

Liberdade de Expressão e a Pornografia na Suprema Corte Americana

Isabella Z. Frajhof

1) Introdução

A Primeira Emenda da Constituição Americana de 1787, que protege, dentre outros, a liberdade de expressão, foi pensada pelos “Pais Fundadores” para proteger liberdades individuais da invasão do Estado no espaço privado. As liberdades previstas por este princípio na sociedade contemporânea têm se estendido consideravelmente, e por isso, determinadas categorias de discursos são rejeitadas de proteção constitucional, entre eles, o discurso obsceno. A exclusão deste tipo de discurso tem se baseado em argumentos subjetivos, carregados de valores morais. A liberdade de expressão visa garantir um espaço público fluido e tolerante, e, a partir da rejeição de proteção constitucional à pornografia, suscitam-se dúvidas quanto à importância em proteger o discurso obsceno, e se ele poderá promover algum interesse, portanto devendo ser protegido.

O presente artigo baseou-se na jurisprudência da Suprema Corte Americana relacionada a decisões que envolveram o discurso obsceno. Três casos foram selecionados: *Roth vs. United States* (1957), *Fanny Hill vs. Massachusetts* (1966), *Miller vs. Califórnia* (1973). No primeiro caso foi criado o teste que serviu como precedente para as outras decisões, com *standards* criados pela Corte que classificavam o material como obsceno se, para o homem médio, aplicando os padrões comunitários contemporâneos, o tema dominante do material, considerado como um todo, apelasse ao interesse lascivo do sexo, não tendo nenhum valor social. Se o material atendesse a estes requisitos, sendo classificado como obsceno, ele não seria protegido pela Primeira Emenda. No segundo caso, a Corte não considerou o material obsceno, por não satisfazer a um dos critérios – não agregar nenhum valor social – colocado pelo teste Roth. Neste, a opinião de *experts* literários foram ouvidas para reiterar a decisão dos magistrados. No terceiro caso, a Corte mudou o teste precedente, desconsiderando o critério “sem valor social”, exigindo que o material apresentasse uma pretensão intelectual para não ser classificado como obsceno.

Os votos dos juízes foram analisados, observando suas argumentações e suas motivações, que resultaram na classificação de tipos de discursos, dentro da categoria “obscenidade”, que não teriam proteção da Primeira Emenda.

2) Roth vs. United States (1957)

2.1) Histórico do caso

O caso Roth vs. United States trata de um comerciante, Samuel Roth, que mantinha um negócio de publicação e venda de livros, fotografia e revistas em Nova Iorque, violando a lei federal – Comstock Act – que condenava o envio de circulares e propagandas de material obsceno pelo correio. Próximo deste acontecimento, David Alberts foi condenado por manter em sua loja livros que foram considerados obscenos e indecentes, pelo Código Penal da Califórnia, que considerava contravenção a publicação de material obsceno. Ambos foram condenados pelo tribunal *a quo*, e foram ouvidos juntos pela Suprema Corte na primavera de 1957, e julgados em junho. A Corte emitiu suas opiniões para os dois casos, no qual ficou conhecido apenas como as opiniões de *Roth*.¹

Em ambos os casos a defesa alegou a violação a Primeira Emenda, mas a Suprema Corte rejeitou o argumento, tratando da questão de maneira abstrata, contra-argumentando que o governo poderia punir publicações que abordem o tema obscenidade, determinando que esta categoria de discurso não seria protegida pela Constituição.

O precedente criado a partir de Roth vs. United States foi a escolha pela rejeição da obscenidade como categoria de discurso não protegido pela Primeira Emenda. O teste *Roth* classifica o material como obsceno quando este responder a três elementos: a) se o tema dominante do material, analisado em seu todo, apela ao interesse lascivo do sexo; b) se o material for considerado ofensivo para o homem médio, segundo os valores comunitários contemporâneos, relacionado à maneira como o sexo foi descrito, e c) se o material não contiver nenhum valor social.

Sendo taxado como obsceno, não gozaria de proteção constitucional, pois a Corte, baseando-se em argumento histórico, define que a Primeira Emenda foi pensada para promover a discussão social e política, e sendo a pornografia um valor de menor

importância social, sobressaindo o valor da moralidade, ela não estaria protegida pela norma.

Houve divergência quanto à definição do conceito de obscenidade construído pela Corte, e pela interpretação da Primeira Emenda feita pelos juízes, no qual alguns optavam por uma leitura mais literal, defendendo a proteção desta categoria, enquanto outros optavam por uma interpretação histórica da norma, vetando sua proteção constitucional. A Corte, ao assumir que obscenidade não é categoria protegida por esta norma, não analisa as motivações para esta exclusão. A partir desta posição, procurou-se questionar as motivações que levaram à exclusão da pornografia como um meio de expressão.

