

UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA- UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIAS

RAYSSA KALLYNE CRUZ DE LUNA

**O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE ARTÍSTICA:
Eficácia questionada pela imposição de limites**

JOÃO PESSOA

2014

RAYSSA KALLYNE CRUZ DE LUNA

**O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE ARTÍSTICA:
Eficácia questionada pela imposição de limites**

**Trabalho de Conclusão apresentado ao
Curso de Direito do Centro de Ciências
Jurídicas da Universidade Federal da
Paraíba, como exigência parcial da
obtenção do título de Bacharel em
Ciências Jurídicas.**

**Orientador: Prof. Dr. Marcílio Toscano
Franca Filho.**

JOÃO PESSOA

2014

Luna, Rayssa Kallyne Cruz de.

L961d O direito fundamental à liberdade artística: eficácia questionada
pela imposição de limites / Rayssa Kallyne Cruz de Luna– João Pessoa,
2014.

55f.

Monografia (Graduação) – Universidade Federal da Paraíba.

RAYSSA KALLYNE CRUZ DE LUNA

**O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE ARTÍSTICA:
Eficácia questionada pela imposição de limites**

**Trabalho de Conclusão apresentado ao
Curso de Direito do Centro de Ciências
Jurídicas da Universidade Federal da
Paraíba, como exigência parcial da
obtenção do título de Bacharel em
Ciências Jurídicas.**

**Orientador: Prof. Dr. Marcílio Toscano
Franca Filho.**

Banca Examinadora:

Data de Aprovação: 07/03/2014

Prof. Dr. Marcílio Toscano Franca Filho (Orientador)

Profª. Drª. Alessandra C. L. M. Franca

Prof. Ms. Ulisses Silveira Job

**Dedico esta monografia aos meus pais
Renan e Geny, minha irmã Rytta, e
Àquele que nos gerou e nos constituiu
como família – Deus.
*In memoriam de Materna Maria Cruz***

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha família e a todos que me apoiaram no decorrer dessa jornada de 7 anos de curso, em meio a transferências e tantas outras situações que surgiram. Agradeço principalmente a Deus por enxergar em mim mais do que eu posso ver, por realizar tudo ao seu tempo e por proporcionar ao longo do caminho o apoio que eu necessitava, concedendo-me a graça de ter familiares, amigos e professores que me ajudaram a crescer em termos acadêmicos e como ser humano. Agradeço, ainda, ao meu professor orientador Dr. Marcílio Toscano Franca Filho que tão gentilmente aceitou o propósito de me guiar nesse trabalho de conclusão de curso.

“Cada homem e cada grupo social estão moralmente obrigados, no exercício dos próprios direitos, a ter em conta os direitos alheios e os seus próprios deveres para com os outros e o bem comum.”

João XXIII, Encíclica *Mater et Magistra*

DECLARAÇÃO DE AUTORIA

Eu, RAYSSA KALLYNE CRUZ DE LUNA, declaro para os devidos fins e sob as penas da lei que o trabalho cujo título versa sobre “**O direito fundamental à liberdade artística: eficácia questionada pela imposição de limites**” é de minha única e exclusiva autoria, estando a UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA, autorizada a divulgá-lo, mantendo cópia em biblioteca, sem ônus referentes a direitos autorais

João Pessoa. 18 de fevereiro de 2014

RESUMO

O presente trabalho versa sobre o direito fundamental à liberdade artística e apresenta como foco da análise a eficácia de tal garantia, que é questionada quando ocorre a imposição de limites, tendo em vista que a liberdade por vezes é compreendida de maneira equívoca como ausência de restrições. Tais limitações, mesmo não sendo expressas na Constituição podem estar previstas no dispositivo que regula o direito, ou dispostas em outras previsões constitucionais, bem como podem estar implícitas na própria Constituição. Ademais, algo que também resulta em limites à liberdade de expressão artística são as colisões com outros direitos fundamentais. Desta feita, para o estudo do tema será utilizado método de procedimento interpretativo para conhecimento do teor das legislações, e a técnica de pesquisa será bibliográfica. Outrossim, registre-se que a natureza da pesquisa é epistemológica e jurídica, posto se tratar do direito constitucional voltado para as expressões artísticas. Destarte, essa análise recai sobre as definições e o contexto histórico relacionados à liberdade artística, bem como a legislação e a jurisprudência, sob a ótica da interferência do direito nas manifestações artísticas, percebendo que a atuação jurídica no campo das artes é no sentido de garantir a liberdade de criação e expressão.

Palavras-chave: Liberdade. Arte. Limite. Eficácia. Conflito. Constituição.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 O DIREITO DA ARTE	13
2.1 Relações entre direito e arte	13
2.2 Contexto histórico e elementos formais do direito à liberdade artística no Brasil	14
3 LIBERDADE ARTÍSTICA	20
3.1 O que é liberdade?	20
3.2 Definição do Direito à Liberdade Artística	22
4 EFICÁCIA DO DIREITO À LIBERDADE ARTÍSTICA FRENTE ÀS LIMITAÇÕES A ESTE DIREITO	27
4.1 Fundamentações dos limites à liberdade artística.....	27
4.2 Limites à liberdade artística	30
4.3 Casos Concretos	34
4.3.1 O STF e o racismo: o caso <i>Ellwanger</i>.....	34
4.3.2 Governo do Distrito Federal censura manifestação artística em muro de escola pública.....	40
4.3.3 Biografias não autorizadas.....	42
4.1.4 Panorama internacional.....	46
4 CONCLUSÃO	51
5 REFERÊNCIAS.....	53

1 INTRODUÇÃO

A arte é resultado da complexidade humana e sua forma de interação. Mesmo quando parece simplória, ela exprime quão complexa é a sociedade, como quando observamos uma arte impressionista: em que a paisagem ao longe nos remete a idéia de algo calmo e simples, no entanto a mistura de cores na tela através de pontos expressos pelas pinceladas. Com certeza não é algo simples, sendo necessária uma harmonia e ordenação. Desta forma, pode-se considerar a sociedade como uma bela paisagem impressionista, onde os pontos e a mistura de cores são as pessoas em interação e as pinceladas são os fatores que envolvem o desenvolvimento das relações sociais, as quais, para que sejam harmônicas estão intrinsecamente ligadas ao direito, pois este serve como instrumento para tal harmonia.

Direito e Arte apresentam uma íntima relação, podendo ser um objeto do outro, bem como recíproca é a contribuição entre eles. Neste aspecto, cabe destacar que esse vínculo será analisado sob o foco do direito enquanto regulador e garantidor das manifestações artísticas. Destarte, o presente estudo versa sobre o direito fundamental à liberdade artística e tem como objetivo a análise de sua eficácia, muitas vezes questionada quando ocorre imposição de limites. É um trabalho que se justifica pela necessidade de compreensão do real significado do direito em análise e, concomitantemente, do alcance de sua aplicação.

A liberdade artística é um direito que tem como cerne garantir ao indivíduo se expressar por meio das variadas formas de arte, assegurando a possibilidade de criação, produção e divulgação das obras. Ademais, figura entre os principais direitos fundamentais, estabelecido constitucionalmente no art. 5º, IX¹, encontra na guarda dos preceitos formativos do nosso Estado Democrático de Direito e galga o posto de ser reflexo do princípio da dignidade humana, o qual permeia todo o ordenamento, tendo em vista que é um dos principais objetivos pleiteados pelo sistema jurídico.

Doravante estas características, o direito à liberdade de expressão artística não pode e nem deve ser considerado absoluto, fato que induz ao questionamento “Liberdade não pressupõe ausência de limites?”. Se a resposta fosse afirmativa,

¹IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

consequentemente, não haveria que se falar sobre limites à liberdade. Todavia, perceberemos que seria um equívoco tal conclusão. Destarte, para tal percepção será observada a norma enquanto parte de um ordenamento jurídico harmônico, bem como casos concretos que envolvam a discussão da aplicabilidade e alcance do direito à liberdade artística.

Diante desse cenário, serão observadas as garantias que foram concedidas à arte enquanto forma de expressão e os limites inerentes ao exercício desse direito. Iniciaremos o trabalho abordando o conceito, definições e o histórico do direito fundamental à liberdade artística, apontando as limitações e suas controvérsias, ressaltando os questionamentos acerca da eficácia². Para tanto, buscaremos referências sobre o assunto na legislação brasileira, com ênfase na Constituição Federal, mas também observando os demais componentes do nosso ordenamento jurídico, com destaque para a jurisprudência.

Desta feita, o tema em questão foi desenvolvido utilizando o método de procedimento interpretativo para conhecimento do teor das legislações, e a técnica de pesquisa bibliográfica. Ademais, a natureza da pesquisa é epistemológica e jurídica. No tocante à estrutura podemos descrever que o segundo capítulo apresenta a relação entre direito e arte, o arcabouço histórico e os elementos formais, e as garantias constitucionais estabelecidas na lei para a defesa do direito à liberdade artística. Sequenciando, o terceiro capítulo trás o conceito do direito em estudo.

No quarto capítulo evidencia-se a eficácia da garantia de liberdade artística frente às limitações a este direito, analisando a fundamentação e quais são os limites, bem como a análise de casos concretos, observando nesses a complexidade dos questionamentos decorrentes das restrições ao direito em estudo, e as respostas da jurisprudência diante desses casos. As considerações finais ressaltam que a liberdade de expressão artística não é um direito absoluto, por ter eficácia contida, porém os efeitos e aplicabilidade da norma desse direito fundamental são defendidos por nosso ordenamento, mesmo que em circunstâncias extremas seja mitigado o alcance dessa eficácia.

Portanto, a análise recairá sobre a eficácia, enquanto efeito e aplicação, posto que a validade técnico-formal do direito em foco já é garantida constitucionalmente.

²"A eficácia se refere, pois, à aplicação ou execução da norma jurídica". (REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 25 Ed. São Paulo: Saraiva, 2001.p.104)

Deste modo, será observada a complexidade dos questionamentos decorrentes das limitações a este direito, que em sua maioria abarcam tensões com outros preceitos fundamentais, também derivados do supra-princípio da dignidade da pessoa humana.

2 O DIREITO DA ARTE³

2.1 Relações entre direito e arte

A Arte retrata a realidade humana, por ela podemos observar a história da sociedade e os pensamentos predominantes e conflitantes de cada época. Desta forma, as expressões artísticas retratam os diversos períodos históricos, como por exemplo, Michelangelo em suas obras na Capela Sistina que refletem o Renascimento e seus ideais, além do conflito entre Reforma e Contra-Reforma, que nortearam a fase constitutiva da obra. Neste sentido, recordamos o que afirma Aristóteles: toda arte relaciona-se com a criação e ocupa-se em inventar e em estudar as maneiras de produzir alguma coisa que pode existir ou não, e cuja origem está em quem produz, e não no que é produzido.⁴ Assim, analisando a arte como forma de expressão, constata-se que tanto o direito quanto a arte possuem o homem como matéria-prima.

Aristóteles também fala que as leis são, por assim dizer, “as obras de arte” da política⁵. Ademais, convém lembrar que desde os romanos ao conhecimento jurídico se associa o referencial de arte⁶, deste modo o dinamismo da arte contribui e envolve o direito. Desta feita, este diálogo entre direito e arte envolve diversas conotações, porém esta relação pode ser analisada sobre o prisma de quatro óticas principais: o direito como objeto da arte, a arte como objeto do direito, a arte como um direito, o direito como arte⁷. Trata-se de uma interação íntima e perceptível em suas várias nuances:

“Para além do fato de o direito já ter sido até mesmo defendido como “a arte do bom e do justo (“*Ius est ars boni et aequo*” segundo Celso), essa aproximação dialética, de mútua interferência, entre direito e arte foi particularmente intensa em algumas das linguagens artísticas como a poesia, a literatura, o teatro, as artes plásticas e o cinema. Quanto à poesia, em especial, não se pode esquecer que, durante muito tempo e em muitas civilizações, o jurisconsulto foi o poeta e o poeta, o único jurisconsulto. Direito e poesia gozaram de grande intimidade por séculos.”⁸

³ “Art’s law” expressão utilizada por Douzinas e Nead. *apud*. FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. A cegueira da justiça: diálogo iconográfico entre arte e direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2011. p.21

⁴ ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2013. p.123

⁵ ARISTÓTELES. *Ibidem*. p. 229

⁶ GUERRA, Rabay Gustavo. Direito e Estética: elementos de arte e retórica no humanismo jurídico de Mário Moacyr Porto. p.4

⁷ FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. A cegueira da justiça: diálogo iconográfico entre arte e direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2011. p.21.

⁸ FRANCA FILHO, Marcílio, *ibidem*. p.22

Também, desta relação profunda decorre que muitos juristas se dedicam a arte, propriamente dita. No Brasil, um notável exemplo foi o do jurista Ruy Barbosa, membro fundador da Academia Brasileira de Letras, o qual chega a afirmar: “não é possível estar dentro da civilização e fora da arte”⁹. Diante da visão deste renomado jurista, percebemos quão importante aspecto tem a arte para o mundo jurídico, não apenas como uma maneira de compreender a sociedade, mas primordialmente como algo intrínseco do homem e sua forma de convivência, de maneira que torna inato ao direito também proteger e regular esta forma de expressão – o direito da arte, foco desse trabalho, é o ramo da ciência jurídica que incide sobre a arte¹⁰.

