

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE  
PRUDENTE**

**FACULDADE DE DIREITO**

**A TELA EM QUE HABITO: ACERCA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO  
ENTRETENIMENTO AUDIOVISUAL**

Daniel Amaral Ando

**PRESIDENTE PRUDENTE - SP  
2017**

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE  
PRUDENTE**

**FACULDADE DE DIREITO**

**A TELA EM QUE HABITO: ACERCA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO  
ENTRETENIMENTO AUDIOVISUAL**

Daniel Amaral Ando

Monografia apresentada como requisito  
parcial de Conclusão de Curso para  
obtenção do grau de Bacharel em Direito,  
sob orientação do Prof. Dr. Sérgio Tibiriçá  
Amaral

**PRESIDENTE PRUDENTE – SP  
2017**

**A TELA EM QUE HABITO: ACERCA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO  
ENTRETENIMENTO AUDIOVISUAL**

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Dr. Sérgio Tibiriçá Amaral

Prof. Dr. Sérgio Tibiriçá Amaral

Pedro Augusto de Souza Brambilla

Renato Tinti Herbella

Presidente Prudente, 20 de novembro de 2017

“No convívio com sábios e artistas facilmente nos enganamos no sentido oposto: não é raro encontrarmos por detrás dum sábio notável um homem medíocre, e muitas vezes por detrás de um artista medíocre - um homem muito notável”.

“Temos a arte para não morrer da verdade.”

“Toda a arte e toda a filosofia podem ser consideradas como remédios da vida, ajudantes do seu crescimento ou bálsamo dos combates: postulam sempre sofrimento e sofredores.”

Coleção de Frases de Friedrich Nietzsche.

Minha eterna gratidão ao meus pais, Celly Meyri Machado Amaral li e Edson Kazuo Ando por todas as oportunidades que tive, tenho e hei de ter. O amor que vocês me deram é uma *conditio sine qua non* de todo sucesso que eu venha a obter em minha vida. Muito obrigado!

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço ao meu ilustre orientador, Professor Doutor Sérgio Tibiriçá Amaral pela paciência, dedicação, diligência e receptividade em me transmitir conhecimentos e, acima de tudo, fazer busca-lo e jamais me saciar, como um viajante que busca o Oasis em meio ao mais escaldante deserto. Todo trabalho e esforço na realização de um sonho fazem do sofrimento uma conquista gloriosa.

Agradeço também ao Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo, bem como seu pessoal e infraestrutura, por me conceder todo o espaço, material e motivação para sempre buscar pelo melhor. Sempre rumo ao sucesso e à vitória.

Também aos meus queridos amigos, em especial o Gabriel Marins Samorano, Allan Ryuiti Yamada, Fernando de Moura Moreira e Gabriel Videira da Silva por todo o apoio motivacional, bem como as discussões que me inspiraram a dissertar sobre o escolhido tema.

A todos vocês, minha mais sincera gratidão!

## RESUMO

O presente trabalho se trata de pesquisa acerca do direito de liberdade de expressão dentro do ordenamento jurídico brasileiro e sua relação com os mais diversos exemplos de mídias no mundo do entretenimento, como filmes, desenhos animados e jogos digitais e de vídeo game. O título é uma referência a um controverso filme de Pedro Almodóvar chamado “A Pele em que Habito”, refletindo o que a presente obra científica aborda: casos emblemáticos e que desafiam as perspectivas morais majoritárias que tendem a pregar o direito em nome das mais diversas ideologias. Assim, busca discutir sobre a (i)legitimidade de certos discursos visando a atuação estatal no sentido de censurar determinadas obras em razão de seu conteúdo tão somente. É possível encontrar exemplos de decisões judiciais direcionadas nesse sentido, em ampla contradição com os entendimentos doutrinários majoritários e jurisprudenciais, bem como a própria legalidade. Inicialmente, é feita uma breve abordagem histórica acerca dos direitos humanos ao longo do tempo e a relação do direito de expressão nessas determinadas épocas. Então, é feita uma breve análise do referido direito dentro da história jurídica pátria até o presente ordenamento. Após a abordagem histórica, são apresentados os entendimentos doutrinários acerca do conceito do direito, bem como seus efeitos e desdobramentos, inclusive quando conflitante com outras normas constitucionalmente garantidas. Em seguida, são apresentados os entendimentos jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal. Então, são apresentados alguns casos de relevância jurídica e destaque midiático em referência a esse direito em situações de suposta ou efetiva lesão a outros bens fundamentais. Em primeiro lugar, apresentados casos de repercussão nacional, então um caso emblemático julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Acerca da metodologia científica, é utilizado o método dedutivo, uma vez que a partir da análise de casos concretos da realidade fenomênica se extrai premissas teóricas genéricas passíveis de serem aplicadas a outros eventuais casos concretos e juridicamente relevantes.