A decisão não foi unânime (6 a 3) evidenciando a dificuldade dos magistrados em analisar o caso concreto quando este envolve material obsceno. Cinco membros da Corte se juntaram a opinião escrita do Juiz Brennan (Frankfurter, Clark, Burton e Whittaker). O juiz Warren acrescentou voto concorrente, mas por motivos diferentes do da Corte. O juiz Harlan, foi voto vencido, bem como o juiz Douglas e o juiz Black, em opinião escrita por Douglas.

2.2) Opinião da Corte, juiz Brennan

O primeiro argumento utilizado foi baseado na visão histórica da Primeira Emenda, que não visava proteger toda e qualquer forma de expressão, mas somente as que tivessem um viés político e social, legitimando o interesse dos Estados em optar por criminalizar a publicação de material obsceno. A Corte fundamenta que *“todas as ideias, mesmo que tenham pouca relevância social - as ideias não ortodoxas, controversas e inclusive aquelas odiosas para a opinião geral têm proteção garantida, com exceção àquelas que transbordem o limite de ideias que sobrepõem um maior interesse social”*.² O interesse maior que subsiste ao enfrentar a pornografia é a “ordem e a moralidade”. Ao observar esta posição, percebe-se que este valor que sobressai e que justifica a restrição à liberdade de expressão cria um preconceito sobre os indivíduos com interesse por este tipo de literatura. Segundo a visão de Cass Sunstein, isto ocorre porque há a associação da sexualidade como algo privado ou sagrado, assumindo que a sua intromissão no espaço público não é lícita, e a sua comercialização poderá degradar o espaço privado³, e ao serem expostas, estão sujeitas a adentrá-lo. A visão profana da sexualidade converte a pornografia em algo imoral tornando-a quase uma heresia, e,

portanto aqueles que a comercializam ou a lêem são reprimidos pela sociedade, transformando este interesse em tabu. O discurso moralista, representado pelas leis federais e estaduais, invade o poder de autodeterminação de cada indivíduo, temendo que a pornografia possa causar danos que afligem a sociedade, exatamente como um objeto tabu, no qual aquele que o toca se torna o próprio tabu.

A Corte faz uma distinção entre sexo e obscenidade, definindo que o segundo aborda o sexo de maneira apelativa e libidinosa, diferenciando as formas de representação de sexo na arte, na literatura e em trabalhos científicos. Aqueles que agreguem algum valor social não poderão ser excluídos de proteção constitucional da Primeira Emenda. Novamente o discurso moralista aparece restringindo a obscenidade como um meio de expressão. Esta posição pode ser interpretada por uma parte da doutrina como um uma imposição à Primeira Emenda, causando sua restrição.

Para classificar o material como pornográfico, os magistrados avaliam os seus requintes e suas pretensões intelectuais, não devendo ter garantia constitucional se forem considerados obscenos. Esta forma de avaliação acaba deixando à margem a fundamentação jurídica, uma vez que o que se questiona é o meio escolhido para representar o sexo, penalizando o trabalho que atente a incitar pensamentos libidinosos.

O teste Roth julga o material como obsceno, a) se o tema dominante do material, analisado em seu todo, apela ao interesse lascivo do sexo; b) se o material foi considerado ofensivo para o homem médio, segundo os valores comunitários contemporâneos, relacionado à maneira que o sexo foi descrito, e c) se o material não contiver nenhum valor social. O efeito do livro deve causar este impacto sobre os indivíduos da comunidade, e não sobre determinada classe. A utilização do padrão do homem médio não parece ser o melhor *standard* aderido, pois a decisão em regular a obscenidade, seguindo estes critérios, não é inteiramente neutra, uma vez que ela se volta para o conteúdo do discurso e para as normas sociais existentes.⁴ Este ponto foi alvo de crítica do juiz Douglas em seu voto, no qual questiona quando o discurso é rotulado como obsceno utilizando o padrão da “consciência comum da comunidade”, ponderando ser hostil a liberdade de expressão. Segundo ele, por este teste o júri poderá censurar e punir qualquer coisa de que eles não gostem, ocorrendo uma ditadura comunitária.

2.3) Voto vencido I – Juiz Harlan

O Juiz Harlan em seu voto questiona a opinião da Corte em se manter concentrada na classificação do material como material obsceno ao invés de questionar as condições que foram utilizadas para construir este critério. O juiz alega que esta decisão permite que os tribunais e o júri se baseiem em premissas flexíveis para categorizar os discursos como obscenos, não encarando os problemas constitucionais que surgem nestes casos, ou seja, restrições a liberdade de expressão. A opinião da Corte apenas tangencia o que é fundamental no caso: a violação da liberdade de expressão. Como aponta o voto, a Corte não resolve este problema constitucional quando opta por não analisar as premissas assumidas para classificar material obsceno, abrindo espaço para futuras restrições justificadas em conceitos brandos.

