apelante e estender os efeitos ao co-réu. Por maioria. (Recurso nº 71000200311, Turma Recursal Criminal, Porto Alegre, Rel. Dr. Nereu José Giacomolli).

Mesmo que não estabelecido no que consiste o crime de ato obsceno, os juristas acabam levando questões como estas para embasarem suas decisões, pois como se demonstra no caso acima, não há como culpabilizar o indivíduo se o próprio bem jurídico tutelado não chegou a ser atingido.

Diante do exposto surge a questão de se a declaração da inconstitucionalidade irá fragilizar a tutela do bem jurídico, pois com isso a prática do ato obsceno não será mais criminalizada, acarretando, assim, a possibilidade da ocorrência de tais condutas. Contudo, se o indivíduo por si só não sabe quais são essas condutas, qual

---

<sup>41</sup> Nucci, Guilherme de Souza. Manual de direito penal / Guilherme de Souza Nucci. – 18. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 8.

<sup>42</sup> *Ibidem*.

seria a diferença em serem elas descriminalizadas, do ponto de vista tutela do bem jurídico.

Vale ressaltar que o crime de ato obsceno gira totalmente em torno do próprio corpo humano do indivíduo, não sendo um crime que atinge diretamente ao outro, mas entendido como uma conduta que atingiria o pudor da sociedade como um todo. Tanto é que o legislador cuidou de criminalizar a conduta da masturbação quando ela ocorrer contra alguém e quando não. No primeiro caso tem-se o crime de importunação sexual, disposto no artigo 215-A do Código Penal, enquanto a segunda conduta costuma ser enquadrada no crime de ato obsceno.

Este tipo de pensamento fez sentido com a época em que foi promulgado o Código Penal Brasileiro, mas não atualmente, em que não há como se falar em um consenso para estabelecer o que seria entendido como pudor social. Assim como na esfera penal temos que a intervenção do Estado deve ser mínima, impossibilitando o Estado de agir discricionariamente para determinar o que é obsceno ou não aos olhos da sociedade. Conforme conceitua Fernando Capez:

Somente haverá Direito Penal naqueles raros episódios típicos em que a lei descreve um fato como crime; ao contrário, quando ela nada disser, não haverá espaço para a atuação criminal.<sup>43</sup>

É a partir de todo o exposto e todos os motivos explicitados durante o desenvolvimento do trabalho visando a declaração da inconstitucionalidade do artigo 233 do Código Penal, que se chega em uma encruzilhada. De tal maneira, que o primeiro caminho, correspondente a declaração da inconstitucionalidade levaria a uma lacuna no ordenamento jurídico brasileiro. Como exposto pela PGR:

Em contrapartida, em suas razões recursais, defende o Ministério Público estadual que a declaração da inconstitucionalidade do artigo 233 do CP resultará em perigosa lacuna legal, sendo mais indicada a adoção de técnicas de interpretação que possibilitem a harmonização do referido tipo ao princípio constitucional apresentado como atingido.<sup>44</sup>

Assim, através da decisão do Supremo Tribunal Federal por declarar a inconstitucionalidade do crime de ato obsceno, condutas como a masturbação,

---

<sup>43</sup> Capez, Fernando Parte geral / Fernando Capez. Coleção Curso de direito penal. V. 1 – 24. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020. 784 p. p. 68.

<sup>44</sup><https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seobjetoincidente=5311709>. Acesso em: 01 nov. 2022.

relações sexuais, nudez em via pública não estariam mais tipificadas, ou seja, poderiam ocorrer sem que houvesse sanções para quem cometesse essas condutas.

O segundo caminho consiste na não declaração da inconstitucionalidade que tem como consequência o indivíduo se ver nas mãos do Estado sujeito a quaisquer arbitrariedades que possam incidir das concepções subjetivas de interpretação da lei por parte dos Magistrados.