2.2 Contexto histórico e elementos formais¹¹ do direito à liberdade artística no Brasil

A história do Brasil é marcada por períodos em que vigorava a censura em detrimento da liberdade de expressão. Durante, o chamado Estado Novo, no primeiro Governo de Getúlio Vargas, por exemplo, o cenário era de intelectuais, artistas, escritores, jornalistas presos ou proibidos de se manifestar, como forma de conter a oposição. Nesta época, Graciliano Ramos, um dos maiores escritores do país, foi preso em Alagoas e depois trazido para o Rio de Janeiro, teve sua cabeça raspada e viveu de presídio em presídio desde 1936, sem processo e sem nunca ter sido ouvido. Também, o jornalista Everardo Dias, para não ser preso, periodicamente tinha de responder á interrogatórios sobre onde morava, o que fazia e quem eram seus amigos¹².

Desta feita, o período que antecede a nossa atual Constituição Federal é o da Ditadura Militar, onde havia também uma grande repressão no que diz respeito às expressões artísticas, pois os militares exerciam um controle que determinava o que poderia ser divulgado e considerado arte, para evitar que a cultura de protesto – que utilizava música, cinema, literatura e artes plásticas, elaborada por artistas e intelectuais que através de sua arte e de seu humor, criticavam a censura e o regime – incentivasse a rebeldia e denunciasse o terrorismo cultural imposto pela ditadura.

9 BARBOSA, Ruy. Obras completas. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1942. Tomo II. p. 246

10 FRANCA FILHO, Marcílio Toscano, op. cit. p.21

11 “O elemento formal da liberdade é precisamente esse, as garantias estabelecidas na lei, para defesa das liberdades individuais”. (Nóbrega, Flósculo da. Introdução ao Direito. 5ª Ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1969. p. 144)

12 ARRUDA, José Jobson de A.; PILETTI, Nelson. Toda a História: História Geral e História do Brasil. São Paulo: Ática, 2002. p.370

Deste modo, à época da ditadura, tudo que ofendia o Estado e sua honra era considerado agressivo e perigoso. Além da censura sobre os jornais e periódicos, censuraram também as músicas de Chico Buarque, Gilberto Gil, Caetano Veloso, Geraldo Vandré e outros que, após a prisão, foram exilados. A mesma coisa acontecia com as companhias de teatro e quaisquer manifestações artísticas que, através da liberdade de expressão, tentasse denunciar as ações do então governo. Naquele recorte histórico a Arte devia permanecer enjaulada em nome da “moral e dos bons costumes”.

José Afonso da Silva¹³ afirma que a luta pela normalização democrática e pela conquista do Estado Democrático de Direito começara assim que se instalou o golpe de 1964, e intensificaram-se no início de 1984, em busca do reequilíbrio da vida nacional, que só poderia consubstanciar-se numa nova ordem constitucional que refizesse o pacto político-social, algo que só foi possível com o advento da Constituição de 1988, chamada de “Constituição Cidadã”¹⁴. Desta feita, convém recordar o que explana o Prof. Ms. Antônio Cavalcante da Costa Neto, em seu livro “Direito, Mito e Metáfora”, a respeito da conquista da liberdade:

“[...] a liberdade, enquanto direito, surge a partir do conflito. Isso não sou eu quem o diz, mas mestres do direito. Ihering, como vimos, se afirma que o fim do direito é a paz, diz também que o único meio de consegui-lo é a luta. Kelsen, por sua vez, denuncia a hipocrisia de uma moral absolutamente pacifista para justificar o direito, sobretudo quando se verifica que a filosofia liberal que a propaga baseia-se na rivalidade desenfreada entre as nações. Por fim, Flósculo da Nóbrega é ainda mais incisivo. Além de dizer que o direito nasce da luta e só por ela pode ser mantido, defende que os desertores do bom combate jurídico são indignos de merecer os louros da vitória, haja vista que “há mais dignidade num animal que luta por sua liberdade no que no homem que se resigna sem protesto a uma injustiça.”¹⁵

Por isso, diante deste contexto, com o intuito de que esta repressão não mais acontecesse, a Lei Maior, promulgada no ano de 1988, entrou em vigor garantindo o direito de livre expressão, no qual está incluso a liberdade artística. São dizeres da Constituição: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença” (Constituição Federal, art.5º, IX). Dispositivo que expõe a ruptura com a realidade vivenciada no período da ditadura.

13 SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25º Ed. São Paulo: 2005.p.88

14 Denominação dada por Ulysses Guimarães, presidente da Assembléia Nacional Constituinte que a produziu; a denominação seria pela ampla participação popular em sua elaboração e especialmente porque se volta decididamente para a plena realização da cidadania.

15 COSTA NETO, Antônio Cavalcante da. *Direito, Mito, e Metáfora: os lírios não nascem da lei*. São Paulo: LTr, 1999. p.181

Atualmente, lembramos o golpe militar através dos trabalhos da Comissão Nacional da Verdade, que investiga violações de direitos humanos ocorridas de 1946 a 1988 no Brasil. A ação da Comissão será concluída no presente ano de 2014, justamente o ano do aniversário de 50 anos do golpe de 1964. E, um dos maiores desafios da última etapa dos trabalhos será chegar a um consenso em relação a uma revisão da Lei da Anistia, que foi aprovada em 1979, como parte do processo de redemocratização no Brasil, durante o governo do presidente João Figueiredo. Tal lei impede a responsabilização de agentes do Estado e militares acusados de crimes contra a humanidade, e permitiu o resgate da cidadania de militantes cassados, clandestinos e exilados durante a ditadura¹⁶. Destarte, diante da investigação da Comissão da Verdade que denúncia uma boa parte das afrontas à dignidade da pessoa humana realizadas no período ditatorial, recordamos consequentemente quão grande conquista representa a atual Constituição.

Ademais, retomando os fatores que influenciaram a Constituição de 1988, ressaltamos a influência da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de onde decorre, em grande parte, o fato de a nossa norma constitucional ser permeada pelos princípios da igualdade, liberdade e fraternidade, bem como defende o Estado Democrático de Direito e o supra-princípio da dignidade da pessoa humana – todos preceitos defendidos pela Declaração, a qual já em seu preâmbulo dispõe que foi elaborada considerando o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo. Nesse sentido, explica João Batista Hekenhoff:

“A Constituição do Brasil avança, no seu preâmbulo, em relação à Declaração Universal dos Direitos Humanos, quando realça, mais que esta, os direitos sociais e quando faz expressa referência ao desenvolvimento. Embora não fazendo parte do preâmbulo, os artigos 1º, 3º e 4º da Constituição Brasileira também agasalham princípios orientadores, esbosam valores fundamentais. Esses princípios e valores completam e explicitam a tábua de opções ético-jurídicas do preâmbulo. Se considerarmos esses artigos, como é metodologicamente correto, complemento do preâmbulo, concluirímos que a enunciação de valores humanos e democráticos da Constituição do Brasil avantaja-se ao código de

¹⁶ MELO, Débora. Nos 50 anos do golpe, Comissão da Verdade define se pede revisão da Lei da Anistia. Disponível em: <http://noticias.bol.uol.com.br/ultimas-noticias/brasil/2013/12/26/nos-50-anos-do-golpe-comissao-da-verdade-define-se-pede-revisao-da-lei-da-anistia.htm#fotoNav=2>. Acesso em: 16/02/2014.

valores inscrito no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos.”¹⁷

Deste modo, apesar de nossa Constituição ter surgido após 40 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, é possível observar que esta foi uma das bases utilizadas para a elaboração da atual norma constitucional, fato que é perceptível, por exemplo, no artigo 1º que firma como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana, e no artigo 3º que constitui como objetivo fundamental a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Ademais, dentre as influências também constatamos o pensamento constitucional português e espanhol. Nesse sentido, Gisele Cittadino expõe que esta influência foi tão significativa no processo constituinte brasileiro que vários artigos, especialmente os que se referem ao sistema de direitos, são cópias literais das citadas constituições¹⁸. Desta forma, ainda a autora explica:

“O constitucionalismo ‘comunitário’ brasileiro é, primordialmente, influenciado pelo pensamento constitucional português e espanhol, especialmente pelas discussões travadas por ocasião dos processos constitucionais dos quais resultaram a Constituição Portuguesa de 1976 e a Constituição Espanhola de 1978. À semelhança do processo brasileiro, estes países atravessaram longos períodos de autoritarismo político e elaboraram Constituições com vistas à implementação e consolidação de regime democráticos.”¹⁹

Também, convém ressaltar que o constituinte brasileiro não estabeleceu a liberdade artística em um dispositivo próprio, deste modo, dispõe a norma sobre o gênero liberdade de expressão, agrupando em um único tópico as espécies: da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação. Neste sentido, explica José Afonso da Silva²⁰, seria desnecessária uma disposição expressa que desvinculasse a liberdade de expressão artística da liberdade de expressão em geral. Desta feita, tal distinção seria irrelevante, devido o objetivo da proteção do dispositivo ser a garantia do indivíduo se expressar, não importando para tanto por qual meio ele irá fazê-lo ou qual espécie de manifestação constitui o seu modo de expressar.

17 HEKENHOFF, João Batista. apud ARAÚJO, Luis Felipe de Jesus Barreto; FONSECA, Charlie Rodrigues. A influência da Declaração Universal dos Direitos Humanos no Direito brasileiro. Disponível em: <jus.com.br/artigos/21440/a-influencia-da-declaracao-universal-dos-direitos-humanos-no-direito-brasileiro>. Acesso em: 15/02/2014

18 CITTADINO, Gisele. Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

19 CITTADINO, Gisele. Pluralismo, ibidem. p.22

20 SILVA, José Afonso. Apud. SILVA, Júlia Alexim Nunes. A liberdade de expressão artística. Disponível em:<www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2281.pdf>. Acesso em: 08/09/2013

Outrossim, a Constituição atual também dispõe sobre o direito à cultura, especificado no art. 215, que determina que o Estado garantirá e apoiará as manifestações culturais, protegerá o patrimônio cultural, a produção e a difusão de bens culturais, investirá na formação de pessoal para gestão da cultura e democratizará o acesso à bens de cultura. Esta garantia tem relação direta com à liberdade cultural, na qual está inclusa também a liberdade artística, tendo em vista que a arte é considerada elemento da cultura. Ademais, o art. 215 c/c 216²¹, instituem o princípio do pluralismo cultural que tem por fim a preservação e promoção do patrimônio cultural. Deste modo, estes dispositivos estabelecem um princípio de pluralismo cultural que além de informar a atuação estatal na defesa do patrimônio cultural e as políticas públicas de proteção e preservação do patrimônio cultural, também serve como direcionamento para interpretar as demais normas constitucionais que tratem da cultura e, por conseguinte, da arte.

Destarte, outra garantia da liberdade de expressão e da liberdade artística é a imunidade tributária, conforme expresso no art. 150, VI, “d”, da Constituição²². O citado dispositivo estipula que União, Estados e Municípios não podem instituir impostos sobre livros, jornais, periódicos e o jornal destinado à sua impressão. Assim, percebemos uma clara tentativa por parte do constituinte de incentivo à arte e cultura.

Assim, percebemos que o constituinte, novamente, se preocupou em dar respaldo à garantia da liberdade de expressão artística, como modo de impedir atos que afrontassem tal direito, da mesma forma que tinha acontecido em período anterior, em que a cultura era controlada pelo governo e havia uma, podemos chamar, “arte oficial” – as expressões artísticas moldadas pelo Estado, que no lugar de incentivar, reprimia o pluralismo cultural. Desta feita, à época da elaboração da Constituição, o Brasil se encontrava carente em termos de liberdade, de modo que o

²¹ Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. [...]

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico. [...]"

22 „Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

VI - instituir impostos sobre:

d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão.”

constituinte tentou supri-la. A realidade dessa época é transcrita no prefácio do livro “A Ironia da Liberdade de Expressão”.

“A forte lembrança da censura e das restrições impostas pelo Estado ajudaram a estabelecer no Brasil uma percepção similar àquela que vem prevalecendo nos EUA desde a década de 70. No contexto pós-democratização, a liberdade de expressão passou a ser vista, em larga medida, como uma garantia da autonomia individual – e em especial dos meios de comunicação – contra interferências do Estado. A atuação estatal no campo da expressão tornou-se para a sociedade brasileira.”²³

Mas, diante dessas diversas garantias constitucionais decorrentes do direito de liberdade de expressão artística, surgiram conflitos com outros direitos fundamentais, também assegurados pela Constituição, e, bem como a necessidade da imposição de limites para manter o ordenamento jurídico harmônico. O que levou à muitos questionarem se as limitações e restrições ao direito à liberdade o suprimiam, tendo em vista que tal direito teria por finalidade romper barreiras de ações, o que poderia induzir a uma conclusão equívoca de tratar-se de um direito absoluto, uma ausência total de limites.

Assim, consequentemente, o principal questionamento é acerca da eficácia ou efetividade do direito à liberdade artística, posto que a existência formal dessa garantia seja indubitável, tendo em vista os dispositivos constitucionais que o asseguram, deste modo resta saber seu exercício e o alcance de seus efeitos. Para tanto, será necessário: uma análise do que realmente consiste a liberdade, tendo como foco a espécie liberdade de expressão artística; o estudo dos limites impostos a esse direito; a eficácia diante dessas limitações.

23 FISS, Owen M. A Ironia da Liberdade de Expressão: Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública. Tradução e Prefácio: Gustavo Binenbojm e Caio Mario da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.p.10

3 LIBERDADE ARTÍSTICA

3.1 O que é liberdade?

A definição de liberdade abarca uma variedade de conceitos. A etimologia da palavra deriva de “libertas”, que significa condição de pessoa livre. Mas, o que é ser livre? Liberdade pressupõe ausência de limites? Assim, ao longo do tempo, diversos filósofos e doutrinadores se debruçaram sobre o assunto para responder ao questionamento do que seria essa tal liberdade. Deste modo, consideremos as opiniões mais difundidas e basilares para o direito brasileiro, pois seria infrutífero examinar todas as opiniões que têm sido sustentadas a respeito.