A lei estadual condenava a venda de livros que “tendessem a provocar impulsos sexuais que encaminhassem a pensamentos sexuais impuros” (tend to stir sexual impulses and lead to sexual impure thoughts). Segundo juiz Harlan, esta lei gera controvérsias. O próprio argumenta que o tipo penal é tão amplo, que qualquer livro poderia ser considerado ilegal. Embora alguns livros “tendessem a incitar pensamentos impuros”, eles ainda sim poderiam ter importância social, e por isso seriam protegidos pela Constituição. E caso estes que pudessem ter alguma relevância social fossem censurados porque considerados obscenos por incitar pensamentos impuros, haveria uma inconstitucionalidade, uma vez que o livro responde ao menos a um dos critérios – apresentar alguma relevância social – que lhe garante proteção. O juiz em seu voto exemplifica que por este raciocínio, o clássico “Ulisses”, escrito por James Joyce, poderia ser considerado obsceno pela Corte, segundo o critério estabelecido para julgar casos que envolvam a obscenidade.

A respeito da decisão dos magistrados, cabe ressaltar alguns aspectos importantes. A regulamentação da obscenidade, nunca será neutra, pois ela se volta para as normas sociais existentes e para a avaliação do conteúdo do material. A invasão do Estado com leis que restringem a pornografia viola o poder de autodeterminação dos indivíduos de, em sua esfera privada, ter acesso à pornografia. A sexualidade é uma necessidade natural do ser humano, e não pode ser desqualificada pela forma que é representada.

Ocorre uma discriminação em relação a uma forma determinada de expressar o sexo, fugindo do padrão moral cristão enraizado nas normas sociais, e por isso sendo

vetadas obras que não encarnam esta moral imposta. Há uma intervenção do Estado ao restringir a obscenidade quando impõe a sua própria visão de moralidade sobre a vida privada da sociedade. Como bem observa Sunstein, *“Tanto para homens quanto mulheres, a supressão da sexualidade por meio do direito ou de normas sociais tem sido um importante veículo de injustiça e de se infligir danos pessoais extremamente sérios. A libertação desses impulsos do direito ou de certas amarras sociais pode ser um importante bem coletivo ou individual”*.⁵

2.4) Voto vencido II – Juiz Douglas

O juiz Douglas em seu voto critica a decisão da Corte em não reverter a decisão do tribunal *a quo*, não declarando inconstitucional a lei que condena o material que seja “tendencioso a incitar pensamentos lascivos”. Para ele, esta posição possibilita que o Estado puna o mero discurso ou a publicação por meios de leis, ou o que o júri julga ser impróprio para a consciência individual. A interferência do Estado na literatura causaria uma grande perda para a sociedade, e por isto não seria justificável penalizar o estímulo ou desejo sexual oriundo de publicações que tratam sobre o sexo de forma pornográfica. O juiz prossegue afirmando, que se houvesse garantia de que o pensamento “sexual impuro” levasse a ações ilegais, poderia haver de alguma forma um interesse que justificasse a restrição desta categoria de discurso pelo Estado, visto que há um interesse do mesmo em manter a ordem pública. O governo deveria preocupar-se com condutas anti-sociais, e não com simples discursos, devendo permitir protestos que pregam opiniões contrárias aos valores comunitários, sem que haja penalização prévia ou póstuma.

Ao final do seu voto, o Juiz Douglas sustenta que o problema quanto à obscenidade não poderá ser resolvido apenas com a premissa de que este tipo de discurso não é protegido, que a solução não pode ser apenas a determinação da rejeição da Primeira Emenda. Ele contesta a decisão da Corte de reiterar que não há nenhuma evidência histórica que demonstre que literatura que abarque sexo devesse ter um tratamento especial diante desta norma. A “preferred position” da Primeira Emenda determina que nenhuma expressão deverá sofrer qualquer tipo de ponderação valorativa quanto ao teor do discurso, devendo sempre prevalecer a possibilidade de manifestação do que o silêncio da censura.

Nota-se que a censura estatal que ocorre quando o material trata de sexo de maneira lasciva delata a ação positiva do Estado na intervenção na vida particular dos indivíduos. A sociedade tem o livre arbítrio e a maturidade para selecionar as opiniões expostas. Uma sociedade na qual as pessoas lêem pornografia privadamente oferecerá condições mais desejáveis para a excelência humana. Uma sociedade na qual as pessoas são legalmente livres para ler pornografia privadamente oferece condições melhores do que uma sociedade em que ninguém o faz porque não pode.⁶ A sociedade é plenamente tolerante com a literatura, a arte, comerciais, logo o interesse público em impor uma moral de forma idiossincrática revela uma tentativa de controlar os impulsos sexuais dos indivíduos.