Analisando o primeiro caminho, nos deparamos com o problema da lacuna no ordenamento jurídico. Isso porque por se tratar de uma questão penal, há a proibição da utilização de analogia para criar tipos penais incriminadores, assim demonstrado por Nucci:

A definição legal da infração penal há de ser feita de forma clara e inteligível, para não gerar tipos abertos demais, causando o esvaziamento do princípio da legalidade. O tipo aberto é aquele que depende da interpretação do juiz para ser integralmente compreendido e aplicado. Levando-se em consideração que o direito penal veda o uso da analogia (processo de integração da lei, que atua através de um método de semelhança, quando houver lacuna) para criar tipos penais incriminadores, é preciso evitar a elaboração de definições legais de crimes que sejam tão vagas, quanto inseguras. Exemplo disso seria a elaboração de um tipo penal enunciando como crime “agir perigosamente contra os interesses da sociedade”. Qualquer conduta, conforme critérios imponderáveis do juiz, poderia encaixar-se nesse preceito, ferindo, obviamente, o princípio da legalidade.<sup>45</sup>

O ordenamento jurídico brasileiro já passou por um problema de lacuna na esfera penal, foi o caso do furto de energia:

Veja um exemplo clássico: o furto de energia elétrica que, quando passou a representar um problema para a ordem jurídica, não era configurado por nenhum tipo penal (que falava em furtar coisa móvel, não se enquadrando energia elétrica como tal, devendo, então, por força do princípio nullum crimen nulla poena sine lege, ser admitido como comportamento penalmente admissível). Trata-se da questão da completude (ou incompletude) dos sistemas normativos também conhecida como problema das lacunas do ordenamento.<sup>46</sup>

Temos também o caso das lacunas deixadas pelo Pacote anticrime na progressão de regimes, que neste episódio:

o E. Superior Tribunal de Justiça não se furtou ao cumprimento de sua missão de apresentar critérios a conferirem algum norte de segurança jurídica para a aplicação da legislação a casos lacunosos, que devem ser resolvidos com

---

<sup>45</sup> Nucci, Guilherme de Souza. Manual de direito penal / Guilherme de Souza Nucci. – 18. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 42.

<sup>46</sup> Ferraz Junior, Tercio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação / Tercio Sampaio Ferraz Junior. – 11. ed. – São Paulo: Atlas, 2019. p. 177

base na melhor doutrina, na analogia e nos princípios gerais do Direito, nos estritos termos do artigo 4º. da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto – Lei 4.657/42 com nova redação dada pela Lei 12.376/10).<sup>47</sup>

Para se chegar a uma possível solução deste problema devemos antes entender o princípio da ofensividade (ou da lesividade). Segundo este princípio

o princípio da ofensividade (ou lesividade), outro consectário da intervenção mínima, demonstra ser indispensável a criação de tipos penais incriminadores, cujo objetivo seja eficiente e realístico, visando à punição de condutas autenticamente lesivas aos bens jurídicos tutelados.<sup>48</sup>

Como resultado disto, temos que no Direito Penal, não há crime se não se estiver diante de lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico alheio. Esta é a principal justificativa do ato de suicídio não poder ser tipificado criminalmente. Consequentemente, questões relacionadas a moral não serão punidas na esfera penal, a não ser em casos que possam ocasionar o prejuízo ao bem alheio.<sup>49</sup>

Se pautando no disposto pela Constituição Federal em seu artigo 5º, as garantias dizem respeito à: “inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade” (BRASIL, 1988, Art. 5º) e, relacionando este artigo com os atos que tem sido entendido pelo judiciário como obscenos, chega-se à conclusão de que eles não têm ocasionado prejuízos ao bem alheio, pois é muito difícil chegar-se a uma conclusão do que seria o pudor público sem que haja um consenso da sociedade. Questões como a da prostituição e do incesto também são altamente imorais e reprovadas pela sociedade e não são tipificadas.

Para ilustrar esta questão, podemos pegar o exemplo de como a Holanda lida com esta questão, país este que não criminaliza condutas como as de nudez e relações sexuais que ocorram em público, como demonstrado pelo psicólogo Justin J. Lehmiller, e que não tem demonstrado ter isso gerado um problema ao Estado e a sociedade como um todo:

5.) Public nudity. Being naked in public isn't against the law in the Netherlands—except, apparently, when people do it on “public roads or when they annoy others.” I take this to mean you shouldn't use nudity to distract drivers and bikers, and also that you can't use nudity to harass others.

<sup>47</sup><https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2021/06/14/stj-estabelece-parametros-para-colmatacao-das-lacunas-deixadas-pelo-pacote-anticrime-na-progressao-de-regimes/>. Acesso em: 01 nov. 2022.

<sup>48</sup> Nucci, Guilherme de Souza. Manual de direito penal / Guilherme de Souza Nucci. – 18. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 29.

<sup>49</sup><https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11048/Principio-da-lesividade-e-os-crimes-de-perigo-abstrato>. Acesso em: 01 nov. 2022.