**Palavras-chave:** Liberdade de expressão. Censura. Entretenimento. Direitos Humanos. Direito Constitucional.

## ABSTRACT

The present essay is a research concerning about the right of free speech within the Brazilian legal order and its relationship with the broad array of media in the world of entertainment, such as films, animated cartoons and digital video games. The title is a reference to a controversial film directed by Pedro Almodóvar called "The Skin I Live In", reflecting what the present work approaches: emblematic cases in which the moral majoritarian perspectives that prey the law are challenged. Therefore, it seeks to discuss about the (i)legitimacy of certain discourses that attempt to see certain works be censored by the State because of its content. It is possible to find examples of judicial decisions directed towards that way, in ample contradiction with the majoritarian doctrinal and jurisprudential perspectives, as well as the legality itself. Initially, it is made a short historical retrospective concerning the human rights over the time and the relation between the right of free speech and the respective eras. Then, a short analysis of the right inside the legal history of the country until the present order. After this historical approach, it is presented the doctrinal perspectives about the concept of such right, as well as its effects and unfolding, including situations in which such right conflicts with other constitutionally granted rights. Afterwards, jurisprudential decisions of the Supreme Federal Court are analysed. Also, emblematic, legally relevant cases that are notorious within the mediatic circle are analysed in situations where the right to free speech supposedly or effectively harms other fundamental legal goods. At first, cases of national repercussion, and then a emblematic case judged by the Inter-American Court of Human Rights. Regarding the scientific methodology, the deductive method is used, since because from the study of concrete cases of the phenomenal reality it is possible to extract generic theoretical premises that are applicable in other concrete and legally relevant cases.

**Key Words:** Free speech. Censorship. Entertainment. Human rights. Constitutional law.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>2 O PRÓLOGO .....</b>	<b>11</b>
2.1 Terra de Homem Algum .....	12
2.2 O Grande Irmão .....	14
2.2.1 Deuses e reis .....	15
2.2.2 Um galo a Asclépio.....	16
2.2.3 Em Roma, como os romanos .....	18
2.2.5 Raízes magnificas .....	22
2.2.6 Oferecendo a outra face.....	23
2.3.2 Constituição de Weimar e o dilema de <i>Tyrfing</i> .....	37
2.4 Algum Lugar Além do Arco-íris.....	39
2.4.1 <i>Et Pluribus Unum</i> : de muitos, um .....	40
2.4.2 Uma união de nações.....	42
2.4.3 Em poucas palavras .....	44
<b>3 DA LIBERDADE DE SE EXPRESSAR .....</b>	<b>45</b>
3.1 Histórico da Liberdade de Expressão no Brasil .....	46
3.2 Um Conceito Elementar .....	51
3.4 Um Jogo de Púlpitos: Conflitos entre a Liberdade de Expressão e Outros Direitos Constitucionais .....	71
3.5 Resolução de Embates Fundamentais.....	87
<b>4 DA JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL, INTERNACIONAL E CASOS DE NOTORIEDADE NACIONAIS E ESTRANGEIROS ACERCA DO DIREITO DE EXPRESSÃO E VIOLAÇÕES .....</b>	<b>92</b>
4.1 Entendimentos Jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal .....	92
4.2 Dos Casos Emblemáticos .....	96
4.2.1 Dos casos de repercussão nacional.....	97
4.2.2 Dos casos estrangeiros .....	102
<b>5 CONCLUSÃO .....</b>	<b>115</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>121</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A presente obra buscou, antes de mais nada, questionar juridicamente antes de apontar soluções prontas, buscando instigar reflexões acerca de uma temática atual e importante. Não há pretensão alguma do autor de esgotar o tema, mas foi necessário delimitar o assunto a um ramo específico: a liberdade de expressão no entretenimento audiovisual. O que se buscou foi realizar uma análise histórica de um direito tão consagrado, basilar para os Estados Democráticos que hoje é conhecida: a liberdade de expressão.