3) Memoir vs. Massachussets 1966

3.1) Histórico do caso

O caso *Memoir vs. Massachussets*⁷ foi julgado em 1966, e envolvia o livro “*Memoirs of a Woman of Pleasure*”, escrito por John Cleland em 1750, no qual o livro, e não o seu distribuidor, foi julgado obsceno. O testemunho de *experts*, como críticos literários, foi usado como evidência para julgar o conteúdo do livro e sua importância literária, cultural e educacional. A Suprema Corte utilizou o teste Roth, no qual o livro deveria ser considerado obsceno se dispusesse de três elementos: a) o livro avaliado pelo homem médio, pelo seu tema dominante deveria ser considerado apelativo pelo modo lascivo que trata de sexo; b) o material é ofensivo porque viola os valores comunitários contemporâneos relativos à maneira de representação da sexualidade, e c) o material não deve ter nenhum valor social. *Memoirs* não foi considerado obsceno, pois não foi provado que ele não continha qualquer valor social importante. A Corte reafirmou que os livros só poderiam ser classificados como obscenos se fossem qualificados como totalmente desprezíveis; mesmo aqueles que “induzissem a pensamentos sensuais” poderiam ter algum valor social relevante.

O caso também não foi decidido de forma homogênea (6 a 3). O juiz Brennan escreveu a opinião da Corte, no qual se juntaram a ele os juízes Warren e Fortas. Os juízes Douglas, Black e Stewart, escreveram votos concorrentes, no qual os dois últimos se utilizaram suas opiniões dadas no caso *Ginzburg v. United States* e *Mishkin v. New York*. Os juízes Clark, White e Harlan foram votos vencidos.

3.2) Opinião da Corte, juiz Brennan

O julgamento da Suprema Corte reverteu a decisão do tribunal *a quo*, que considerou o livro obsceno, argumentando que houve um erro na interpretação de um *standard* constitucional, pois foi verificado que o livro em questão revelava um mínimo de valor, e por isso não poderia ser considerado obsceno, mesmo apresentando outros elementos que o caracterizariam como obsceno pelo teste Roth, como a maneira apelativa que foi tratada a sexualidade, podendo ter sido considerado “obsceno”. Para os magistrados, é relevante a forma que o livro foi distribuído, o modo de sua produção, sua venda e publicidade para averiguar se foi dada ênfase no tema que trata da sexualidade de maneira apelativa. Se for distribuído com este objetivo, não será considerado socialmente relevante, e por isso não gozará de proteção constitucional. Segundo a Corte, o livro *Memoirs of a Woman of Pleasure* não foi publicado nem distribuído enfatizando-se na questão sexual do livro.

A exclusão imediata da obscenidade da proteção constitucional pela Primeira Emenda acabou indicando um precedente que encontra mais fundamentos em argumentos morais do que em argumentos jurídicos. A opinião dos juízes reproduzido no voto de Brennan parece ser incoerente quando defendem o direito de manifestar as ideias menos ortodoxas, como uma das garantias da liberdade de expressão, e ao mesmo tempo, descartam um livro que trata de sexo de maneira “sensual”, alegando não demonstrar nenhum valor social relevante. Na realidade, o que ocorre é o contrário do que é proferido em suas decisões, pois rejeitam a pornografia justamente porque trata da sexualidade de maneira provocativa, não tradicional, evidenciando que não é qualquer ideia não ortodoxa que é aceita.

Percebe-se que a Corte ao assumir a exclusão da obscenidade como categoria de discurso não protegida, acaba vendando a real discussão, que é a restrição pelo Estado, reiterado em decisão judicial, de um tipo de manifestação não convencional. É reconhecido que a pornografia exige restrições quando se trata de, por exemplo, espetáculos públicos que exigem classificação etária para sua exibição, ou quando combinado sexo com violência⁸. No primeiro caso, há um interesse legítimo do Estado em não sujeitar crianças e adolescentes à exposição de material no qual eles não tem discernimento de escolha, e no segundo caso, uma preocupação em incentivar atos violentos na prática sexual, principalmente na subordinação da mulher perante o

homem. No entanto, o que está sendo questionado de maneira abstrata é a questão *lato sensu* da censura do material considerado pornográfico, tratando-se de público adulto com plena capacidade de escolha e autodeterminação. A não consideração de obscenidade como um tipo literário leva, portanto, à sua censura prévia e a uma repressão sexual.

3.3) Voto Concorrente, juiz Douglas

O Juiz Douglas concorda com a opinião da Corte, mas por outros motivos, defendendo que a Primeira Emenda apenas permite a censura de expressão que esteja ligada a ações ilegais, alegando que o livro só poderá ser considerado sem nenhum valor social se avaliado por *experts* com mérito literário. Segundo o magistrado, a utilização de juízes para classificar o livro como obsceno viola o princípio da Primeira Emenda, que busca garantir a proteção de uma minoria, tolerando suas opiniões. Bem como em outros votos, o juiz tem reiteradamente defendido uma interpretação literal a favor de toda e qualquer forma de expressão, independentemente do teor do discurso.

Em seu voto, o juiz inicia uma discussão sobre o poder desproporcional do judiciário em decidir o que pode e o que não pode ser lido por uma nação inteira. O que leva a esta crença é a justificativa de que a leitura de material erótico irá produzir um comportamento sexual anti-social, mas esta relação não foi provada ainda. Defende que não podem os juízes definir o tipo de literatura a que uma nação inteira poderá ter acesso baseando-se na capacidade do livro em alavancar pensamentos sexuais nos indivíduos.