Uma das principais concepções nos é trazida por Aristóteles para o qual a liberdade consiste em escolher entre alternativas possíveis, sendo esta escolha livre e voluntária, consequentemente tendo agente como única causa de sua ação. Nesse sentido ele afirma:

“é livre aquele que tem em si mesmo o princípio para agir, isto é, aquele que é a causa interna de sua ação ou da sua decisão de não agir. A liberdade é concebida como o poder pleno e incondicional da vontade para determinar a si mesma ou para ser autodeterminada.”²⁴.

Também, Jean Paul Sartre responde o questionamento a cerca do que é liberdade e, em sua resposta, retoma a concepção aristotélica, porém de uma forma mais radical ao defender que:

“a liberdade é a escolha incondicional que o próprio homem faz de seu ser e de seu mundo. Quando julgamos estar sob o poder de forças externas mais poderosas que nossa vontade, esse julgamento é uma decisão livre, pois outros homens, nas mesmas circunstâncias, não se curvaram nem se resignaram.”²⁵

Desta feita, para Sartre o homem é livre e responsável pelo o que está em seu entorno, ademais, apresenta a idéia de liberdade como uma condenação, “O homem está condenado a ser livre”²⁶. Por essa linha do pensamento sartriano, o homem é considerado o único responsável por seus atos e escolhas. Destarte, os valores morais nesta concepção não são limites para a liberdade, pois o poder de

²⁴ ARISTÓTELES *apud* CHAUI, Marilena. Convite à Filosofia. São Paulo: Ática, 2000. p. 464

²⁵ SARTRE, Jean Paul *apud* SILVA, Franklin Leopoldo e. Ética e Literatura em Sartre: ensaios introdutórios. São Paulo: UNESP, 2003. p.190

²⁶ SARTRE *apud* CHAUI, Marilena. op.cit. p. 464

escolha só estaria sujeito às limitações do próprio homem, que não diminuiriam a liberdade, e sim, torná-la-ia possível, tendo em vista que determinam as possibilidades de escolha.

Podemos observar outra percepção através de Kant, que traz a idéia do homem submetido ao determinismo da natureza e às leis da liberdade; a liberdade prática ou independência da vontade que pode ser demonstrada quando a razão nos fornece a “regra de conduta”²⁷, o que devemos ou não fazer; outrossim, a idéia de liberdade definida como autonomia na esfera política e internalizada como a liberdade moral do individuo. Portanto, Kant indica que o âmbito de atuação do direito é externo ao indivíduo, ou seja, firma a divisão entre direito e moral; e a coexistência da liberdade externa e a liberdade interna.

Para Kelsen²⁸ o princípio da liberdade é delimitado pela existência de normas que impedem o cidadão de ter um determinado comportamento; se não existem normas que vedem tal conduta, ele tem plena liberdade para realizá-la. Já, para Montesquieu²⁹ a liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem. Para este, se um cidadão pudesse afrontar as leis, não haveria liberdade porque os demais cidadãos teriam igualmente esse poder.

Também, doutrinadores tentam responder ao questionamento do significado de liberdade, entre eles José Afonso da Silva³⁰ que conceitua a liberdade como a possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal, encontrando nesta noção os elementos objetivos e subjetivos que o autor considera necessários à idéia de liberdade; é “poder” de atuação sem deixar de ser resistência à opressão; não se dirige contra, mas em busca, em perseguição de alguma coisa, que é a felicidade pessoal, pois essa é subjetiva e circunstancial de cada um, figura como o interesse do agente. Tudo o que impedir aquela possibilidade de coordenação dos meios é contrário à liberdade.

Segundo Luigi Palma³¹, a multiplicidade conceitual da palavra liberdade não se deve apenas à ignorância acerca do seu significado ou da sua utilização

27 KANT, Immanuel *apud* OLIVEIRA, Clara Maria C. Brum de; TROTTA, Wellington. A liberdade como fundamento do pensamento político-jurídico Kantiano. Revista de ciência política-achegas.net.. Disponível em:< www.achegas.net/numero/36/claratrott_36.pdf>.Acesso em: 05/01/14

28 KELSEN, Hans *apud* DIAS, Wladimir Rodrigues. A Democracia no pensamento de Hans Kelsen. Disponível em:< us.com.br/artigos/19522/a-democracia-no-pensamento-de-hans-kelsen/3>. Acesso em: 09/01/14

29 MONTESQUIEU *apud*. MOSCATELE, Renato. Rousseau frente ao legado de Montesquieu: história e teoria política no século das luzes. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. p. 153

30 SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional. 25ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p.233

31 PALMA, Luigi *apud* AGRA, Walber de Moura Agra. Curso de Direito Constitucional. 6ªEd. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p.174

deliberada para o atendimento de interesses os mais variados. A multiplicidade conceitual deve ser creditada também ao progressivo desenvolvimento de sua substância ao longo do tempo.

Destarte, para o presente trabalho cabe-nos observar como o Direito Brasileiro conceitua a liberdade:

“Liberdades constitutivas de verdadeiros **bens de personalidade**, porquanto correspondentes aos seguintes direitos que o art. 5º da nossa Constituição intitula de “*Fundamentais*”: a) “*livre manifestação do pensamento*” (inciso IV); b) “*livre [...] expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação*” (inciso IX); c) “*acesso a informação*” (inciso XIV).”³²

O que é perceptível neste conceito é a grande relevância que é concedida a este direito em nossa jurisdição, tendo em vista o respaldo de ser assegurado constitucionalmente como cláusula pétrea e figurar como um dos principais direitos humanos dos quais se derivam os bens da personalidade. Neste sentido, Flósculo da Nóbrega³³ ensina que: “cada liberdade individual constitui um direito subjetivo, que em caso de violação pode fazer-se cumprir com o auxílio do poder judiciário”.

Em nosso ordenamento jurídico a liberdade figura como um dos pilares para o Estado Democrático de Direito, garantida pela Constituição Federal, é um direito fundamental do qual deriva várias modalidades, entre elas a liberdade de expressão artística. Neste sentido, o doutrinador Walber de Moura Agra³⁴ instrui que o direito à liberdade foi o núcleo comum do qual defluiram os direitos à liberdade religiosa, à liberdade de expressão, de pensamento, e à propriedade.

3.2 Definição do Direito à Liberdade Artística

A palavra “arte” já trás em si a idéia de liberdade, considerando que é uma expressão do ser humano em sua essência, retrata um tempo, uma pessoa ou até mesmo nada, como alguns costumam dizer da arte abstrata, mas neste nada há um sentido e um significado, pois em cada forma artística e em cada obra existe uma linguagem. A comunicação artística transcende as palavras, sendo tal característica digna de ser defendida como direito. Deste modo, ninguém pode ser privado do

32 ADI 4451 MC-REF, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 02/09/2010, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-125 DIVULG 30-06-2011 PUBLIC 01-07-2011 REPUBLICAÇÃO: DJe-167 DIVULG 23-08-2012 PUBLIC 24-08-2012 RTJ VOL-00221- PP-00277

33 NOBREGA, J. Flósculo da. Introdução ao Direito. 5ª Ed. Rio de Janeiro: José Konfino- Editor, 1969. p.145

34 AGRA, Walber de Moura Agra. Curso de Direito Constitucional. 6ªEd. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p.175

direito de se expressar através da arte. É essencial à atividade artística a criação livre, na qual as impressões, experiências, vivências são trazidas à exposição, já que ela é a expressão mais direta da personalidade do artista.

O conceito de liberdade artística pode-se configurar como uma alternativa de ação, como um poder ou faculdade de criar, produzir, divulgar obras de arte, a possibilidade de fazer ou não. Alternativas de que o indivíduo é titular, conforme diretrizes da Constituição que garante este direito subjetivo. Assim, apresenta-se a dimensão subjetiva da liberdade artística: o poder ou faculdade de realizar ou não realizar um conjunto de ações que resulta em arte.

Outrossim, a dimensão objetiva da liberdade artística pode ser entendida como a contribuição deste direito para a democracia e desenvolvimento da cultura. Neste aspecto, observamos a arte como um espaço aberto para crítica e debates de idéias, bem como, um mecanismo para questionar valores e concepções do seu tempo, incentivando transformações na sociedade. Deste modo, a liberdade de expressão exerce uma função democrática, servindo também como um instrumento de controle dos poderes públicos, ao passo que limita ação destes, impedindo que ultrapassem os limites de suas competências e concedendo ao cidadão a possibilidade de se pronunciar contra determinados atos e ideologias aplicadas pelo estado. Assim, vislumbramos que o exercício do direito em questão, além de desenvolver a arte e a cultura, amplia os espaços de liberdade.

Cabe recordar que a liberdade de expressão é considerada uma espécie do gênero Direito fundamental e dela se derivam inúmeros outros direitos de liberdade, sendo ponto de partida para que o indivíduo tenha a possibilidade de externar, expressar seus pensamentos, idéias, sentimentos, emoções, suas opiniões sobre temas diversos, convicções filosóficas, políticas, religiosas, bem como se manifestar cultural, artística e científicamente. Nesse sentido, Luís Roberto Barroso³⁵ afirma que a liberdade de expressão, por seu turno, destina-se a tutelar o direito de externar idéias, opiniões, juízos de valor, em suma, qualquer manifestação do pensamento humano. Assim, possibilita a interação no meio social, facilitando a comunicação, a transmissão e recebimento de informações.

Deste modo, considerando a liberdade artística como parte intrínseca da liberdade de expressão, na medida em que a norma constitucional une as espécies

³⁵ BARROSO, Luís Roberto *apud* VIANNA, José Ricardo Alvarez. Liberdade de expressão “versus” direitos fundamentais. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24266/liberdade-de-expressao-versus-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 29/01/14.

de expressão em um único dispositivo, as garantias dispostas para liberdade de manifestação de pensamento no geral alcançam e são aplicadas consequentemente em suas formas específicas. Assim, o constituinte ao dispor em uma norma uma as diversas maneiras de expressão, deu ênfase que independente do objeto ou meio escolhido o objetivo de expressar-se seja resguardado. Por meio desse raciocínio, compreendemos a liberdade artística como espécie da liberdade de expressão.

Neste sentido, José Afonso da Silva³⁶ afirma que uma disposição constitucional expressa que desvincule a liberdade de criação e expressão artística da liberdade de expressão em geral é desnecessária. Segundo o Jurista, esta distinção era necessária na vigência da Constituição de 1969, em que, no artigo. 153, §8º, a manifestação do pensamento era subordinada, à moral e aos bons costumes. Assim, como tais restrições não poderiam aplicar-se à liberdade artística, tendo em conta que as artes têm caráter vanguardista e, muitas vezes, uma função de subversão da ordem e dos costumes, era necessário separar a criação e a manifestação artística, da manifestação do pensamento em geral.

Destarte, sob a proteção da liberdade de expressão encontra-se resguardada: toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público, ou não, de importância e de valor, ou não.³⁷ Assim, o “expressar-se” é firmado como direito garantido e resguardado constitucionalmente. A liberdade de expressão constitui-se em direito fundamental do cidadão, envolvendo o pensamento, a exposição de fatos atuais ou históricos e a crítica³⁸. Neste sentido, conforme assegura o art. 5º, IX³⁹ da Constituição Federal, liberdade de expressão é o direito de todo e qualquer indivíduo de manifestar seu pensamento, opinião, atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, sem censura. Outrossim, é um direito que tem como características a inalienabilidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade, itens considerados essenciais para que seja preservada a dignidade humana. Na verdade, esse direito tem por fim proteger a sociedade de opressões e figura entre os elementos

³⁶ SILVA, José Afonso. *apud*. SILVA, Júlia Alexim Nunes. A liberdade de expressão artística. Disponível em:<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2281.pdf>. Acesso em: 08/09/2013

³⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *apud* ALMEIDA, Priscilla Coelho de Barros. Liberdade de expressão e liberdade de informação: uma análise sobre suas distinções. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8283>. Acesso em: 31/01/14.

³⁸ HC 83.125, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 16-9-2003, Primeira Turma, DJ de 7-11-2003.

³⁹ “X - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;”

fundamentais das sociedades democráticas, que têm na igualdade e na liberdade seus pilares.

Destaca-se, também, a dimensão negativa da liberdade ou o dever de abstenção do Estado⁴⁰, aspecto que merece destaque, pois comprehende a proibição da censura e o dever de neutralidade do Estado, pois o seu intuito consiste no impedimento de violações à liberdade de expressão, ou seja, a finalidade é a vedação de restrições que não tenham por base os preceitos constitucionais ou que ofendam estes, e que, em decorrência disto, o impedimento acabe por ter efeitos similares ao da censura prévia.

Muitas das violações à liberdade artística derivaram da tentativa do Estado de impor uma arte dita como “oficial”, utilizando meios de propaganda ou de favorecimento às obras e aos artistas que partilhassem de uma determinada visão estatal do que era ou deveria ser a arte⁴¹. Este tipo de ação estatal também é vetado pela Constituição de 1988, tendo em vista que tornar possível o pleno exercício dessa liberdade em um espaço aberto e igualitário de produção e divulgação de obras de arte, permanecendo o Estado neutro e as intervenções que realizar na esfera artística não tenha por base diretrizes, políticas, ideológicas ou estéticas. Portanto, ao dever de abstenção estatal está intrínseco também um dever de neutralidade do Estado, que constitui uma vedação da imposição de uma arte oficial.