Tal direito é o que permite os cidadãos desenvolverem não apenas a situação política e social em que se encontram, por meio do embate de ideias e ideologias, de modo que toda e cada pessoa seja um agente histórico de seu contexto. Palavras, bem como ações, propulsionaram a humanidade a navegar por águas misteriosas, onde a esperança e o desespero andam de mãos dadas rumo a um futuro incerto.

Não obstante, a liberdade de expressão também engloba a capacidade do ser humano de se expressar pela Arte, através da mais variada gama de meios para assim o fazer. O ser humano, desde tempos imemoriais, percebeu que a vida sem a arte torna-se algo desgostoso, vazio e demasiadamente trágico. Em razão da tragédia, o ser humano procurou se expressar através de meios tão sublimes que um texto, por mais claro e objetivo que seja, jamais poderia fazer de forma similar.

Todavia, apesar de tal importância, não é um fenômeno raro na história da humanidade que governos e outras instituições sociais influentes procurem censurar a expressão dos artistas em razão de ideologias políticas, moralismo e qualquer outra coisa que questione ou desafie o *status quo* e a ideologia de tal grupo.

A Arte frequentemente é usada para reforçar valores e ideias, tal como as Fábulas de La Fontaine reforçam valores liberais e burgueses na fábula da Cigarra e da Formiga, mas também pode ter seu caráter subversivo, tal como se evidencia na produção musical de vários artistas brasileiros perseguidos durante a ditadura militar que governou o Brasil por mais de duas décadas, tais como Chico Buarque de Hollanda e Milton Nascimento. Torna-se tarefa demasiadamente fácil defender o direito de se expressar livremente pelos meios artísticos enquanto a manifestação não violar os ditames e valores da sociedade de forma geral.

Analisando o cenário atual, não é fato raro observar a existência de discursos que atentem contra esse tão batalhado direito, seja nos meios de comunicação, na própria legislação e até mesmo em decisões judiciais relativamente recentes. Torna-se ainda mais preocupante considerando que esses fenômenos ocorrem dentro de um Estado em que vigoram, ao menos em tese, os direitos humanos previstos em tratados internacionais em conjunto com os direitos fundamentais previstos no rol artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

A presente obra busca, no primeiro capítulo, realizar uma sumária abordagem histórica dos direitos humanos, bem como algumas de suas mais conhecidas dimensões, tais como: a primeira, garantindo liberdades civis e direitos políticos; a segunda, garantindo direitos sociais e laborais, bem como políticas públicas para remediar os efeitos sociais negativos decorrentes da primeira dimensão; e também a terceira dimensão, com sua gênese no período pós-segunda guerra mundial, onde houve o consenso de que sem solidariedade entre os povos, seria impossível alcançar a paz no mundo, de modo que talvez não haja um ponto de retorno se as nações do mundo decidissem se digladiarem novamente (e dessa vez valendo-se do poder do átomo, capaz de arrebatam mundos).

Então, feita essa breve recapitulação histórica, tornou-se necessário analisar o presente estado jurídico realizado no segundo capítulo. Inicialmente, abordando a história do direito de liberdade de expressão ao longo da história pátria. Em seguida, foram feitas análises doutrinárias acerca do que seria a liberdade, de modo a desenvolver especificamente a liberdade de expressão enquanto direito humano e fundamental. Em terceiro momento, foram analisados os documentos legais que preveem esse direito, seja em âmbito doméstico ou internacional, da qual o Brasil, utilizando-se de sua soberania, decidiu se submeter.

Já no terceiro capítulo também foram expostos alguns entendimentos jurisprudenciais que tangenciam o tema, de forma a examinar o que as cortes brasileiras têm entendido acerca desse direito em casos concretos, bem como um entendimento emblemático proferido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Por fim, algumas reflexões jurídicas frente a tudo o que foi abordado.