Ao avaliar esta posição do judiciário, percebe-se a discriminação do tipo literário que trata de sexo de maneira não convencional. Esta é baseada no gosto pessoal dos juízes. Voltando à questão apontada pelo tribunal – da importância em saber se o livro foi distribuído com ênfase na maneira provocativa que abarca a sexualidade – esta se torna irrelevante para o critério do valor social do livro, pois se o livro for apresentado com ênfase no tema “sexo”, provavelmente o interesse do público pelo livro irá aumentar, tornando-o popular e cada vez mais comentado. Logo, o motivo da sua repercussão social será justamente a ênfase dada à forma pela qual a sexualidade é apresentada, e será inegável sua relevância social. Portanto, o critério que a Corte utiliza para classificar um livro como obsceno, e, portanto excluindo ele de proteção

constitucional, será o maior motivo que o faz ter relevância social, criando uma grande controvérsia para o *standard* criado.

3.4) Opinião do *expert* literário, Rev. John R. Graham, da Primeira Igreja Universal de Denver

Em sua opinião sobre *Memoir of a Woman of Pleasure*, por John Cleland, o reverendo John R. Graham o compara com o livro *Sin, Sex and Self-Control*, escrito pelo clérigo Dr. Norman Vincent Peale. Este trata da dificuldade da classe média contemporânea em se adaptar aos novos padrões de comportamento. Segundo o crítico, ambos os autores tratam da antiga questão, “o que é ser moral?”. No entanto, aponta que este questionamento é mais óbvio no livro do Dr. Peale, pois ele utiliza termos nobres, como “amor”, “verdade” e “honestidade”, enquanto o outro trata do tema por meio de passagens eróticas. Para o reverendo, a importância dos livros é a maneira simbólica que é apresentada a luta pela moralidade.

Para John R. Graham, *Fanny Hill* é temido porque o autor questiona o que são atitudes morais, e o que são atitudes imorais. O livro de Dr. Peal diz que a solução para resistir à pressão comportamental do padrão contemporâneo é o autocontrole, no qual a repressão externa deve ser internalizada pelos indivíduos para haver um equilíbrio na convivência humana, ideia que se assemelha a teoria do super-ego de Sigmund Freud. Para o crítico, o livro de John Cleland traz uma exceção para este conceito, – que a repressão cria seres morais – desenvolvendo a noção de que a auto-expressão seria mais humana do que o autocontrole, confundindo o leitor quanto ao modelo padrão criado do que significa ser um “homem moral”.

Continua em seu parecer opinando, que a sociedade não irá se desfalecer porque as pessoas leem livros como *Fanny Hill*, mas poderá de desfazer se for recusada a tentativa de entendê-lo. A decadência não surge pela falta da capacidade do indivíduo em distinguir a moralidade da imoralidade, mas sim, porque a oportunidade de se expressar foi tão controlada, e tão reprimida, que as pessoas se tornaram robôs. É feita uma comparação do tipo de escolha que um homem poderá fazer: levar a vida de forma confortável, dentro de seu próprio “casulo”, e, portanto, perdendo sua humanidade, ou ter uma vida onde há estímulo para ir além da imaginação humana, cultivando a sua sensibilidade.

O reverendo atribui a *Fanny Hill* um valor social relevante pela abordagem não convencional que o seu autor faz da moralidade, ressaltando a importância da auto-expressão para a realização humana. A censura deste livro representa a tentativa de estabelecer padrões comportamentais, transformando os indivíduos em robôs, justamente aquilo apontado por John R. Graham. A repressão dos instintos humanos é a condição para se encaixar neste “padrão moral”, e qualquer intenção de agir fora dele deverá ser censurado em nome de “uma sociedade em harmonia”. Este falso contrato torna superficial o equilíbrio entre as pessoas, pois as manifestações de vontades são simuladas, pois os reais desejos são reprimidos, e, conseqüentemente, a qualidade espontânea do ser humano enrijece, tornando a convivência cada vez menos humana. A prevalência de livros como o do Dr. Peal, obrigando a uma restrição de livros como aquele escrito por John Cleland, proporciona uma sociedade superficial, uma vez que os direitos individuais não são respeitados.

3.5) Voto Vencido, juiz Clark

O juiz Clark, em seu voto vencido, questiona um dos *standards* utilizado pelo teste Roth para desqualificar *Fanny Hill* como um livro obsceno. Segundo ele, o critério utilizado – “utterly without redeeming social importance” – não seria um dos principais requisitos do teste, pois bastaria que o livro fosse considerado obsceno por seu conteúdo inteiro e, segundo o padrão do homem médio, que incitasse pensamentos libidinosos, para ser considerado obsceno. Defende em seu voto que o fato de o livro ter algum valor social relevante deve ser analisado conjuntamente com as outras evidências, como se o livro é ofensivo ou se desperta interesse libidinoso. Ao descrever passagens do livro, o juiz assinala que, pelo modo que o escritor tratou a sexualidade de sua personagem, o livro poderia ser classificado como “hard-core”, que é uma denominação que é utilizada para nivelar dentro da categoria pornografia os tipos mais “pesados”, sendo este tipo não protegido pela Constituição.