Ressalte-se, ainda, que encontra respaldo na liberdade de expressão a divulgação por todos os meios possíveis, e não apenas pela palavra escrita ou falada, mas também por gestos, desenhos, gravuras, pinturas. Assim, pode-se observar que a liberdade de expressão contém uma dupla dimensão, conforme nos ensina Jonatas Machado:

“Nesse sentido, deve-se sublinhar a *dupla dimensão* deste direito. A *dimensão substantiva* compreende a atividade de pensar, formar a própria opinião e exteriorizá-la. A *dimensão instrumental*, traduz a possibilidade de utilizar os mais diversos meios adequados à divulgação do pensamento.”⁴²

Podemos exemplificar a dimensão instrumental da liberdade de expressão com o caso do diretor de teatro, que após ser criticado pelos espectadores, ao final

40 SILVA, Júlia Alexim Nunes. op. cit.

41 Idem, ibidem.

42 MACHADO, Jonatas. *apud* ALMEIDA, Priscilla Coelho de Barros. Liberdade de expressão e liberdade de informação: uma análise sobre suas distinções. Disponível em: <http://www.ambitorjuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8283>. Acesso em: 31/01/14.

da peça teatral expôs membro íntimo de seu corpo para o público. O Supremo Tribunal Federal ao julgar o HC 83.996/RJ, Rel. Ministro Gilmar Ferreira Mendes, j. 17.08.2004, referente a esta situação, considerou que não haveria o diretor praticado ilícito penal de ato obsceno, justificando que este teria apenas exercido seu direito de liberdade de expressão, mesmo que o fato descrito tivesse sido “inadequado ou deseducado”, como afirmou a Corte no julgado.

Portanto, a garantia da liberdade artística está inclusa no grupo das liberdades de expressão, e abrange não apenas a atividade artística, mas também a apresentação e divulgação da obra de arte. Ademais, a liberdade artística, mesmo envolta em um direito mais amplo que é a liberdade de expressão, também possui características e fundamentos próprios. Neste caso, o diferencial desta liberdade é a própria arte, ou melhor, a faculdade de se expressar por meio de uma obra de arte, distinguindo-se assim das outras formas de expressão. Deste modo, observamos que a liberdade de expressão artística é uma liberdade que compreende um conjunto de ações como a criação, a produção e divulgação da obra de arte, abrangendo ainda o produto da criação artística, ou seja, a obra de arte propriamente dita.

4 EFICÁCIA DO DIREITO À LIBERDADE ARTÍSTICA FRENTE ÀS LIMITAÇÕES A ESTE DIREITO

4.1 Fundamentações dos limites à liberdade artística

Os limites à liberdade fundamental são limiares difíceis de serem impostos, por interferirem em um direito, remetendo novamente a idéia aristotélica, que é concebido como o “poder pleno e incondicional”⁴³. Porém, analisando sob a ótica liberdade-poder, vislumbramos a necessidade dos limites, pois recordando Montesquieu, mesmo que este falasse dos poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, por analogia podemos considerar que face à liberdade-poder também só o poder freia o poder⁴⁴; no chamado “Sistema de Freios e Contrapesos”⁴⁵, os poderes atuariam mutuamente como freios, cada um impedindo que o outro abuse de seu poder. Ademais, convém acrescentar o seguinte:

“Montesquieu insiste no papel fundamental da lei como salvaguarda contra a vontade arbitrária. O que ele chama de independência é incompatível com a liberdade, **pois onde todos fazem tudo aquilo que bem entendem, ninguém está protegido de interferências indevidas da parte de outrem.**”⁴⁶ (grifo nosso)

Deste modo, a liberdade impede a repressão e a censura, enquanto os limites dela impedem a agressão de direitos de outrem por pessoas que subjugam com base na liberdade poder ofender direito alheio. Para tanto, o caráter absoluto do direito à liberdade de expressão artística não deve existir, posto que comprometeria o sistema jurídico, cujo intuito é tido como manter uma relativa, ao menos, harmonia nas relações sociais. Neste sentido, adverte Carlos Roberto Siqueira Castro⁴⁷:

“Considerando que praticamente inexiste direito individual ou coletivo absoluto, ou de fundamentação absoluta, isto é revestido de ilimitação plena, e que a grande maioria das liberdades individuais consubstanciam liberdades sociais, ou seja, existem para serem exercidas em sociedade, há que haver limites para que essa liberdades possam ser igualmente exercidas por todos os membros da comunidade em regime de concomitância e de respeito recíproco. Aliás, a própria idéia de um

43 ARISTÓTELES. *apud* CHAUI, Marilena. op. cit. p.464

44 COUCEIRO. Julio Cesar. Princípio da separação de poderes em corrente tripartite. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10678&n_link=revista_artigos_leitura. Acesso em: 03/02/2014

45 Idem. Ibidem,

46 MOSCATELE, Renato. Rousseau frente ao legado de Montesquieu: história e teoria política no século das luzes. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. p. 153

47 CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio de Janeiro. 2005. p.62

“fundamento absoluto” não se coaduna com a intricada teia de relatividade e de conexões axiológicas em que se desenrola o fenômeno jurídico.”

Tal entendimento nos remete as idéias de Rousseau no Contrato Social, o qual trás a explicação do “paradoxo da liberdade” – os homens presos a vínculos que os obrigam em relação aos associados e, ainda assim, permanecem livres⁴⁸ – a esclarecimento desta contradição está na noção de “vontade geral” trazida pelo mesmo filósofo, que de uma forma simplificada pode expressa da seguinte maneira:

“[...] ao aceitar os vínculos que me obrigam frente à vontade geral, eu não estaria me submetendo a uma dominação alheia e externa, mas, dado que a vontade geral é a minha vontade, ou que há de geral na minha vontade eu continuaria obedecendo apenas à minha vontade e, por isso, permaneceria tão livre como era no estado pré-social”⁴⁹

Destarte, cabe acrescentar o que explica sobre o tema Dr. Antônio Cavalcante da Costa Neto⁵⁰:

“[...] liberdade absoluta para cada pessoa não pode haver, sob pena de não existir sequer a relativa para todos. Tomemos como exemplo a liberdade de expressão. A nossa Constituição garante a livre manifestação do pensamento, mas proíbe o anonimato, o que, se não é uma restrição, já não representa um limite. Também garante a livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura ou licença. Sem dúvida, a censura deve ser considerada uma excrescência no seio de uma sociedade que se quer democrática, sendo inadmissível a institucionalização da mordaça aos órgãos formadores da opinião pública. Contudo, mesmo nas mais democráticas das democracias, ninguém em sã consciência sente-se à vontade para tolerar a divulgação irrestrita de material pornográfico em nome da liberdade de expressão. Hoje em dia, por exemplo, discute-se se a censura deve ser inteiramente proscrita do mundo anárquico da internet. E a mídia televisiva? Será que em nome da liberdade de comunicação, temos de, vez por outra, tolerar o seu sagrado direito de escandalizar o público?

Há portanto, muitas questões sobre a tênue linha divisória entre liberdade, permissividade e tolerância”.

Assim, diante desta contextualização dos limites, compreendemos que as limitações e restrições não são um cerceamento da liberdade, ao contrário, são garantias de que esta existe na forma de um direito, validando-se como norma e sendo inserida na unidade do ordenamento jurídico. Nesse sentido, a respeito do direito enquanto sistema, Hans Kelsen firma que um sistema de normas, um ordenamento social, e uma norma particular apenas pode ser considerada como

48 MARQUES, J.O. Forçar-nos a ser livres? O paradoxo da liberdade no Contrato social de Rousseau. Disponível em:

http://www.unicamp.br/~jmarques/pesq/Paradoxo_da_Liberdade.pdf. Acesso em: 17/02/2014

49 Idem. Ibidem.

50 COSTA NETO, Antônio Cavalcante da. Direito, mito e metáfora: os lírios não nascem da lei. São Paulo: LTr. 1999. p. 186

uma norma jurídica na medida em que pertença a um tal ordenamento⁵¹. Cabendo, ainda, ressaltar que cada norma é resultado de elementos sociológicos e axiológicos, assim como suas derivadas limitações.

Outrossim, explana Ms. Antônio Cavalcante: poder e dever, liberdade e responsabilidade, direito e obrigação. Os sistemas normativos costumam correlacionar esses conceitos, dizendo que são as duas faces da mesma moeda⁵². Desta feita, os limites ao direito da liberdade, além de serem necessários, constituem uma garantia e respaldo de que este exista, pois neste “Sistema de Freios e Contrapesos”⁵³ busca-se como base assegurar a dignidade da pessoa humana, bem como o Estado Democrático de Direito, algo que seria impossível de se efetuar se os preceitos da liberdade acobertassem afrontas a demais direitos.

“Tanto a liberdade concebida por Kant, quanto o grito de libertação dos oprimidos, à medida que passam a ser assegurados pela ordem jurídica, representam um limite ao exercício do poder estatal e ao mesmo tempo, demarcam as próprias fronteiras da liberdade das ações do homem em sociedade, pois o direito “funciona como uma obra de engenharia social, um complexo de diques e canais, a normalizar o curso do turbulentão rio das relações humanas”^{54,55}.

Assim, Flósculo da Nóbrega ensina que o direito pode ser visto como uma obra de engenharia social, onde cada dique, que represa e impõe limite às condutas dos indivíduos, é concomitantemente um canal, que serve para permiti-las. Deste modo, aquilo que chamamos liberdade por um lado é obrigação imposta aos demais de respeitarem determinados limites, os quais também atingem quem é o detentor do direito, pois este faz parte de um todo que é o ordenamento jurídico; todavia, simultaneamente é um direito garante à permissão para que o homem realize suas vontades.

Ademais, admitir a supervalorização a priori e incondicional do valor resultaria em admitir a exclusão do outro, eliminando-se qualquer possibilidade argumentativa de defesa, e em abandono à máxima popular de que “o direito termina quando começa o do outro”, como bem lembra Carlos Roberto Siqueira Castro⁵⁶. Ademais, cabe recordar o que ensina Pontes de Miranda: em vez de absolutismo, tão propício

51 KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p.33

52 COSTA NETO, Antônio Cavalcante da. op. cit. p. 182

53 COUCEIRO. Julio Cesar. op. cit.

54 NOBREGA, J. Flósculo da. *apud* COSTA NETO, Antônio Cavalcante da. op. cit.p.135

55 COSTA NETO, Antônio Cavalcante da. op. cit. p. 135

56 CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. op. cit. p.63

aos processos racionalistas de estudo do direito, temos de assentar, mais uma vez, a relatividade social e jurídica⁵⁷. Desta feita, cabe salientar que, por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida⁵⁸ e aplicabilidade imediata, como aduz José Afonso da Silva⁵⁹.

Desta feita, ressalta-se, ainda, de acordo com Walber de Moura Agra⁶⁰que o objetivo das normas de eficácia contida, ao permitirem a mensuração dos princípios constitucionais, muitas vezes diminuindo a extensão do seu alcance, é permitir a convivência de direitos constitucionais, adequando-os a uma determinada realidade social, ou seja, ao diminuir o alcance da norma constitucional, o seu objetivo pode ser o de aumentar a sua eficácia. Neste sentido, percebemos a coerência do STF ao expressar sua posição de que as liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal⁶¹. Assim, em conformidade com tal orientação, também os demais tribunais de segunda instância, bem como a doutrina nacional adotam o mesmo posicionamento.

4.2 Limites à liberdade artística

A Constituição não estabelece de forma expressa limites ao direito à liberdade artística, mas isso não significa que não existam, posto que os limites podem estar previstos no dispositivo que regula o direito, ou expressos em outras previsões constitucionais, bem como podem estar implícitos na Constituição. Neste sentido, ressalta-se o posicionamento do Supremo:

"Os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que

57 MIRANDA, Pontes de. *apud* CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. op. cit. p.63

58 "Normas de eficácia contida são aquelas que produzem efeitos imediatos; contudo, uma norma infraconstitucional, posterior, pode restringir o alcance do seu conteúdo. Sua eficácia é imediata, sem necessitar de regulamentação – seus limites é que são especificados posteriormente. A norma infraconstitucional nem sempre diminui a extensão da eficácia da norma constitucional, algumas vezes ela serve para especificar, definindo determinados preceitos constitucionais [...] (AGRA, Walber de Moura Agra. Curso de Direito Constitucional. 6^aEd. Rio de Janeiro: Forense, 2010.p.88).

59 SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional. 25^a Ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 180.

60 AGRA, Walber de Moura, op.cit. p. 89

61 STF - HC: 82424 RS, Relator: MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 17/09/2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 19-03-2004

estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.”⁶²

Ademais, cabe salientar que tais limitações só podem ser impostas por leis em hipóteses excepcionais, conforme explana em decisão o STF, referente às liberdades de expressão e de informação:

“As liberdades de expressão e de informação e, especificamente, a liberdade de imprensa, somente podem ser restrinvidas pela lei em hipóteses excepcionais, sempre em razão da proteção de outros valores e interesses constitucionais igualmente relevantes, como os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à personalidade em geral.”⁶³

Outrossim, algo que resulta em limites para a liberdade de expressão artísticas são as colisões com outros direitos fundamentais, igualmente protegidos pela Constituição, sejam individuais, caso do direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem; sejam de ordem pública, como por exemplo os casos de atos que envolvam em si possível discurso odioso – discriminação, incitação da intolerância e do desrespeito que, geralmente, é direcionado às minorias. Mas, impere advertir, como explica Carlos Roberto Siqueira Castro: o princípio da unidade das normas constitucionais consubstancia premissa lógica jurídica e da funcionalidade do sistema normativo, que inadmite antinomias insolúveis pelo critério da hierarquia das fontes⁶⁴; por tal princípio não se pode admitir antinomias reais entre as normas constitucionais, em respeito ao postulado da unidade da Constituição.