Em relação ao tipo de pesquisa, a presente obra utilizou como parâmetros a pesquisa bibliográfica de diversos autores, nacionais e estrangeiros, bem como a análise casuística de eventos notórios no meio social e anunciados pelos meios de comunicação. Para fins de pesquisa, foram analisados filmes, desenhos

animados e inclusive jogos eletrônicos para demonstrar a frequente violação, ou ao menos tentativas de violação, de um direito conquistado pela humanidade para satisfazer as mais diversas pretensões ideológicas.

O método de pesquisa utilizado foi o dedutivo, pois fez uma releitura de aspectos teóricos da liberdade de expressão no entretenimento audiovisual, fixando novas premissas teóricas gerais sobre o tema aplicáveis a todos os casos concretos que a elas se amoldem.

## 2 O PRÓLOGO

É de se considerar que a atual realidade é um produto de tudo que veio antes. Não seria diferente em relação à história de uma espécie e dos povos que a compõe. A presente realidade histórica assemelha-se a uma colcha de velhos retalhos costurados e remendados. O novo nada mais é do que uma coleção de fragmentos do que é velho. Eis a história do ser humano: uma continuação de histórias anciãs que passam a ser escritas por mãos jovens.

Como diria o filósofo taoista chinês Lao-Tsé (2013, p.124): “uma viagem de mil léguas começou com o primeiro passo”.

Torna-se forçoso, portanto, começar falando daquilo que veio muito antes do clímax da história que há de ser abordada.

Nesse sentido, a história humana começa a partir do primeiro momento em que o ser humano passa a ter consciência de si. E ao ter consciência de si, passa a questionar o mundo à sua volta, bem como sua relação com outros de sua espécie. Passa a se considerar o protagonista de sua própria história.

E pelo fato de possuir essa capacidade inerente, o ser humano passa a pensar em como se relacionar com seus semelhantes, isso a partir das mais variadas perspectivas: enquanto familiares, amigos, correligionários, inimigos, etc.

Todavia, de todas as relações, uma aqui se destaca: a relação do ser humano em sociedade. O ser humano enquanto membro da tribo. Nasce então o Direito.

Assim como o próprio ser humano, o Direito não permanece inalterado ao longo das épocas. O Direito se transforma tanto quanto o ser humano transforma e se transforma. O que seria considerado um ato lícito outrora, hoje se demonstra ilícito. Ora, o processo de escravidão humana se torna um exemplo nítido dessa observação. Nação alguma neste mundo considera essa prática como lícita, apesar de ainda ocorrer de forma ilícita. É impensável imaginar a atual realidade sem levar em consideração que toda a progênie presente se assenta ao topo das caveiras de milhares de escravos e oprimidos.

Não há borracha grande o suficiente para apagar uma história escrita com sangue, suor e lágrimas. Exatamente em razão desse lamentável fato é que há profunda importância em estudá-la.

Nesse sentido, faz-se necessário, para compreender o presente, contemplar o passado. E, a partir disso, talvez seja possível deduzir o que o possível futuro aguarda.

Para compreender o Direito tal como ele é hoje, especificamente os direitos humanos positivados no ordenamento jurídico pátrio sob a terminologia de “direitos fundamentais” e na Constituição Federal de 1988, também conhecida na história jurídica brasileira como a “Constituição Cidadã”, é necessário começar a partir do seguinte questionamento: Os direitos humanos, tal como hoje são conhecidos, sempre existiram? São anteriores e independentes do ser humano ou são uma afirmação social e histórica dos tempos?

A doutrina extensivamente vem abordando essa temática. Aqui não seria o melhor espaço para discutir com profundidade o assunto. No momento, cabe apenas observar as mudanças ocorridas ao longo da história tendo em vista o direito que se pretende abordar no presente trabalho: a liberdade de pensamento e expressão.