O juiz Clark também questiona o juiz Douglas, quando este afirma que não foi provada a correlação entre obscenidade e comportamentos sociais nocivos, no qual foram utilizando dados de estudos de psicólogos, de criminologistas e policiais e de um pastor. No primeiro caso, afirma-se que a pornografia pode ser legalmente insignificante, mas há determinados especialistas que acreditam que o sexo tratado de maneira obscena, enfatizando seu caráter mórbido, poderia induzir a condutas danosas

utilizando o do padrão homem médio. No segundo, é apontada uma ligação entre a literatura obscena e os homicídios que envolvem sexo, mas que não há nenhuma conclusão efetiva, apenas relatórios criminais. No terceiro, há uma crença que a pornografia encorajaria a violência, sendo a principal causa para a prostituição.

Nas opiniões abordadas, nenhuma colocou em evidência a pornografia como única causadora de ações danosas à sociedade. A análise feita por psicólogos é muito estreita, tratando de casos específicos no qual o sexo é tratado de forma violenta. A abordagem feita por policiais também é específica, tratando apenas de relatórios que indicam algum tipo de correlação entre sexo e condutas anti-sociais. A análise feita pelo clero assume o discurso defendido pelos valores da Igreja, portanto, carregado de convicções morais, sendo parciais para julgar o caso. Pode-se concluir, a partir do desdobramento destas opiniões, que não há vínculo direto que acuse a pornografia por si só como principal agente motivador de ações que levem a condutas anti-sociais.

4) Miller vs. Califórnia (1973)

4.1) Histórico do caso

Miller vs. California foi um caso importante, pois reiterou a decisão da Corte em manter a obscenidade como categoria de discurso não protegido e estabelecendo um novo *standard* (o teste Miller) para julgar materiais obscenos. O réu, Marvin Miller, responsável pelo negócio de correspondência que lidava com material de sexo explícito, conduziu uma campanha massiva para anunciar a venda de livros ilustrados referidos como material para “adultos”, ou seja, livros de pornografia. Miller foi acusado de violar o Código Penal da Califórnia, que considera infração a distribuição de material obsceno com pleno conhecimento do sujeito, e condenado pelo tribunal. A Suprema Corte manteve a decisão condenatória.

O critério “utterly without redeeming social value” do teste Roth, que foi utilizado para desqualificar o livro *Fanny Hill*, foi rejeitado em *Miller*. Enquanto no caso Roth a obscenidade era presumida se o livro não contivesse nenhum valor social, em *Memoir* exigiu-se a prova da falta de valor social para condenar o livro como obsceno. A Corte classificou o livro como obsceno, vedando-lhe proteção constitucional. Evidenciou-se novamente neste caso, a dificuldade dos magistrados a chegarem a um consenso quanto ao *standard* que permite classificar um livro como

obsceno. Pelo teste Miller um livro será considerado obsceno: a) se o homem médio, aplicando os valores da comunidade contemporânea, considera o trabalho, avaliado em seu todo, apelativo ao interesse lascivo; b) se o trabalho em questão descreve de maneira ofensiva a conduta sexual e c) se o trabalho como um todo não contém nenhum valor literário, artístico, político ou científico.

A decisão 5-4 teve a opinião da Corte escrita pelo juiz Burger, com adesão dos juízes White, Blackmun, Powell e Renquist. Os juízes Douglas e Brennan (Stewart e Marshall se juntaram a este) foram minoria, sendo, portanto, voto vencido. Brennan em um breve voto alude as suas opiniões do caso *Paris Adult Theatre I vs. Slaton*. Segundo o magistrado, ele mesmo ainda não questionou a extensão do poder do Estado em regular a distribuição de material obsceno para jovens adolescentes, ou quanto à pornografia “hard-core”, no entanto ele julga inconstitucional a lei anti-obscenidade em questão.

4.2) Opinião da corte, juiz Burger

O juiz Burger demonstrou preocupação com o poder dos Estados de criar leis que afrontem a liberdade de expressão ao tratarem de material obsceno, reiterando que devem limitar-se apenas a criar leis que regulem materiais que retratem o sexo de maneira ofensiva, e, na avaliação do material como um todo, este será considerado obsceno se não apresentar nenhum sério valor literário, artístico, político e científico. O juiz acredita que a incerteza do *standard* em parte fica resolvida com o consenso dos juízes em excluir o tipo de pornografia “hard-core” de proteção constitucional.