6.) Sex in parks. In 2008, sexual activity was decriminalized in the most famous and popular park in all of Amsterdam, Vondelpark (which receives 10 million visitors per year). However, to avoid problems with the police, it's important to know that, under this law, sex is restricted to nighttime and, further, making excessive noise and/or leaving a mess behind (like used condoms) can get you in trouble.<sup>50</sup>

Se seguíssemos o outro caminho, no qual não ocorra a declaração da inconstitucionalidade, preferindo por não se deixar que surja uma lacuna no ordenamento jurídico, a vigência do artigo acabaria funcionando como forma de amparo para uma ofensa à Constituição Federal. Em virtude disto, cabe ao Legislador se atentar às necessidades da sociedade, e sendo o caso, legislar sobre esta questão, seguindo os moldes constitucionais para que haja a proteção do bem jurídico que se almeja, mas não através do artigo que temos hoje condizente ao crime de ato obsceno.

---

<sup>50</sup> <https://www.sexandpsychology.com/blog/2017/5/24/what-sex-laws-look-like-in-the-netherlands/>. Acesso em: 01 nov. 2022.

## Considerações finais

O presente trabalho teve o objetivo de compreender como a ausência da determinação do elemento do ato obsceno gerou tamanha insegurança jurídica à sociedade, refletindo diretamente na aplicação da lei penal e nas divergências jurisprudenciais sobre o tema.

A tipificação do crime previsto no artigo 233 do Código Penal se mostra, em diversas maneiras, ineficiente à luz do princípio da legalidade, o que acaba por gerar conflitos na esfera do Direito Penal. Tudo isso para que fosse possível se preservar o discurso moral sob o qual a sociedade brasileira se baseia.

De tal forma que, foi necessário primeiro uma análise no que tange à moral, percorrendo os âmbitos que dizem respeito aos motivos de ser ela carregada de volatilidade e, conseqüentemente os riscos aos quais são submetidos os indivíduos quando da existência de leis penais pautadas em conceitos subjetivos.

Dito isto, foi necessário entender também o princípio constitucional que norteia o Código Penal Brasileiro, consistente no princípio da legalidade e em seus desdobramentos. De maneira essencial, o princípio mencionado pretende atribuir a segurança jurídica que o Direito Penal precisa, sendo que o ponto crucial se dá pela necessidade no âmbito penal de leis certas, proibindo a incriminação através de conceitos vagos e imprecisos.

O que ocorre com o artigo 233 do Código Penal é que ele traz uma incerteza, vez que emprega o conceito de “ato obsceno” para a criação de um tipo penal, este que não possui uma definição expressa e certa, impossibilitando o indivíduo de conseguir delimitar o certo e o errado, de um ponto de vista legal.

Ademais, dificulta o trabalho do judiciário brasileiro que não tem por onde se embasar para proferir suas sentenças, fazendo com que ocorram juízos de valores e, como resultado, temos a tamanha discrepância de entendimento nos julgados que tratam sobre o tema, como demonstrado.

Foi em cima disso tudo, que o presente trabalho se concluiu com o entendimento que há mais contras do que prós na manutenção da criminalização da prática do ato obsceno, visto sua ausência de taxatividade e que não se justifica a preservação do artigo pela necessidade de se proteger o bem jurídico, no caso o ultraje público ao pudor, em detrimento de se proteger o cidadão de arbitrariedades comprovadas.

Fato é que a lacuna gerada ocasionaria um prejuízo muito menor, se estudada e trabalhada. Isso porque há países como a Holanda, como já demonstrado, que não criminalizam a prática do ato obsceno, mas dispõem sobre medidas na via administrativa para o seu controle e a preservação da sociedade como um todo.

Para concluir, cabe trazer uma ótima analogia utilizada pelo Doutor Luiz Flávio Gomes, para explicar o que ocorre com o Direito Penal quando há tipos penais abertos no ordenamento jurídico. Para ele, o Direito Penal vira uma loteria, uns podem sair ganhando, outros perdendo. Tudo vira questão de sorte, uma vez que a existência do crime vai depender do que cada juiz entender.<sup>51</sup> Somente com a declaração da inconstitucionalidade do artigo 233 do Código Penal é que será possível evitar o que ocorreu com Beatriz Coelho.

---

<sup>51</sup> <https://tribunapr.uol.com.br/noticias/ato-obsceno-quando-o-direito-penal-se-torna-uma-loteria/>. Acesso em: 01 nov. 2022.