Sob o primado do princípio da unidade da Constituição, há de se encontrar o espaço adequado de incidência de cada uma das normas que podem sobrevir a cada caso concreto, cabendo as cortes com competências constitucionais solucionar tal conflito. Luís Roberto Barroso⁶⁵ afirma que a colisão de princípios constitucionais ou de direitos fundamentais não se resolve mediante o emprego dos critérios tradicionais de solução de conflitos de normas, como o hierárquico, o temporal e o da especialização. Em tais hipóteses, o intérprete constitucional precisará socorrer-se da técnica da ponderação de normas, valores ou interesses, por via da qual

⁶² STF, MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 16-9-1999, Plenário, DJ de 12-5-2000.

⁶³ STF, RE 511961/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, Brasília. J. 17 de junho de 2009

⁶⁴ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. op. cit. p. 59

⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto *apud* VIANNA, José Ricardo Alvarez. op. cit.

deverá fazer concessões recíprocas entre as pretensões em disputa, preservando o máximo possível do conteúdo de cada uma. Em situações extremas, precisará escolher qual direito irá prevalecer e qual será circunstancialmente sacrificado, devendo fundamentar racionalmente a adequação constitucional de sua decisão⁶⁶.

Apresentam-se como solução para o conflito da liberdade de expressão artística com outros direitos fundamentais: o impedimento da divulgação da obra de arte ou a reparação posterior do dano⁶⁷. Devendo tal solução variar conforme o caso concreto, ressaltando que só em hipóteses extremas, em que a divulgação de uma obra de arte possa causar danos significativos e irreparáveis a direitos de terceiros, é que a divulgação pode ser impedida, por uma decisão judicial, por exemplo. Mas, no geral, as soluções circundam a responsabilização civil ou criminal posterior do causador do dano e a reparação do dano por meio de indenização.

Todavia, cabe advertir que quaisquer restrições ou limitações à liberdade de expressão devem ter por fundamentos valores e princípios democráticos inseridos na própria Constituição, devendo ser criteriosamente analisados, em especial nas hipóteses em que haja colisão para com outros Direitos Fundamentais, como intuito de que a resposta seja constitucionalmente adequada para cada caso, para que não se transforme em um ataque à liberdade de expressão e à Democracia de uma forma geral. Ademais, rememoramos que o art. 1º da Constituição Federal consagra o princípio da dignidade da pessoa humana, como um valor básico e primordial do Estado Brasileiro, deste modo, tal princípio tem valor essencial e permeia todo o ordenamento servindo como princípio interpretativo de todas as normas de direitos fundamentais, é o único que se diferencia dos demais em termos de hierarquia de normas, tamanha sua importância para o primado da justiça.

Assim, uma obra de arte que atente contra a dignidade humana não está protegida pelo direito à liberdade artística. Deste modo, concluímos que são admitidas restrições a esse direito fundamental, mas com a ressalva de que esteja em consonância com a Constituição Federal, e que a superação das colisões normativas devem passar por uma análise cautelosa, individualizada e, sobretudo, fundada em premissas jurídico-constitucionais. Cabendo, ainda, salientar que uma eventual restrição à liberdade de expressão para ser considerada legítima deve ser

⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. Disponível em : http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm Acesso em: 09/01/2014.

⁶⁷ SILVA, Júlia Alexim Nunes. op. cit.

posterior e motivada, para que não se configure em censura prévia, tendo em vista que a própria Constituição proíbe essa prática em seu art. 220, §2º⁶⁸:

Portanto, mesmo que em casos extremos a liberdade artística seja limitada, sua eficácia apenas diminui o alcance, todavia sendo inquestionável sua existência, tendo em vista que se trata de uma garantia defendida veementemente pelo ordenamento jurídico. Porém, como já exposto, não pode ser considerada direito absoluto, consequentemente, à liberdade artística podem ser impostas restrições legais, desde que em conformidade com os limites dos direitos fundamentais e os princípios da proporcionalidade e da preservação do núcleo essencial. Além disso, a ocorrência de conflitos entre a liberdade artística e outros direitos constitucionalmente protegidos pode resultar em limitações, visto que a garantia dessa liberdade não dá respaldo a afrontas aos demais direitos. Assim, as restrições podem ser apresentadas como solução para os conflitos.

Destarte, observamos a harmonização e a coerência do direito enquanto sistema jurídico, o que neste caso preserva o direito à liberdade, mas com a advertência de que se responde penal e civilmente pelos abusos que cometer no uso dessa garantia, também se sujeitando ao direito de resposta. Por conseguinte, mesmo que a liberdade mantenha uma posição de vantagem em alguns casos de conflito com outros direitos, isto não significa que estejamos diante de um direito absoluto.

Neste sentido, salientamos, ainda, que como o direito fundamental à liberdade de expressão artística não tem limitação constitucional específica e sua área de proteção é marcada por um conceito tão aberto quanto é o conceito de arte, faz-se necessário uma fixação mais cuidadosa, no caso concreto, do alcance da área de proteção, como bem explica Leonardo Martins⁶⁹. Deste modo, será necessária análise atenta do caso concreto para a ponderação entre os direitos que se encontram em rota de colisão. Assim, a seguir observaremos algumas respostas jurisprudências diante dos citados casos.

⁶⁸ “Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.[...]

“§ 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”

69 MARTINS, Leonardo. Direito Constitucional à Expressão Artística. In: MAMEDE, Gladstone; FRANCA FILHO, Marcílio; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Direito da Arte. São Paulo: Atlas, no prelo.

4.3 Casos Concretos

4.3.1 O STF e o racismo: o caso Ellwanger

O julgamento do caso Ellwanger, iniciado em dezembro de 2002, entrou para história do Supremo, porque foi considerado como uma decisão inédita da Corte sobre o racismo. Destarte, é considerado um marco na jurisprudência dos direitos humanos. O caso em questão trata do Habeas Corpus impetrado por Siegfried Ellwanger – que fora condenado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ/RS) e depois pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), que manteve a decisão anterior do Tribunal gaúcho.

O motivo da condenação foi à prática de racismo, conduta tipificada no artigo 20 da Lei 7716/89⁷⁰, por Ellwanger ter: editado, distribuído e vendido ao público, na qualidade de escritor e sócio da empresa “Revisão Editora Ltda.”, obras de conteúdo anti-semita de sua autoria e de terceiros. Entre as obras de sua autoria estão: “Holocausto Judeu ou Alemão? – Nos bastidores da Mentira do Século”. E, de autoria de autores nacionais e estrangeiros: “O Judeu Internacional” de Henry Ford; “A História Secreta do Brasil”, “Brasil Colônia de Banqueiros” e “Os Protocolos dos Sábios de Sião”, os três de autoria de Gustavo Barroso; “Hitler- Culpado ou Inocente?” de Sérgio Oliveira; e “Os conquistadores do Mundo- os verdadeiros criminosos de guerra” de Louis Marschalko.

Tais publicações procuram negar fatos históricos relacionados às perseguições contra os judeus, em especial o holocausto, incentivando a discriminação racial e imputando-lhes os males do mundo, o que justificaria, a exemplo da doutrina nazista, a inferiorização e segregação do povo judeu, semeando nos leitores dos respectivos livros sentimentos de ódio, desprezo e preconceito anti-semita. Assim, ao praticar o racismo, concomitantemente, feria o princípio da dignidade humana, preceito defendido pela Constituição Federal.

O Habeas Corpus que foi impetrado pelo advogado do Ellwanger trazia, basicamente, como argumentos de defesa o seguinte: os judeus são “raça”, logo a

⁷⁰ Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Pena: reclusão de um a três anos e multa. [...]

§ 2º Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza:

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.”

conduta do réu não pode ser considerada crime de prática de racismo. O objetivo era lidar com a questão da prescriabilidade, pois o crime de racismo no termo da Constituição é imprescritível, e ao procurar afastar a existência deste buscava-se eliminar o tema da imprescritibilidade, com isso naturalmente tentava equacionar a situação do ora paciente. Deste modo, percebemos que a estratégia era encontrar uma saída técnica. Destarte, essa foi uma das grandes discussões no plenário do Supremo.

Ademais, este caso é tido como um dos mais profundos e instigantes que surgiram na Corte desde de 1988, porque trás a pergunta: qual o limite da liberdade de expressão? E, dessa pergunta decorre uma segunda: os discursos racistas, da destruição de uma raça, os pedidos que envolvam a manifestação para superioridade de uma raça sobre outra, por exemplo, estão cobertos pela liberdade de expressão ou houve uma opção do constituinte por proibir discurso de ódio?

Trata-se de uma situação complexa para se saber quando ou não a liberdade de expressão pode ser limitada, pois ela é uma das condições da democracia, que pressupõe pluralidade de vozes e de interpretações sobre a história. Ademais, nos termos da Constituição tanto a liberdade de expressão quanto a proibição do racismo são garantidos. Deste modo, percebemos que o tema é polêmico por se tratar de duas garantias importantíssimas da Constituição. Todavia, neste caso, houve um componente histórico: o constituinte de 1988 se preocupou especificamente com a questão do racismo, inserindo-o como crime inafiançável e imprescritível. Tal preocupação foi recordada por grande parte dos ministros que consideraram como racismo a conduta do editor Ellwanger.

O julgamento teve início no dia 12 de dezembro de 2002, o presidente do Supremo era o Ministro Marco Aurélio. O primeiro a se pronunciar na Corte foi o advogado do acusado que, como já exposto argumentou que a comunidade judaica não é uma raça, e sim uma comunidade composta por pessoas que adotam uma crença e que por esse motivo Ellwanger não poderia ser condenado pelo crime de racismo. O Ministro Relator Moreira Alves seguiu a mesma tese da defesa, em um voto polêmico ele sustentou que o editor de livros não poderia ser condenado por racismo, mas apenas por atos de discriminação, crime que segundo o Ministro estaria prescrito. Depois desse voto o julgamento foi interrompido pela primeira vez, pelo pedido de vista ao processo do Ministro Mauricio Correia, que pediu mais tempo para análise do caso por discordar do voto do relator.

Quando a discussão voltou ao Supremo, em abril de 2003, o Ministro Mauricio Correia abriu a divergência no plenário, ele considerou que a publicação dos livros deve ser tipificada como crime de racismo e não apenas de discriminação. Depois deste voto, um outro pedido de vista interrompeu o processo, foi a vez do Ministro Gilmar Mendes pedir mais tempo para analisar o processo. Na mesma sessão o Ministro Celso de Melo, apesar do pedido de vista, antecipou seu voto, no qual reafirma a condenação por prática de racismo e explana acerca da liberdade de expressão:

“publicações – como as de que trata esta impetração – que extravasam os limites da indagação científica e da pesquisa histórica, degradando-se ao nível primário do insulto, da ofensa e, sobretudo, do estímulo à intolerância e ao ódio público pelos judeus, não merecem a dignidade da proteção constitucional que assegura a liberdade de expressão do pensamento, que não pode compreender, em seu âmbito de tutela, manifestações revestidas de ilicitude penal.

Isso significa, portanto, que a prerrogativa concernente à liberdade de manifestação do pensamento, por mais abrangente que deva ser o seu campo de incidência, não constitui meio que possa legitimar a exteriorização de propósitos criminosos, especialmente quando as expressões de ódio racial – veiculadas com evidente superação dos limites da crítica política ou da opinião histórica – transgridem, de modo inaceitável, valores tutelados pela própria ordem constitucional.”⁷¹ (grifo nosso)

Depois disso o caso só voltou ao Plenário em junho de 2003, já com a Corte renovada devido à presença dos novos ministros Carlos Ayres Britto, Cezar Peluso e Joaquim Barbosa. Dos três, o ministro Joaquim Barbosa foi o único a não votar por ter assumido a vaga do relator do pedido, Moreira Alves. Na sessão de 26 de junho de 2003, após o voto do ministro Antônio Peluso houve o pedido de vista do ministro Carlos Ayres Britto. Nesta mesma sessão, votaram os ministros Gilmar Mendes, Carlos Velloso, Nelson Jobim, e Ellen Gracie. A votação já havia atingido a maioria com o indeferimento do pedido, por 7 votos a 1. O ministro Marco Aurélio, no entanto, pediu vista do recurso.

Em 17 de setembro de 2003, o Habeas Corpus voltou ao Plenário apenas, com os votos dos ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence. Após a concessão do recurso pelo ministro Marco Aurélio, os ministros Celso de Mello, Carlos Velloso, Gilmar Mendes, Nelson Jobim e Cezar Peluso reiteraram seus votos. O ministro Sepúlveda Pertence encerrou o julgamento. Cabendo aqui um destaque ao voto do Ministro Gilmar Mendes ao levantar o questionamento da liberdade de expressão: “a

⁷¹ Voto do Min. Celso de Melo, HC 82.424-2 Rio Grande do Sul

discriminação racial levada a efeito pelo exercício da liberdade de expressão compromete um dos pilares do sistema democrático, a própria idéia de igualdade". Acrescenta, ainda, o mesmo Ministro:

"Não se pode atribuir primazia absoluta à liberdade de expressão, no contexto de uma sociedade pluralista, em face de valores outros como os da igualdade e da dignidade humana. Daí ter o texto constitucional de 1988 erigido, de forma clara e inequívoca, o racismo como crime inafiançável e imprescritível (CF, art. 5º, XLII), além de ter determinado que a lei estabelecesse outras formas de repressão às manifestações discriminatórias (art. 5º, XLI).