O juiz demonstra uma preocupação, mencionada por Brennan em *Roth vs. United States*, quanto à dificuldade da Corte em distinguir o material obsceno, que não deverá ter proteção constitucional, daquele que deverá tê-la. Indica que a supressão deste é permitida para evitar sua exposição para jovens adolescentes, mas que não é feita uma distinção precisa para esta proposta regulatória, entre o que seria material protegido, do que não seria material protegido. Esta incerteza gera uma tensão entre os tribunais, pois só haveria confirmação de que o material seria obsceno, quando a Suprema Corte, aplicando um “*standard* inevitável e obscuro,” assim se pronunciasse.

A preocupação que o novo critério do teste levanta é que apenas determinados livros ou trabalhos que agreguem algum valor intelectual, mesmo que obsceno, terão

garantia constitucional. Este acaba por desqualificar a pornografia como um tipo literário, ou um tipo de arte pela maneira que se expõe. O possível prejuízo que a exposição da pornografia poderia causar não foi comprovada.⁹ Portanto, utilizando uma interpretação mais liberal da Primeira Emenda, a recusa em proteger a pornografia em seu aspecto mais desprezível, indica uma possível afronta ao princípio da liberdade de expressão.

4.3) Voto Vencido, juiz Douglas

O juiz Douglas questiona o conceito de pornografia “hard-core”, no qual a opinião da Corte parece consolidada quanto à sua restrição, pois ainda há imprecisão nesta definição, caracterizando o material como obsceno pela ideia do “I know it when I see”¹⁰. A dificuldade, segundo o juiz, é que o termo “obscenidade” não é mencionado na Constituição. Portanto, não há nenhuma diretriz neste documento que permita decidir o que é e o que não é “obsceno”. Mas reconhece que deve ser implícita a sua proteção pela Primeira Emenda. Indica que o motivo para tantas divergências é o fato de a Corte estar lidando com a apreciação pela literatura, em uma questão do gosto individual de cada juiz. A vaguidade e a imprecisão dos juízes em construir uma definição sobre o material obsceno permitem condenações discricionárias, pois o indivíduo não terá o “fair warning” de que sua conduta é reprovável.

Lembra o juiz que a Primeira Emenda foi feita para gerar insatisfação, com o objetivo de criar controvérsias. O conceito de “ofensa”, que é utilizado pela Corte, possibilita a restrição do que é vital para a Primeira Emenda, que é o discurso ofensivo. Segundo o magistrado, é razoável que a Corte julgue um objeto que possa ser considerado “lixo”, mas não pode ser censurado porque é “ofensivo” para determinada pessoa. A conduta que “ofende” a um não ofende a “outro”. Sugere, em seu voto, que se a discórdia em definir o que é obsceno persistir, uma emenda constitucional deverá ser feita, pois não há como chegar a um consenso em se tratando de gosto.

5) Conclusão

A fórmula do teste Roth, homem-médio, padrão-comunitário, interesse-lascivo,¹¹ criou um precedente com um conceito impreciso do que seja obscenidade. Segundo Charles Rembar, “The precedent, one may argue, does not lie in the weakness of Roth; it lies in its strength”, esta afirmação encontra embasamento na contínua utilização do

teste nas decisões da Suprema Corte. Embora este tenha sido criticado em *Fanny Hill*, quando defendido que um livro poderia ter garantia constitucional por sua relevância social, embora fosse apelativo ao interesse lascivo do sexo, ou em *Miller*, quando este mesmo ponto é modificado, avaliando o livro sobre suas sérias pretensões literárias. A fórmula não mudou, e como conseqüência, deu continuidade ao debate entre os membros da Suprema Corte quanto à indefinição do conceito.

Os *standards* aplicados no teste Roth levantam algumas indagações, como a utilização do padrão homem médio, e os valores comunitários contemporâneos, já apontado pelo juiz Douglas em *Roth vs. United States*, ou a condenação da representação da sexualidade de maneira “ofensiva”. A pornografia não é uma forma de expressão convencional, por isso não é facilmente aceita. A imposição da “ditadura comunitária” gera uma espécie de proibição daquilo que não é senso comum, resultando em uma censura no direito de uma minoria que tem opiniões contra a maioria. A ofensa é sempre subjetiva, pois depende do outro para se caracterizar. A criminalização deste subjetivismo, no caso da pornografia, gera insegurança para o público, no qual o autor da obra fica a espera da decisão da Suprema Corte, em definir o material como obsceno, para então ser penalizado.

Dworkin utiliza as ideias otimistas de John Stuart Mill, sobre o livre mercado de ideias, para exemplificar uma possível atitude permissível perante a pornografia. Segundo aquele “[...] não conhecemos antecipadamente que desenvolvimentos sociais, morais ou intelectuais se revelarão possíveis, necessários ou desejáveis para os seres humanos e o seu futuro, e que a livre expressão, intelectual e artística – algo que talvez seja precioso incentivar e proteger, além de simplesmente permitir –, é essencial para o desenvolvimento humano [...]. A livre expressão é essencial não apenas como um meio para o desenvolvimento humano, mas como parte dele”¹². A decisão em negar a liberdade de manifestar a sexualidade de maneira vulgar, ou seja, a pornografia “hard-core”, parece gerar um prejuízo para a sociedade, pois os meios de escolha para o seu desenvolvimento ficam limitados a um *status quo* regulado, direcionando as opiniões dos indivíduos. Se há benefício na exposição da pornografia, apenas a longo prazo é possível afirmar. Protegê-la é preferível do que restringi-la, pois é mais favorável uma sociedade livre, do que uma limitada a determinados tipos de informação.