## Fontes bibliográficas

### Obras literárias

ARAUJO, Luiz Alberto David, 1954. Curso de direito constitucional / Luiz Alberto David Araujo, Vidal Serrano Nunes Júnior. – 23. ed., rev. e atual. – Santana de Parnaíba [SP]: Manole, 2021.

ARAÚJO NETO, R. Princípio da Reserva Legal & Direito Criminal: crise de legitimidade no estado democrático de direito. 1ª. ed. Curitiba: Juruá, 2003. v. 1000.

ASSIS, Machado de. Obra Completa. Rio de Janeiro: Nova Aguilar 1994. v. II.

BRANDÃO, Claudio, Tipicidade penal, p. 49.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal – Parte Geral – arts. 1º a 120 – v. 1 / Fernando Capez. – 26. ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2022.

CAPEZ, Fernando Parte geral / Fernando Capez. Coleção Curso de direito penal. V. 1 – 24. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CHAKIAN, Silvia. A construção dos direitos das mulheres: histórico, limites e diretrizes para uma proteção penal eficiente / Silvia Chakian. – 2. ed. rev.e atual. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação / Tercio Sampaio Ferraz Junior. – 11. ed. – São Paulo: Atlas, 2019.

FREIRE, Paulo. Pedagogia do oprimido, 17ª. ed. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1987.

GRECO, Rogério. Curso de direito penal: volume 3: parte especial: artigos 213 a 361 do código penal / Rogério Greco. – 19. ed. – Barueri [SP]: Atlas, 2022.

JUNQUEIRA, Gustavo. Manual de Direito Penal: Parte Geral / Gustavo Junqueira, Patricia Vanzolini. – 8. ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de direito penal: parte especial arts. 213 a 361 do código penal, volume 3 / Guilherme de Souza Nucci. – 5. ed., – Rio de Janeiro: Forense, 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de direito penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal / Guilherme de Souza Nucci. – 6. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal / Guilherme de Souza Nucci. – 18. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2022.

RAIZMAN, Daniel Manual de direito penal: parte geral / Daniel Raizman. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

REALE, Miguel. Lições preliminares de Direito. 29ª edição, ajustada ao novo Código Civil, 6º Tiragem.

REGO, Teresa. C. Educação, cultura e desenvolvimento: o que pensam os professores sobre as diferenças individuais. In: AQUINO, J. G. (org.) Diferenças e preconceitos na escola: alternativas práticas e teóricas. São Paulo: Summus, 1998.

SILVA. José Afonso da. Curso de Direito Constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. Precisamos falar sobre direito e moral: os problemas da interpretação e da decisão judicial / Lenio Luiz Streck. – 1. ed. – Florianópolis [SC]: Tirant Lo Blanch, 2019.

## Revista

BALDAN, Édson Luís. Educação como profilaxia à condição anômica e ao comportamento criminoso. São Paulo: Quartier Latin, no prelo. p. 3

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal / Luigi Ferrajoli. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PEIXOTO, Aimê Fonseca; NOBRE, Barbara Paula Resende. A responsabilização da mulher vítima de estupro. Revista Transgressões: Ciências criminais em debate. Natal, vol. 3, n. 1, maio/2015. p. 232.

NETO, Arnaldo Bastos Santos; JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa Wagner; AFONSO, Túlio Augusto Tayano. CONTRA OS BÁRBAROS DA MORAL: A AUTONOMIA DO DIREITO NO PENSAMENTO DE NIKLAS LUHMANN. Revista Científica do UniRios 2021.2 . p. 128.

## Artigos

Análise da tênue distinção entre o crime de ato obsceno e o direito à liberdade de expressão. Jusbrasil. Disponível em: <https://lucasbz.jusbrasil.com.br/artigos/205834374/analise-da-tenua-distincao-entre-o-crime-de-ato-obsceno-e-o-direito-a-liberdade-de-expressao>. Acesso em 29 de out. 2022.

BINGEMER, Maria Clara. Volatilidade. Disponível em: <https://m.extra.globo.com/noticias/religiao-e-fe/maria-clara-bingemer/volatilidade-1026218.html>. Acesso em: 25 set. 2022.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos; NETO, Francisco Sannini. STJ estabelece parâmetros para a colmatação das lacunas deixadas pelo Pacote Anticrime na progressão de regimes. <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2021/06/14/stj-estabelece-parametros-para-colmatacao-das-lacunas-deixadas-pelo-pacote-anticrime-na-progressao-de-regimes/>. Acesso em: 29 out. 2022.