## 2.1 Terra de Homem Algum

“*Homo homini lupus*”, expressão proveniente do latim que significa “o Homem é o lobo do Homem”. Apesar de frequentemente tal frase ser atribuída ao contratualista inglês Thomas Hobbes, escritor da obra *O Leviatã*, ela, a frase, originalmente tem sua gênese em uma comédia escrita pelo dramaturgo Titus Maccius Plautus chamada *Asinaria*, cujo nome em português se dá por “A Comédia dos Burros” (PLAUTUS, s/a, s/p, linha 495)<sup>1</sup>. Ora, se em sua época Plautus já discorria, por meio da arte, a respeito de tal temática, ainda hoje é possível encontrar exemplos.

Ninguém em sã consciência confiaria a um estranho seus valiosos pertences de forma temporária, tudo porque esqueceu algo em casa e precisa rapidamente retornar para buscar essa determinada coisa.

Ou então uma instituição bancária, ao realizar um contrato de mútuo oneroso, presumir que absolutamente todos os mutuários estão de boa-fé e sem nenhuma reserva mental de inadimplir. Não obstante, frequentemente os bancos

---

<sup>1</sup> A tradução originalmente se aproxima de: “O homem é um lobo ao invés de um homem para um homem, quando ele ainda não descobriu como ele é”.

exigem uma hipoteca ou penhora em garantia do empréstimo, justamente porque não é possível confiar em outra pessoa tão somente por sua aparência ou palavra.

Os governos do mundo também não possuem o luxo de considerar que todos os outros governos são absolutamente seus aliados e sem interesses próprios, por vezes contrários ao próprio interesse da nação em questão. Alianças entre Estados aderem frequentemente ao princípio de “o inimigo de meu inimigo é meu amigo”, o que ainda não passa de uma relação de aliança acobertada por desconfiança. Um exemplo marcante dessa realidade foi a cooperação entre os Estados Unidos da América e a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, também conhecida como a URSS, contra a Alemanha Nazista, durante a Segunda Grande Guerra Mundial, cujo período se deu nos anos de 1939 e 1945, que se encerrou com a rendição incondicional do Império do Japão pouco tempo após os ataques nucleares às cidades de Hiroshima e Nagasaki. Duas superpotências que eram ideologicamente opostas cooperaram frente a um perigo comum.

Em outras palavras, ainda parece ser uma estratégia interessante presumir que as outras pessoas possuem interesses hostis ou então não prezam pelo seu bem-estar ao mesmo tempo que não possuem interesse em causar mal. Parece, infelizmente, ser uma estratégia racional presumir que todos são lobos.

Nota-se que desde a época da Antiguidade Clássica<sup>2</sup>, o ser humano já refletia a respeito do relacionamento em sociedade e entre sociedades. Em tempos de escassez e divisões em razão de linhagem, credo e visões de mundo, o ser humano demonstrava-se relativamente amigável entre seus similares e beligerante para com seus inimigos.

Não apenas no Ocidente, como no Oriente, também já se deliberava a respeito de paz e guerra.

Segundo os ensinamentos do general e estrategista chinês Sun-Tzu (2007, p. 44), se você conhecesse o inimigo e conhece a si mesmo, não precisaria temer o resultado de cem batalhas. Se você se conhece, todavia não conhece o inimigo, para cada vitória ganha sofrerá também uma derrota. No entanto, se você não conhece nem ao inimigo e nem a si mesmo, jamais ganhará batalha alguma.

---

<sup>2</sup>Antiguidade Clássica: período histórico compreendido entre os séculos VIII a.C. e V d.C, centrado na região do Mediterrâneo, compreendendo a Grécia Antiga e Roma Antiga, ou o também como conhecido como o mundo greco-romano.

Obras como essa refletem a importância que o ser humano tem dado a respeito de como lidar com conflitos com outros seres humanos, bem como os desdobramentos da violência entre aqueles da própria espécie.

É possível então observar que o conflito humano não é algo específico de uma pessoa, ou de um grupo, mas comum a toda humanidade, vez que a história nos traz relatos dessa realidade.

Todavia, a partir da inconformidade com esse triste fato, as pessoas procuraram regulamentar a vida em sociedade, para que não fosse necessário viver num mundo que se trata de uma guerra de todos contra todos. Em outras palavras, passou-se a entender que a vida em sociedade não precisa ser assim, desprovida de regulamentos e controle, para que liberdade de um não seja a causa da desgraça dos demais membros da sociedade.