A ideia da moral apresentada pelo livro de Dr. Peale é muito mais confortável e sedutora do que aquela apresentada por *Fanny Hill*. A título de exemplo, o filme *Calígola* (1979) dirigido por Tinto Brass, produzido pelo editor da revista pornográfica *Penthouse*, Bob Guccione, e estrelado por Malcom McDowell – Laranja Mecânica (1971) – retrata a ascensão e queda do imperador romano Calígola, mostrando cenas de sexo lésbico explícito, incesto e zoofilia. O filme apresenta a sexualidade humana como algo instintivo e sem pudor. O Conselho Britânico de Classificação de Filmes (BBFC, na sigla em inglês) o censurou, e o liberou em 2008, 30 anos depois do seu lançamento, argumentando seu valor histórico. Esta motivação demonstra que há algum interesse em lembrar aquela época, e conseqüentemente, um interesse em seus padrões comportamentais. O filme não permite esquecer o homem apresentado com sua pulsão sexual sem amarras, mostrando-o em seu estado mais natural. Atualmente o sexo é apresentado como o livro que o Dr. Peale ilustra: um desejo que deve ser reprimido. Censurar a pornografia é inibir um desejo inerente a natureza humana.

Bibliografia

DWORKIN, Ronald **Uma questão de Princípio**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2005.

REMBER, Charles **The End of Obscenity**. Nova Iorque: Perennial Library, Random House, 1968.

SUNSTEIN R., Cass **A Constituição Parcial**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2009.

Roth vs. United States (1957)

Fanny Hill vs. Massachusetts (1966)

Miller vs. Califórnia (1973)

¹ REMBER, Charles **The End of Obscenity**. Nova Iorque: Perennial Library, Random House, 1968. pg. 45.

² “All ideas having even the slightest redeeming social importance -- unorthodox ideas, controversial ideas, even ideas hateful to the prevailing climate of opinion -- have the full protection of the guaranties, unless excludable because they encroach upon the limited area of more important interests.”

³ SUNSTEIN R., Cass **A Constituição Parcial**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2009. pg 343.

⁴ SUNSTEIN R., Cass **A Constituição Parcial**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2009. pg 343.

⁵ SUNSTEIN R., Cass **A Constituição Parcial**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2009. pg 345.

⁶Para abordar o problema que envolve a liberdade de expressão quando são apresentados pensamentos impopulares ou depravados, entre eles a pornografia, o autor utiliza duas estratégias que possam justificar uma atitude permissiva. Uma “baseada no objetivo”, no qual a tentativa de censurar a pornografia teria conseqüências, a longo prazo, piores do que a premissão do seu consumo. A segunda, “baseada nos direitos”, argumenta que a supressão ou censura da pornografia, restringem os direitos morais e políticos dos cidadãos. Ao analisar o Relatório do Comitê sobre a Obscenidade e a Censura de Filmes (Relatório Williams) de 1979, ele observa qual destas estratégias foi assumida (pg.498). Drowkin cria a estratégia Williams para organizar os argumentos e distinções específicas do Relatório. Esta visa assegurar as melhores condições ao alcance da sociedade para alnaçar o desenvolvimento humano. Segundo o autor, a concepção do Relatório, resumidamente, acerca da melhor sociedade, seria aquela que mais contribui para que os seres humanos tomem decisões inteligentes sobre qual é a melhor vida a se levar, e que para isso seja alcançado, estas condições precisam estar ao alcance dos indivíduos.

⁷ O caso também é conhecido por *Fanny Hill* ou *Memoirs of a Woman of Pleasure*.

⁸ SUNSTEIN R., Cass **A Constituição Parcial**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2009. pg 347.

⁹ O relatório Williams reconhece que o aumento da pornografia em circulação na comunidade pode produzir mais violência ou mais crimes sexuais de algum tipo específico. Mas o comitê não encontra nenhuma prova persuasiva dessa influência causal.

¹⁰ A expressão “I know it when I see it” foi utilizada pelo juiz Potter Stewart no caso *Jacobellis vs. Ohio* na tentativa de formular uma definição para pornografia.

¹¹ REMBER, Charles **The End of Obscenity**. Nova Iorque: Perennial Library, Random House, 1968. pg. 57.

¹² John Stuart Mill sugeriu, em *Da Liberdade*, que a sociedade tem mais chance de descobrir a verdade, não apenas na ciência mas também a respeito das melhores condições para a prosperidade humana, quando tolera o livre mercado de ideias.