Da conquista ao voto ao uso do biquíni, 17 de julho de 2022. Disponível em: <https://herself.com.br/blog/da-conquista-ao-voto-ao-uso-do-biquini/>. Acesso em 29 out. 2022.

De ofício, juiz decreta prisão cautelar em HC que discutia imposição de fiança. Revista Consultor Jurídico, 09 de junho de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jun-09/oficio-juiz-decreta-prisao-cautelar-hc-questionava-fianca>. Acesso em: 25 set. 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. O STJ e o princípio da segurança jurídica. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/302189/o-stj-e-o-principio-da-seguranca-juridica>. Acesso em: 29 out. 2022.

Ex-namorada de Camila Pitanga é levada para delegacia por fazer topless em praia do ES. G1 ES, Espírito Santo, 31 de janeiro de 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/es/espírito->

[santo/noticia/2022/01/31/ex-namorada-de-camila-pitanga-e-levada-para-delegacia-por-fazer-topless-em-praia-do-es.ghtml](https://santo/noticia/2022/01/31/ex-namorada-de-camila-pitanga-e-levada-para-delegacia-por-fazer-topless-em-praia-do-es.ghtml). Acesso em: 25 set. 2022.

GARCIA, Rafael de Deus. O crime de ato obsceno é inconstitucional. Disponível em: <https://deusgarcia.wordpress.com/2017/05/05/crime-de-ato-obsceno-e-inconstitucional/>. Acesso em: 31 mar. 2022.

GOMES, Luiz Flávio. Ato obsceno: quando o Direito Penal se torna uma loteria?. Disponível em: <https://tribunapr.uol.com.br/noticias/ato-obsceno-quando-o-direito-penal-se-torna-uma-loteria/>. Acesso em: 01 nov. 2022.

LEHMILLER, Justin. What Sex Laws Look Like in the Netherlands. Disponível em: <https://www.sexandpsychology.com/blog/2017/5/24/what-sex-laws-look-like-in-the-netherlands/>. Acesso em: 29 out. 2022.

MELO, Matheus Barbosa. A interpretação das lacunas no direito penal e processual penal. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/68235/a-interpretacao-das-lacunas-no-direito-penal-e-processual-penal>. Acesso em: 29 out. 2022.

MENDES, Arthur. Princípio da lesividade e os crimes de perigo abstrato. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11048/Principio-da-lesividade-e-os-crimes-de-perigo-abstrato>. Acesso em: 29 out. 2022.

NOVO, Daniella Novo, e diversos. Idosa é resgatada no Rio após 72 anos em situação análoga à escravidão; é caso mais antigo de exploração no Brasil. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2022/05/13/idosa-e-resgatada-no-rio-apos-72-anos-em-situacao-analoga-a-escravidao.ghtml>. Acesso em: 29 out. 2022.

O trabalho escravo e a ordem jurídica. Jus.com.br, 01 de abril de 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/67555/o-trabalho-escravo-e-a-ordem-juridica>. Acesso em: 29 out. 2022.

SANTIS, Paula Ramos Nora de. Ética e Moral. Disponível em: <http://professor.pucgoias.edu.br/sitedocente/admin/arquivosUpload/17598/material/DEONTOLOGIA.%20AULA%201.%20ÉTICA%20E%20MORAL.%20texto%20de%20apoio%20e%20atividade.pdf>. Acesso em: 25 set. 2022.

STF julgará a constitucionalidade do crime de ato obsceno. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2018/04/20/stf-julgara-constitucionalidade-crime-de-ato-obsceno/>. Acesso em: 29 out. 2022.

Topless: caso de Beatriz Coelho levanta discussões sobre o ato. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/diversidade/2022/01/31/noticia-diversidade,1341555/topless-caso-de-beatriz-coelho-levanta-discussoes-sobre-o-ato.shtml>. Acesso em: 29 out. 2022.

Turma mantém decisão que condenou ato obsceno na Universidade de Brasília. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2018/janeiro/turma-mantem-decisao-que-condenou-ato-obsceno-na-universidade-de-brasilia>. Acesso em: 22 set. 2022.

## Legislação

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 190, de 09 de fevereiro de 2022. Altera o art. 233 do Código Penal para descriminalizar o top less. Brasília: Câmara dos Deputados,

2022. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2314279>. Acesso em: 17 jul. 2022.