Em uma brevíssima reflexão: a lei não protege as pessoas. As pessoas protegem a lei. As pessoas, que sempre odiaram o sofrimento e procuram um jeito correto e pacífico de se viver.

## 2.2 O Grande Irmão

Justamente para que as pessoas consigam viver e se desenvolver com dignidade no meio social, surge o Estado, para tutelar a vida em sociedade e coagir as pessoas a obedecerem aos comandos normativos, seja no sentido de fazer ou não fazer algo, bem como permitir que as pessoas tenham discricionariedade para a prática de determinados atos.

Todavia, não há intuito em discutir como o Direito foi originado e quais são suas fontes de legitimidade. Aqui obsta tratar como aquilo que coroa o Direito veio a existir: os direitos humanos, que iria vir a nascer propriamente com o constitucionalismo, apesar das raízes de épocas passadas.

Em relação ao nascimento e surgimento dos Estados, é desejável citar o entendimento de Sahid Maluf (2010, p. 55 e 56):

O conhecimento dos fatores determinantes do surgimento e do perecimento dos Estados mais antigos perdeu-se na poeira dos tempos. Mesmo em relação aos que chegaram aos tempos atuais, como a Índia, a China e o Egito, a história da sua origem permanece embaçada nas brumas de um passado muito remoto. Os primeiros Estados, ao que se tem apurado por indução dos sábios, teriam surgido, *originariamente*, como decorrência

natural da evolução das sociedades humanas. Emergiram do seio das primitivas comunidades e caminharam, paulatinamente, para a instauração de forma política específica. E, se mais nos adentramos procurando desvendar na nebulosidade das priscas eras a gênese da ordem civil, veremos que se nos impõe, ainda pelo critério indutivo, a conclusão de que, antes do aparecimento do fenômeno que hoje chamamos *Estado*, já existiam regras de comportamento social ditadas pelo direito natural, e que este gerou o Estado erigindo-o em órgão da sua positivação

Nesse sentido, é razoável considerar que apesar de um passado obscuro, o Estado, uma criação do ser humano, encontra fundamentos na tentativa de tentar organizar a sociedade e impor regras aos seus membros, muitas das quais têm origens nos costumes e tradições desenvolvidos por um determinado povo ao longo de sua história.

Tais costumes e tradições eventualmente levam a uma caracterização do Estado, bem como sua atitude em relação a determinados temas, podendo diferir do posicionamento de outros Estados em relação a esse mesmo tema. Isso demonstra a grande variedade de Estados, bem como a diferença legislativa entre eles.

### **2.2.1 Deuses e reis**

Não era algo incomum os governos da Antiguidade seguirem o regime monárquico absolutista, ou seja, no qual o Estado é governado por um só líder; frequentemente com poder absoluto ou quase-absoluto. Não obstante, não era algo incomum os monarcas afirmarem-se deuses ou, no mínimo, descendentes dos deuses, como no caso do Egito, onde o faraó era não apenas o chefe de Estado, mas um ser divino.

O que era incomum para a Antiguidade era um monarca não se proclamar uma divindade ou até mesmo um legislador, mas um mero cumpridor das leis divinas. Um mero servo de um rei ainda maior e mais poderoso que qualquer ser humano. Assim foi o reino de Davi, nas terras da Judéia. O rei Davi dizia não legislar para justificar seu próprio poder e não queria que seus súditos o venerassem como um Deus. Antes disso, considerava-se apenas um executor que o Deus abraâmico comandava.

Nesse sentido, entende Fábio Konder Comparato (2010, p. 53 e 54):

Em manifesto contraste com os regimes monárquicos de todos os outros povos do passado e de sua época, o reino de Davi, que durou 33 anos (c. 996 a.c. 963 a.C.), estabeleceu, pela primeira vez na história política da humanidade, a figura do rei-sacerdote, o monarca que não se proclama deus nem se declara legislador, mas se apresenta, antes, como o delegado do Deus único e o responsável supremo pela execução da lei divina. Surgia, assim, o embrião daquilo que, muitos séculos depois, passou a ser designado como o Estado de Direito, isto é, uma organização política em que os governantes não criam o direito para justificar o seu poder, mas submetem-se aos princípios e normas editados por uma autoridade superior