É certo, portanto, que a liberdade de expressão não se afigura absoluta em nosso texto constitucional. Ela encontra limites, também no que diz respeito às manifestações de conteúdo discriminatório ou de conteúdo racista. Trata-se, como já assinalado, de uma elementar exigência do próprio sistema democrático, que pressupõe a igualdade e a tolerância entre os diversos grupos."

No acórdão publicado, em setembro de 2003, por 8 votos a 3, o STF confirmou, por meio dos votos dos ministros Maurício Corrêa, Celso de Mello, Gilmar Mendes, Carlos Velloso, Nelson Jobim, Ellen Gracie, Cesar Peluso e Sepúlveda Pertence, a condenação, pelo crime da prática de racismo, de Siegfried Ellwanger, nesse acórdão:

HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. 1. Escrever, editar, divulgar e comerciar livros "fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). [...] 4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista [...]10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discrimen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas consequências históricas dos atos em que se baseiam. 11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso. 12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as consequências gravosas que o acompanham. 13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. **As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira**

harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. [...]. No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável.

16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada." ⁷²(grifo nosso)

Salientando que a lei brasileira enquadra, em consonância com a adesão do Brasil às convenções internacionais correspondentes, no crime da prática do racismo o praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional. Destarte, foi primeiro grande tema discutido pelo STF nesse à análise da questão: anti-semitismo é racismo? Com efeito, os judeus não são uma raça, bem como não são uma raça os brancos, os negros, os mulatos, os índios, os ciganos, os árabes e nenhum outro integrante da espécie humana. Nas palavras da ementa do acórdão:

"Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais".

Outrossim, práticas discriminatórias, inspiradas no racismo, são expressões de intolerância que põem em questão os valores da democracia e dos direitos humanos. Neste sentido, em seu preâmbulo, a Constituição sustenta os valores de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos e contempla, entre os objetivos da República, o de promover o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. No capítulo dos direitos, a Constituição brasileira consagra o princípio genérico da igualdade e da não-discriminação. Especifica também que a prática do racismo é crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão nos termos da lei.

Ademais, com o referido caso, advertiu-se que todos os seres humanos podem ser vítimas da prática do racismo. Daí o alcance geral da decisão do STF, explicitada na ementa do acórdão: "A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Deste pressuposto origina-se o racismo, que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista". Desse modo, a orientação fixada pelo STF no caso concreto firma que anti-semitismo é racismo, e Ellwanger está sujeito às sanções penais contempladas pelo direito brasileiro, pois como expressa o Acórdão:

"a edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontrovertíveis como o Holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discriminem com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas consequências históricas dos atos em que se baseiam".

A decisão também esclarece que a ausência de prescrição justifica-se como alerta geral para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ainda, dispõe o Acórdão:

"Não se pode perder de vista, na busca da verdadeira acepção do termo, segundo visualização harmônica da Carta da República, dois dogmas fundamentais inerentes ao verdadeiro Estado de Direito Democrático, que são exatamente a cidadania e a dignidade da pessoa humana (CF, artigo 1º, II e III). Pretende-se, com eles, que todos os seres humanos, sem distinção de qualquer natureza, tenham os mesmos direitos, para que de fato se cumpra na sua inteireza o 'direito de ter direitos'".

A outra temática discutida pelo STF abordou o eventual conflito entre princípios constitucionais, sendo analisada, no caso concreto, a existência ou não de uma contradição entre a liberdade de manifestação do pensamento e a condenação de Ellwanger pelo crime da prática do racismo. A orientação fixada no acórdão foi a de que a garantia constitucional da liberdade de expressão não é absoluta, tem limites jurídicos e não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações que implicam ilicitude penal⁷³. No caso concreto, explicita o acórdão: o preceito fundamental da liberdade de expressão não consagra o direito à incitação ao racismo, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de

⁷³ LAFER, Celso. O STF e o racismo: o caso Ellwanger. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz3003200409.htm>. Acesso em: 07/02/2014

condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra⁷⁴. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.⁷⁵

Portanto, não se configura no caso em questão hipótese qualquer de violação ao princípio constitucional que assegura a liberdade de expressão, posto que tal garantia não é incondicional, de modo que deve ser exercida de maneira harmônica, observando os limites traçados pela própria Constituição Federal. Desta feita, atos discriminatórios ficaram expressamente vedados, principalmente em relação a questão racial, o que comina por ponderar quando possível a contraposição de uma norma fundamental a outra. A aparente colisão de direitos fundamentais encontra, nesse caso, solução no próprio texto constitucional. Outrossim, a previsão de liberdade de expressão não assegura práticas ilícitas como a incitação ao racismo. Portanto, nesse caso, percebemos que a ocorrência da ponderação jurídico-constitucional, a fim de garantir a tutela do direito prevalente. Coube ao intérprete harmonizar os bens jurídicos em oposição, como forma de garantir o verdadeiro significado da norma Constitucional.

4.3.2 Governo do Distrito Federal censura manifestação artística em muro de escola pública

O Centro de Atendimento Integrado da Criança de São Sebastião, o CAIC UNESCO, uma escola localizada no Distrito Federal, através de sua direção cedeu o muro para que uma ONG local, o Instituto Metamorfoses, pintasse 103 painéis, 46 jovens artistas fizeram parte desse projeto da cidade da cidade satélite. Todavia, a Regional de Ensino determinou a retirada de seis deles, porque expressavam críticas políticas e sociais, entre estes, um dos mais polêmicos tem os dizeres “Não precisamos da educação falida do GDF”.

A solução de tal conflito ficou a cargo do judiciário, na análise do processo de 2013.01.1.076230-8 de competência da Segunda Vara da Fazenda Pública do Distrito Federal, onde foi apreciada a liberdade de expressão, comunicação e opinião, em contradição com a incolumidade da esfera pública patrimonial. Nesta ação o MPDFT requeria a tutela de urgência, com fundamento no art. 273, inc. I, do

⁷⁴ Idem. Ibidem

⁷⁵ Idem. Ibidem

CPC, impor ao governo do Distrito Federal a obrigação de não fazer, que consistia em não retirar do muro do CAIC-UNESCO as pinturas até o julgamento final da lide.

A questão principal do caso era se as pinturas/grafites extrapolavam o direito à livre manifestação da arte e do pensamento e de terem sido efetuadas sem a autorização escrita da autoridade competente. Destarte, exigiu-se para a apreciação do caso a ponderação dos princípios constitucionais. Neste sentido, na decisão interlocutória o juiz Alvaro Luis de A. S. Ciarlini considera o seguinte:

“na hipótese em estudo não se pode falar propriamente em "colisão" ou "contradição", que é juízo de adequação sistemática próprio às regras jurídicas, sobrelevando insistir que nessa seara poderemos considerar a ocorrência de tensão entre princípios constitucionais, como já mencionado.”⁷⁶

Ressaltou, ainda, o Magistrado que no caso dos princípios, esses não deixam de ser válidos por estarem em tensão, mas é necessária uma ponderação, para a aplicação ao caso concreto, para saber qual princípio irá prevalecer na situação concreta analisada. Para tanto, a fundamentação deve ser racional, expondo com clareza as respectivas razões que orientaram suas preferências, tal como as decisões judiciais que enunciam determinadas consequências sociais potencialmente advindas do *decisum*, ou mesmo as intenções do legislador e as opiniões da doutrina e jurisprudência a respeito da matéria.

Ademais, o citado juiz salientou a complexidade da questão e a necessidade de cautela nesses temas concernentes às escolhas principiológicas. Neste sentido, memorou a ementa da ADPF 130, julgado do STF, que tem como objeto a Lei de Imprensa, tendo como Relator Ministro Carlos Britto (Julgamento em 30/04/2009, Tribunal Pleno), e afirmou seguir a orientação disposta na decisão proferida, considerando que o direito à informação deve preponderar, ao menos neste juízo de liberação prévia.

Em relação à ADPF 130, a qual serviu de fundamentação para a decisão do caso em análise, cabe-nos destacar o voto do Ministro Menezes Direito, o qual destacou:

“a imprensa é a única instituição “dotada de flexibilidade para publicar as mazelas do Executivo”, sendo reservada a outras instituições a tarefa de

⁷⁶ Decisão interlocutória. Processo 2013.01.1.076230. 2ª Vara da Fazenda Pública do Distrito Federal. Disponível em:< <http://tjdf19.tjdf.jus.br/cgi-bin/tcgi1?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=tjhtml122&ORIGEM=INTER&CIRCUN=1&SEQAND=4&CDNUPROC=20130110762308>>. Acesso em: 30/01/2014

tomar atitudes a partir dessas descobertas. Segundo ele, a imprensa apresenta uma missão democrática, pois o cidadão depende dela para obter informações e relatos com as avaliações políticas em andamento e as práticas do governo. Por isso, essa instituição precisa ter autonomia em relação ao Estado.[...] Não existe lugar para sacrificar a liberdade de expressão no plano das instituições que regem a vida das sociedades democráticas⁷⁷.

Pelo citado pronunciamento revela-se a permanente tensão constitucional entre os direitos da personalidade e a liberdade de informação e de expressão. Ademais, ao mencionar que a democracia para subsistir depende da informação e não apenas do voto, acrescenta o mesmo douto julgador em seu voto: Quando se tem um conflito possível entre a liberdade e sua restrição deve-se defender a liberdade. O preço do silêncio para a saúde institucional dos povos é muito mais alto do que o preço da livre circulação das idéias⁷⁸. Segundo Menezes Direito, a sociedade democrática é valor insubstituível que exige, para a sua sobrevivência institucional, proteção igual a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana e esse balanceamento é que se exige da Suprema Corte em cada momento de sua história⁷⁹.

Portanto, o caso sob exame retrata a defesa veemente do ordenamento jurídico à liberdade de expressão artística, como reflexo de um direito imprescindível ao Estado Democrático de Direito. Destarte, observamos também a cautela que é utilizada no juízo de ponderação para solucionar conflitos que afetem a liberdade de expressão ou a dignidade da pessoa humana, bem como que, qualquer decisão deve estar em conformidade com os ditames da Constituição, sendo definida a prevalência de um princípio sobre outro a partir das peculiaridades do caso concreto, sendo tal análise direcionada aos objetivos constitucionais precípuos,

4.3.3 Biografias não autorizadas

O ordenamento jurídico brasileiro exige o consentimento da pessoa biografada e, ainda, das pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas) para a publicação ou veiculação de obras

⁷⁷ ADPF 130. STF. Tribunal Pleno. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em:30/01/2014.

⁷⁸ Decisão interlocutória. Processo 2013.01.1.076230. 2ª Vara da Fazenda Pública do Distrito Federal. Disponível em:< <http://tjdf19.tjdf.jus.br/cgi-bin/tjcgi1?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=tjhtml122&ORIGEM=INTER&CIRCUN=1&SEQAND=4&CDNUPROC=20130110762308>>. Acesso em: 30/01/2014

⁷⁹ Idem. Ibidem.

biográficas, literárias ou audiovisuais⁸⁰, essa exigência é o objeto da ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) de número 4.815, que se encontra nas mãos da ministra Cármem Lúcia.

A citada ação foi movida em 2012 pela Associação Nacional dos Editores de Livros, que se manifesta contrária aos artigos 20 e 21 do Código Civil (sobre o direito à honra e a inviolabilidade da vida privada), por entender que a forma de redação dos dispositivos fere a liberdade de expressão e de informação. Ao menos quatro entidades já fizeram pedido de ingresso como *amicus curiae*, entre elas a Academia Brasileira de Letras, o Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro e a OAB⁸¹. Para debater a questão o Supremo Tribunal Federal (STF) realizou no dia 21 de dezembro de 2012 uma audiência pública, onde 17 palestrantes expuseram argumentos a favor e contra as decisões judiciais que têm proibido a publicação de biografias sem autorização dos biografados.

O pedido da ADI em análise é a declaração de inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, dos artigos 20 e 21 do Código Civil para que, mediante interpretação conforme a Constituição, seja afastada do ordenamento jurídico brasileiro a necessidade de consentimento da pessoa biografada ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas para a publicação ou veiculação de obras biográficas, literárias ou audiovisuais e, subsidiariamente, elaboradas sobre pessoas públicas ou envolvidas em acontecimentos de interesse coletivo⁸²

A fundamentação do pedido, segundo a autora é que a amplitude semântica e a abrangência protetiva dos dispositivos questionados não estariam em concordância com a sistemática constitucional da liberdade de expressão e do direito à informação, na medida em quesuscitaria à propagação de uma espécie de censura privada, resultante da proibição das biografias não autorizadas por via judicial. Ademais, explica que a interpretação literal dos artigos em questão levaria à violação das liberdades de expressão e de pensamento, previstas nos incisos IV e IX do art. 5º, bem como do direito difuso da cidadania à informação, previsto no inciso XIV do art. 5º, assegurados independentemente de censura ou licença;

Além disso, a autora justifica que as figuras públicas, por gozarem de uma esfera de privacidade e intimidade naturalmente mais estreita, submetem-se ao

⁸⁰ Amicus Curiae. Disponível em: <artigo19.org/centro/casos/download/13/525570c77ed10>. Acesso em: 06/02/2014.