Em razão desta divergência marcante, começa a vingar a ideia de que os limites da autoridade do Estado não se encontram na vontade do monarca. Que apesar de sua autoridade praticamente absoluta comum à época, mesmo um monarca deveria estar adstrito a algo. Deveriam haver certas restrições. No caso do Reino de Davi, o rei deveria estar adstrito à vontade de Deus, a qual era transmitida ao rei escolhido para guiar o seu povo escolhido, os hebreus. Ou seja, não era a pessoa e ambições pessoais e subjetivas de Davi que fundamentavam a destinação do Estado, mas a obediência a algo maior até mesmo que o mais influente dos homens em sociedade.

### **2.2.2 Um galo a Asclépio**

É razoável considerar que as duas mais influentes e mais estudadas sociedades do mundo antigo no Ocidente são as sociedades gregas e romanas.

Nesse sentido, enquanto sociedade, a Grécia apresentava uma estruturação diferente do modelo tradicional das civilizações típicas de sua época. Imperava no seio de Atenas não um homem que se confundia com os deuses, mas a lei constituída pelos cidadãos em conjunto, o que se considera a semente da democracia como hoje é conhecida.

É necessário, contudo, ressaltar que a democracia grega não possui os mesmos valores que atualmente se prestigiam, uma vez que apenas uma parcela minoritária da população era considerada cidadã, e, portanto, tinha direitos políticos. Mulheres, crianças, estrangeiros e escravos não tinham nenhuma participação no processo democrático ateniense. (LOPES, 2008, p. 18/28).

De certo é que o modelo ateniense é incompatível com as democracias modernas, uma vez que se proíbe a escravidão e não se admite discriminação de pessoas em razão do gênero, por exemplo.

Não obstante, os gregos estavam inseridos num sistema escravagista, pelo qual os escravos, apesar de muitos serem relativamente bem tratados pelos seus mestres e até mesmo poderem desempenhar algumas tarefas que os próprios homens livres realizavam, não tinham nenhuma participação política, inclusive na guerra. Os escravos e senhores não se distinguiam por roupagem ou coisas do tipo, o que geralmente ocorria entre pobres e ricos. (LOPES, 2008, p. 20).

Assim, era plenamente possível, por exemplo, na sociedade ateniense, um escravo ter uma condição de vida melhor do que a de uma pessoa livre, apesar de, na maioria das vezes, os escravos viverem em situações mais penosas do que os livres.

Ora, é comum ouvir no meio jurídico que pouco se herdou dos gregos em relação a matérias jurídicas, sendo que esse legado viria de Roma. Em parte, é verdade que Roma lançou as bases para muito do que se conhece no Direito atualmente, porém a Grécia nos deixou de legado a argumentação retórica que, apesar de ser iniciada e veiculada pelos filósofos sofistas combatidos por Sócrates, não se torna menos importante em uma área acadêmica na qual debate, fundamentação e convencimento são técnicas basilares, sobretudo no ramo da advocacia. Também sobre a divisão de tarefas dentro de um mesmo Estado por vários órgãos, como a *Assembleia*, *Estrategos*, *Magistrados*, que exerciam diferentes funções de competência exclusiva desses órgãos. O instituto do Júri também mostra origens na Grécia. Um dos nomes mais célebres quando se fala em Grécia, Sócrates de Atenas, foi condenado à morte por um colegiado de pessoas durante um julgamento em que fora acusado de corromper a juventude ateniense e duvidar da existência dos deuses. (WOLKMER, 2009. p. 89 a 97).

Todavia, é importante lembrar que esse sistema democrático era o que vigorava na cidade estado de Atenas, sendo que outras cidades estados funcionavam sob a égide de uma sistemática diferente. Outras cidades estados tinham suas próprias autonomias para reger a vida em sociedade.