⁸¹ CONSULTOR Jurídico. OAB decide entrar na discussão sobre biografias no STF. Disponível em:<<http://www.conjur.com.br/2013-nov-26/oab-decide-entrar-discussao-biografias-stf-critica-censura>>. Acesso em: 06/02/2014.

⁸² ANDRADE, Fábio Martins. Biografias não autorizadas. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/25840/biografias-nao-autorizadas>. Acesso em: 05/02/2014

curso da historiografia social, independente de qualquer consentimento, também, validando o mesmo entendimento para qualquer pessoa, seja ela anônima ou conhecida, não cabendo submeter à livre manifestação de autores e historiadores ao direito potestativo dos personagens biografados, acreditando que tal direito se configura a uma censura privada.

Apresenta, ainda, como fundamento o pluralismo de ideias inerente ao regime democrático recomenda a livre publicação e veiculação tanto das obras autorizadas pelos biografados como das elaboradas à sua revelia ou mesmo contra a sua vontade, cabendo aos leitores formar livremente as suas opiniões e convicções, sob pena de violação ao inciso V do art. 1º da Constituição Federal⁸³. Ainda, ressaltando que na ponderação entre os princípios conflitantes prevalece à proteção das liberdades de expressão e de informação sobre a privacidade e a intimidade, conforme jurisprudência do STF (HC 83.996, ADPF 130). Além disso, explana a Associação Nacional dos Editores de Livros que eventual julgamento caso a caso em relação às informações aptas ou não de serem reportadas implicaria a extinção do gênero das “biografias não autorizadas”; e esclarece reconhece a responsabilização civil e penal do biógrafo *a posteriori*.

Destarte, a Procuradoria-Geral da República se pronunciou pela procedência do pedido principal formulado na ADI 4.815, opinando que na ponderação entre as liberdades de expressão e os direitos da personalidade, seria excessiva e desproporcional a restrição à liberdade constantes no artigo 5º, incisos IV, IX e XIV, e 220, §1º e 2º da CF, tendo em vista o elemento histórico, pelo fato de que a Constituição foi elaborada em um momento de redemocratização, e os elementos finalísticos, como a garantia da democracia, da autonomia individual, no aspecto de ser livre para expressar e comunicar, e da busca pela verdade. Ademais, o parecer trás jurisprudência do STF, citando julgamento da ADPF 130, cujo objeto era a Lei de Imprensa, e da ADI 4.451, que impugna os incisos II e III do art. 45 da Lei 9.504/1997. Ainda, adverte que os artigos 20 e 21 em questão estabeleceram prevalência absoluta e incondicionada dos direitos da personalidade dos biografados sobre a liberdade de expressão.

Portanto, constata-se que o caso é complexo para ser julgado, pois deverá determinar qual conjunto de direitos, valores, princípios e interesses deve

⁸³ ANDRADE, Fábio Martins. op. cit.

prevalecer. O embate fica entre: a liberdade de pensamento, expressão, imprensa e comunicação, combinados com o direito de informar e de ser informado; frente, o direito e a garantia à privacidade, com a proteção da imagem, da honra e vida privada do cidadão biografado⁸⁴. Tal conflito constitucional ocorre, em sua maioria, no âmbito de proteção das cláusulas pétreas estabelecidas no artigo 5º da Constituição da República e, também no que diz respeito à concretização da dignidade da pessoa humana.

Desta feita, é um confronto histórico no seio dos direitos e liberdades individuais e coletivos, na medida em que não há uma única decisão correta e as duas orientações contam com sólidos e relevantes argumentos em seu favor⁸⁵. A ponderação há de ser bem realizada, com o necessário cuidado para que nenhuma parte da discussão seja negligenciada no amplo debate que a questão naturalmente suscita⁸⁶. Portanto, o princípio da proporcionalidade será um instrumento eficaz e indispensável para a solução deste conflito entre normas constitucionais. Este princípio compatibiliza os conteúdos em atrito e harmonizam-nos na medida do possível, dado o caso concreto, com o intuito de se aproveitar o máximo de cada princípio, valor ou direito em questão.

Desse modo, como já mencionado, é possível adotar qualquer um dos lados desse debate, razão pela qual a decisão não é fácil de ser tomada. Agrega-se a tal dificuldade a impessoalidade do processo objetivo, no qual não há um caso concreto a ser analisado quando da decisão que será prolatada. Ao contrário, tal decisão será aplicada com efeito vinculante e eficácia contra todos a uma generalidade de casos concretos que, de certo, conterão peculiaridades dignas de notas e, por conseguinte, nuances que eventualmente serão capazes de modificar o resultado final da demanda.⁸⁷

Nessa situação, como em tantas outras da jurisdição constitucional, o ideal seria encontrar o ponto de equilíbrio na ponderação de modo que objetivamente fosse possível chegar-se a um resultado justo com a mera subsunção dos fatos narrados às hipóteses contempladas no julgamento⁸⁸. O problema, muitas vezes, é que o ideal não se mostra possível por variadas razões, como por exemplo, o seu

⁸⁴ Idem. Ibidem.

⁸⁵ ANDRADE, Fábio Martins. op. cit.

⁸⁶ Idem. Ibidem

⁸⁷ Idem. Ibidem

⁸⁸ Idem. Ibidem

cumprimento depende da interpretação do aplicador. Neste sentido, adverte Leonardo Martins:

“Só o direito constitucional colidente pode servir de legítimo limite. Todavia, como sugere parte da literatura especializada, deve-se procurar investigar os contornos da chamada área de ponderação concreta entre posições jurídicas de igual hierarquia que as colisões entre direitos fundamentais implicam. Isso porque o déficit de racionalidade jurídica dos métodos ponderativos é vultoso.

O referido déficit de racionalidade jurídica dos métodos ponderativos pousa sobre a insegurança jurídica provocada pela inconstância dos parâmetros de julgamento em casos de colisão de normas de igual hierarquia.”⁸⁹

Destarte, diante da necessidade de cautela para o exame do caso e da complexidade da questão jurídica que lhe foi submetida, a Relatora que, determinou a realização de audiência pública, abrindo a interpretação constitucional à sociedade civil organizada. Com isso, a perspectiva é de que haja maior enriquecimento e maturação do debate, na medida em que o STF colherá as opiniões contrapostas de diferentes especialistas, e ouvirá representantes de diferentes segmentos, atentará para distintas situações que poderiam passar despercebidas e, ao final, ponderará para que lado pende a balança, computados os argumentos jurídicos centrais⁹⁰.

4.1.4 Panorama internacional

Quanto ao reconhecimento do direito à liberdade de expressão e à necessidade de limitações em outros países, verifica-se que a tendência mundial é assegurar a liberdade artística, da mesma forma que é especificado e garantido na Declaração Universal dos Direitos Humanos, cujo primado é a manutenção da dignidade da pessoa humana, tal direito se encontra intrínseco a liberdade em suas variadas formas. Todavia, constataremos novamente que não se trata de direito absoluto, pois sua prevalência e respaldo como norma está associada à premissa de que esse direito não afronte o direito de outrem, como ocorreu, por exemplo, na Alemanha, África do Sul e Espanha.

No ano de 2012, o partido de extrema-direita e o islamófobo alemão Pro Deutschland ao divulgar o vídeo que ridicularizava o profeta Maomé revoltou a comunidade muçulmana, as quais atacaram as embaixadas norte-americanas em diferentes países. O caso despertou a atenção policial e concomitantemente a União

89 MARTINS, Leonardo, op. cit. p. 33.

90 ANDRADE, Fábio Martins. op.cit.

Democrata-Cristã (CDU) recomendou a proibição da exibição do filme anti-islã com base na declaração: "Nem o direito à liberdade de expressão nem à liberdade artística são ilimitados", (porta-voz de Interior da CDU, Wolfgang Bosbach, em entrevista à rádio pública Bayerisches Rundfunk).⁹¹

Também em 2012, o quadro intitulado "The Spear" ("A Lança") do artista sul-africano Brett Murray fez parte da exposição "Deus salve ao ladrão II" na galeria de Goodman de Johanesburgo – África do Sul. A referida obra retrata o presidente do país, Jacob Zuma, com seus genitais notórios. O governo exigiu a retirada da obra, enquanto a galeria mantinha a exposição fundamentando-se na liberdade de expressão e direito à criação artística. Acerca do tema, o gabinete do presidente Zuma, em comunicado, afirmou: "O presidente da África do Sul defenderá sempre os direitos de nossa Constituição, inclusive a liberdade artística e de expressão, mas no exercício destes direitos, os cidadãos devem entender que eles não são absolutos".⁹²

Em 2013, na Alemanha uma versão polêmica da ópera Tannhäuser de Wagner que esteve em cartaz em um dos principais teatros do país teve de ser cancelada devido à abordagem de cenas de violência abrangendo nazistas em referência a Segunda Guerra Mundial. O espetáculo retratava cenas como a de judeus sendo executados, uma família tendo a sua cabeça raspada antes da execução e cenas de pessoas sendo mortas em câmaras de gás. Diante da polêmica do caso, a companhia de ópera Deutsche Oper am Rhein, responsável pelo espetáculo, comunicou: "Após termos considerado todos os argumentos, chegamos à conclusão que não podemos justificar um impacto tão extremo em nosso trabalho artístico". Ademais, quanto ao desfecho do caso a Casa de Óperas disse ter de respeitar a liberdade artística do diretor e que também tinha de fazê-lo por razões legais.⁹³

Outro caso de repercussão ocorreu na Espanha, trata-se da obra "Em geladeira", escultura do ex-ditador Franco, uma reprodução em tamanho real do general Francisco Franco dentro de uma geladeira, o que causou revolta entre seus defensores e levantou a discussão de como a Espanha lida com o legado de sua

91 R7, Notícias Internacional. Extrema-direita alemã quer exibir polêmico filme anti-islã. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/internacional/noticias/anuncio-de-extrema-direita-de-mostrar-video-de-maome-alarma-alemanha-20120917.html>>. Acesso em: 11/02/2014

92 ESTADÃO/Internacional. Quadro com genitais do presidente da África do Sul gera polêmica. Disponível em:<

<http://www.estadao.com.br/noticias/internacional,quadro-com-genitais-do-presidente-da-africa-do-sul-gera-polemica,874639,0.htm>>. Acesso em: 11/02/2014

93 BBC Brasil *apud* NASSIF, Luis. Versão de ópera de Wagner causa polêmica na Alemanha. Disponível em:<<http://jornalgnn.com.br/blog/luisnassif-versao-de-opera-de-wagner-causa-polemica-na-alemanha>>. Acesso em: 11/02/2014

ditadura. Destarte, a obra Always Franco (Sempre Franco) é uma versão marcante, quase em tamanho real, do ex-ditador espanhol Francisco Franco, feita de silicone. Nela Franco, vestido com um uniforme militar, está de pé dentro de uma grande geladeira vermelha, parecida com as usadas pela empresa de refrigerantes Coca-Cola, com a porta de vidro. A respeito da obra, o artista de 37 anos, em entrevista à DW, disse: "Eu o coloquei dentro da geladeira porque ele ainda está fresco e presente em nossa sociedade". Apesar de Franco ter morrido há quase quatro décadas, o ex-ditador continua a provocar fortes reações entre os espanhóis.⁹⁴

A obra "Sempre Franco" recebeu elogios por sua audácia, mas também foi fortemente criticada, evidenciando as profundas divisões ainda existentes por causa do legado do ditador, que governou a Espanha entre a vitória dos fascistas na guerra civil (1936-1939) até sua morte em 1975. Desta feita, Quando a peça foi exposta pela primeira vez, na Feira Internacional de Arte Contemporânea (ARCO) de 2012, em Madrid, uma organização pró-Franco iniciou um processo judicial contra o artista Eugenio Merino, autor da obra. A Fundação Nacional Francisco Franco alegou que o artista havia difamado o ex-chefe de Estado e pediu uma indenização de 18 mil euros por danos morais. Em julho do ano de 2013, o caso foi arquivado com a justificativa de que a escultura é uma peça legítima de expressão artística. No entanto, a Fundação Francisco Franco recorreu, pois considerou a decisão injusta.⁹⁵

Outro caso que gerou grande polêmica, e que merece um especial destaque, foi o das caricaturas da Jyllands- Posten sobre Maomé, que teve início em 30 de setembro de 2005, quando o jornal Jyllands-Posten, o de maior tiragem da imprensa dinamarquesa, publicou 12 caricaturas com o título de "As faces de Maomé", fato que geral revolta na comunidade muçulmana, que através de seus representantes na Dinamarca exigem a retirada das charges e um pedido de desculpas oficial. Em 12 de outubro de 2005, o redator-chefe do Jyllands-Posten afirma ter recebido ameaças de morte. Logo após, em uma manifestação em Copenhague, milhares de pessoas gritaram "Só existe um Deus e Maomé é seu profeta". Em 20 de outubro de 2005, onze embaixadores de países muçulmanos na Dinamarca protestam contra a publicação das caricaturas, e o primeiro-ministro, Anders Fogh Rasmussen, se nega

⁹⁴ HEDGEBOE, Guy. Em geladeira, escultura do ex-ditador Franco gera polêmica na Espanha. Disponível em:< <http://www.dw.de/em-geladeira-escultura-do-ex-ditador-franco-gera-pol%C3%AAmica-na-espanha/a-17039858>>. Acesso em: 11/02/2014

⁹⁵ Idem. Ibidem.

a recebê-los. Já no mês de dezembro do mesmo ano, os ministros árabes das Relações Exteriores reunidos na sede da Liga Árabe, no Cairo, rejeitam e condenam este ataque contra a santidade das religiões, dos profetas e dos nobres valores do Islã.⁹⁶

No início do ano de 2006, como forma solucionar a situação de conflito, a Dinamarca e Liga Árabe decidem distribuir nos países árabes uma carta do primeiro-ministro dinamarquês que, embora defenda a liberdade de expressão, condena toda ação ou declaração que trate de demonizar determinados grupos devido à sua religião ou etnia. Todavia, a revista cristã norueguesa Magazinet publica as caricaturas em nome da "liberdade de expressão", com a autorização do Jyllands-Posten, instigando ainda mais a polêmica. Como resposta a União Internacional de Ulemás Muçulmanos ameaça no Cairo incitar milhões de muçulmanos do mundo a boicotar os produtos e as atividades dinamarquesas e norueguesas. Ainda em janeiro de 2006, a empresa de lacticínios sueco-dinamarquesa Arla Foods começa a sofrer os efeitos do boicote na Arábia Saudita, que rapidamente se estende para Kuwait, Emirados Árabes Unidos, Jordânia e para a região do Magreb.⁹⁷

Diante do aumento da crise, os países escandinavos anunciaram medidas para proteger seus cidadãos residentes no Oriente Médio, e o Jyllands-Posten pediu desculpas aos muçulmanos ofendidos pelas caricaturas, em uma carta à agência jordaniana Petra. Do mesmo modo, a Magazinet também pediu desculpas para aqueles que ficaram ofendidos com a sua iniciativa. Porém, os ministros do Interior dos países árabes, reunidos em Túnis, pedem ao governo dinamarquês que fossem punidos com firmeza os autores das caricaturas. E, em fevereiro de 2006, agrava-se a polêmica, devido a vários jornais europeus publicarem as caricaturas em nome da liberdade de imprensa.⁹⁸

Assim, foi desencadeada uma série de revoltas no mundo árabe, ao ponto das embaixadas da Dinamarca e da Noruega em Damasco ser incendiadas, e quatro manifestantes afegãos serem mortos a tiros durante as manifestações de protesto em Mihtarlam (Afeganistão) e Cabul contra as caricaturas. Além destes, na Somália morreu um outro manifestante e várias pessoas ficaram feridas em Bossaso (nordeste do país) durante um confronto entre as forças de segurança. Também,

⁹⁶ TERRA/Notícias. Cronologia da crise das caricaturas. Disponível em:< <http://noticias.terra.com.br/mundo/noticias/0,,OI867877-EI294,00-Cronologia+da+crise+das+caricaturas+de+Maome.html>>. Acesso em: 07/02/2014

⁹⁷ Idem. Ibidem

⁹⁸ Idem. Ibidem

centenas de iranianos atacam as embaixadas da Dinamarca e da Áustria em Teerã, ao mesmo tempo em que a República Islâmica decide suspender seus intercâmbios comerciais com os dinamarqueses. Diante disso, os chefes de redação dos dois jornais jordanianos que foram detidos em 4 de fevereiro por terem publicado as caricaturas, e posteriormente foram libertados, voltaram a ser presos em Amã, depois da apelação do promotor-geral.⁹⁹

Mas, mesmo com as prisões, as revoltas não cessaram. E, em 7 de fevereiro de 2006, quatro manifestantes afegãos morreram durante o ataque a um campo da Força Internacional de Assistência à Segurança (Isaf) no Afeganistão administrado pelo exército norueguês em Maimana, no norte do país. Assim, após tantos confrontos, mortes e feridos, em 9 de fevereiro: o jornal dinamarquês *Jyllands Posten* pediu desculpas aos muçulmanos por ter publicado a série de 12 charges do profeta Maomé em carta transmitida à imprensa argelina por meio da embaixada da Dinamarca em Argel.¹⁰⁰

99 Idem. Ibidem

100 Idem. Ibidem

4 CONCLUSÃO

A liberdade de expressão artística é uma espécie do gênero liberdade de expressão, e tem por fundamento de sua especificidade a própria arte. Ela está disposta e garantida no art. 5º, IX, da Constituição Federal e apresenta como característica ser de eficácia contida, fato que possibilita a aplicação de limites. Deste modo, contrapondo liberdade e limitações, vislumbramos que os limites são condições de existência para tal direito. Destarte, observamos também que as restrições devem ser fundamentadas e permitidas por nosso ordenamento jurídico.

Outrossim, as mais recorrentes discussões a cerca do direito fundamental à liberdade artística são entorno de casos em que tendo como defesa tal garantia são infringidos direitos de outrem, algo que é perceptível nas colisões com os direitos decorrentes do princípio da dignidade da pessoa humana. Desta forma, gerando um conflito aparente de normas, que são solucionados pelo judiciário competente, o qual poderá apresentar como solução restrições à liberdade, desde que devidamente fundamentadas e em conformidade com os preceitos constitucionais. Assim, devem ser cautelosamente analisados os casos concretos, para que resulte em uma ponderação em concordância com a intenção protetiva da Constituição ao dispor as normas.

Desta feita, ficou constatado que a liberdade de expressão artística não é um direito absoluto. Ademais, ressaltamos que a Constituição não estabelece de forma expressa limites ao direito à liberdade artística, mas tais limites podem estar previstos no dispositivo que regula o direito, ou expressos em outras previsões constitucionais, bem como podem estar implícitos na Constituição. Todavia, cabendo advertir que o Poder Público, especialmente em sede de legislação restritiva de direitos e liberdades, não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal acha-se condicionada pelo princípio da razoabilidade, bem como a todos os preceitos que permeiam e instruem nosso sistema jurídico.

Deste modo, percebemos que os efeitos e aplicabilidade da norma que garante o direito fundamental à liberdade artística são defendidos por nosso ordenamento, mesmo que em circunstâncias extremas seja mitigado o alcance dessa eficácia. Assim, observa-se, sob a ótica da garantia de manifestação artística, que a interferência do “Direito da arte” é no sentido da real efetividade da liberdade, tendo em vista impedir que não ocorram atrocidades, como já vivenciadas, por

exemplo, na época da ditadura, nos anos de 1964 a 1985, em que houve o cerceamento dessa liberdade que é tão inerente ao ser humano, no seu modo se expressar e interagir em sociedade. Doravante, a arte, bem como seus meios de criação, proteção e divulgação, são respaldados como norma constitucional, sendo sua validade e eficácia inquestionáveis face a garantia desta liberdade.

Portanto, diante do poder da arte em traduzir o que se passa no interior do homem e da sociedade, percebemos que a atuação do Direito neste campo concedendo à liberdade às formas artísticas é no intuito de garantir o que se pode chamar de essência da arte, sua liberdade de criação e expressão. Todavia, como todo poder necessita de limites, com a finalidade de as relações sociais sejam preservadas. Este é o paradoxo da liberdade: para que seja alcançada em seu máximo são necessárias limitações. Assim, tais limitações são inerentes ao direito da liberdade. Porém, devido ao abuso da imposição de restrições, também foram imprescindíveis os chamados limites dos limites.

5 REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura Agra. **Curso de Direito Constitucional.** 6^aEd. Rio de Janeiro: Forense, 2010

ANDRADE, Fábio Martins. **Biografias não autorizadas.** Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/25840/biografias-nao-autorizadas>. Acesso em: 05/02/2012

ARISTÓTELES apud CHAUI, Marilena. **Convite à Filosofia.** São Paulo: Ática, 2000

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco.** Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2013

ARRUDA, José Jobson de A.; PILETTI, Nelson. **Toda a História:** História Geral e História do Brasil. São Paulo: Ática, 2002.

BARBOSA, Ruy. **Obras completas.** Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1942. Tomo II.

BARROSO, Luís Roberto *apud* VIANNA, José Ricardo Alvarez. **Liberdade de expressão “versus” direitos fundamentais.** Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24266/liberdade-de-expressao-versus-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 29/01/14.

BARROSO, Luís Roberto. **Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade.** Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. Disponível em : http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm Acesso em: 09/01/2014

BBC Brasil apud NASSIF, Luis. **Versão de ópera de Wagner causa polêmica na Alemanha.** Disponível em:<<http://jornalggn.com.br/blog/luisnassif/versao-de-opera-de-wagner-causa-polemica-na-alemanha>>. Acesso em: 11/02/2014

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais:** ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio de Janeiro: Forense. 2005.

CONSULTOR Jurídico. **OAB decide entrar na discussão sobre biografias no STF.** Disponível em:< <http://www.conjur.com.br/2013-nov-26/oab-decide-entrar-discussao-biografias-stf-critica-censura>>. Acesso em: 06/02/2014.

COSTA NETO, Antônio Cavalcante da. **Direito, Mito, e Metáfora:** os lírios não nascem da lei. São Paulo: LTr, 1999

COUCEIRO. Julio Cesar. **Princípio da separação de poderes em corrente tripartite.** Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10678&n_link=revista_artigos_leitura. Acesso em: 03/02/2014

ESTADÃO/Internacional. **Quadro com genitais do presidente da África do Sul gera polêmica.** Disponível em:< <http://www.estadao.com.br/noticias/internacional,quadro-com-genitais-do-presidente-da-africa-do-sul-gera-polemica,874639,0.htm>>. Acesso em: 11/02/2014

FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. **A cegueira da justiça:** diálogo iconográfico entre arte e direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011.

FISS, Owen M. **A Ironia da Liberdade de Expressão:** Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública. Tradução e Prefácio: Gustavo Binenbojm e Caio Mario da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GUERRA, Rabay Gustavo. **Direito e Estética:** elementos de arte e retórica no humanismo jurídico de Mário Moacyr Porto.

HEDGECKE, Guy. Em geladeira, escultura do ex-ditador Franco gera polêmica na Espanha. Disponível em:< <http://www.dw.de/em-geladeira-escultura-do-ex-ditador-franco-gera-pol%C3%AAmica-na-espanha/a-17039858>>. Acesso em: 11/02/2014

HEKENHOFF, João Batista. *apud* ARAÚJO, Luis Felipe de Jesus Barreto; FONSECA, Charlie Rodrigues. **A influência da Declaração Universal dos Direitos Humanos no Direito brasileiro.** Disponível em: < jus.com.br/artigos/21440/a-influencia-da-declaracao-universal-dos-direitos-humanos-no-direito-brasileiro>. Acesso em: 15/02/2014

KANT, Immanuel *apud* OLIVEIRA, Clara Maria C. Brum de; TROTTA, Wellington. **A liberdade como fundamento do pensamento político-jurídico Kantiano.** Revista de ciência política-achegas.net.. Disponível em:< www.achegas.net/numero/36/claratrott_36.pdf>. Acesso em: 05/01/14

KELSEN, Hans *apud* DIAS, Wladimir Rodrigues. **A Democracia no pensamento de Hans Kelsen.** Disponível em:< us.com.br/artigos/19522/a-democracia-no-pensamento-de-hans-kelsen/3>. Acesso em: 09/01/14

LAFER, Celso. **O STF e o racismo:** o caso Ellwanger. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz3003200409.htm>. Acesso em: 07/02/2014

MACHADO, Jonatas. *apud* ALMEIDA, Priscilla Coelho de Barros. **Liberdade de expressão e liberdade de informação:** uma análise sobre suas distinções. Disponível em:< http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8283>. Acesso em: 31/01/14.

MARQUES, J.O. **Forçar-nos a ser livres? O paradoxo da liberdade no Contrato social de Rousseau.** Disponível em: http://www.unicamp.br/~jmarques/pesq/Paradoxo_da_Liberdade.pdf. Acesso em: 17/02/2014

MARTINS, Leonardo. **Direito Constitucional à Expressão Artística**. In: MAMEDE, Gladstone; FRANCA FILHO, Marcílio; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Direito da Arte. São Paulo: Atlas, no prelo.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonçalves. apud ALMEIDA, Priscilla Coelho de Barros. **Liberdade de expressão e liberdade de informação: uma análise sobre suas distinções**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8283>. Acesso em: 31/01/14.

MIRANDA, Pontes de. apud CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais**: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MONTESQUIEU apud. MOSCATELE, Renato. **Rousseau frente ao legado de Montesquieu**: história e teoria política no século das luzes. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010.

MOSCATELE, Renato. **Rousseau frente ao legado de Montesquieu**: história e teoria política no século das luzes. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010.

NOBREGA, J. Flósculo da. **Introdução ao Direito**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: José Konfino- Editor, 1969

PALMA, Luigi apud AGRA, Walber de Moura Agra. **Curso de Direito Constitucional**. 6ªEd. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

R7, Notícias Internacional. **Extrema-direita alemã quer exibir polêmico filme anti-islã**. Disponível em:<<http://noticias.r7.com/internacional/noticias/anuncio-de-extrema-direita-de-mostrar-video-de-maome-alemanha-20120917.html>>. Acesso em: 11/02/2014

REALE, Miguel. **Lições Preliminares**. 25 Ed. São Paulo: Saraiva 2001.p.104

SARTRE, Jean Paul apud Silva, Franklin Leopoldo e. **Ética e Literatura em Sartre**: ensaios introdutórios. São Paulo: UNESP, 2003.

SILVA, José Afonso. apud. SILVA, Júlia Alexim Nunes. **A liberdade de expressão artística**. Disponível em:<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2281.pdf>. Acesso em: 08/09/2013

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional**. 25ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

TERRA/Notícias. **Cronologia da crise das caricaturas**. Disponível em:<<http://noticias.terra.com.br/mundo/noticias/0,,OI867877-EI294,00-Cronologia+da+crise+das+caricaturas+de+Maome.html>>. Acesso em: 07/02/2014