Explica José Reinaldo de Lima Lopes (2008, p. 19) que:

A Grécia clássica conhece várias formas de organização e institucionalização. Basta citar a profunda diferença entre Atenas e Esparta. O nosso interesse aqui concentra-se na tradição ateniense porque ela é mais reconhecível e sobre ela voltarão os filósofos e juristas ocidentais. Esparta deixa traços históricos, mas não se converte em modelo ideal que inspire o ocidente, embora com Atenas compartilhe um elemento fundamental de nossa tradição jurídica: a laicização do direito e a idéia de que as leis podem ser revogadas pelos mesmos homens que as fizeram

Assim, os gregos, apesar de serem predominantemente politeístas e valorizarem seus costumes, consideravam que a política não era um artifício divino e clerical, tampouco o direito uma revelação divina e sobrenatural, mas uma produção dos cidadãos livres em sociedade.

Segundo Comparato (2010, p. 54), no cenário da democracia ateniense, havia o entendimento que existia o *nomos*, ou seja, as normas que não advinham da vontade pura e simples do ser humano, seja na figura dos súditos, seja na figura dos governantes. O *nomos* advinha da prudência e da razão. A obediência que os gregos tinham em relação às leis se assemelha à fé que os judeus tinham de seu Deus. Impensável era violar o *nomos* para um cidadão ateniense.

Então, apesar das diferentes fundamentações para uma norma absoluta, tanto os hebreus quanto os gregos tinham, dentro de suas respectivas sociedades, normas que tinham teor absoluto.

### **2.2.3 Em Roma, como os romanos**

Roma se trata de uma das civilizações mais marcantes que já ocuparam esse mundo. Um dos maiores e mais duradouros impérios que o mundo já conheceu. Tão vasta foi sua extensão, cronológica e territorial, que até mesmo nos dias de hoje podem ser encontrados os frutos de Roma vingando. Seja no vocabulário, por meio de expressões latinas, como “a.m” e “p.m” para designar os horários *ante meridiem* e *post meridiem*, seja nas tradições jurídicas que foram herdadas e desenvolvidas, como a responsabilidade civil, termos conceituais em latim e a codificação de leis. Dessa forma, Roma se mostra de altíssima relevância para o estudo histórico do Direito atual.

A história de Roma divide-se em três períodos. A primeira é conhecida como o Período da Realeza, que compreende desde a origem de Roma, como uma pequena aldeia, até a queda de Tarquínio, o Soberbo, em 510 a.C, sendo então a monarquia romana substituída pela República. O Período da República, o mais duradouro da história de Roma, deu-se entre os anos 510 a.C e 27 a.C, sendo substituída por um Império a partir do momento em que o Senado concede poderes absolutos a Otaviano, quem viria ser o primeiro Imperador de Roma. O Período do Principado se deu entre os anos 27 a.C até os anos de 285 d.C, sendo considerado o auge do Império Romano. Todavia, em razão de vários problemas econômicos e sociais, bem como a invasão dos povos ditos bárbaros, Roma então encontra seu último período: O Baixo Império, cuja duração se dá entre os anos de 285 d.C até a morte de Justiniano em 585 d.C. (WOLKMER, 2009, p. 129).

Nisso é possível confirmar o que fora dito anteriormente acerca do Direito e do ser humano: eles se demonstram mutáveis e capazes de trazer mudanças na sociedade em que se situam. Uma relação interdependente de construção, preservação e destruição, para então renovar. Um ciclo aparentemente infundável.

Na sociedade romana houve uma mistura entre as três formas clássicas de governo formuladas por Aristóteles (1999, p. 224/225), quais sejam: monarquia, isto é, quando o Estado é governado pela figura de uma pessoa só, ou seja, o monarca; aristocracia, isto é, quando o Estado é governado pela figura de um colegiado de pessoas que mais estariam aptas para governar; enfim, existe a democracia, isto é, quando o Estado é governado pela população em geral. Roma, contudo, não aderiu integralmente a nenhuma dessas formas, mantendo um perfil predominantemente aristocrático.

No mundo de hoje, a maioria dos países adotaram essa herança grega relativa à política. Apesar disso, ainda existem monarquias, sejam *de jure*, sejam *de facto*, tais como o Estado do Vaticano, Japão, Tailândia e o Reino Unido.

Nesse sentido, entende José Reinaldo de Lima Lopes (2008, p.30):

Manteve-se sempre um sistema aristocrático, que os romanos geralmente descreviam como *misto*: algumas assembléias, algumas magistraturas, e restrições de algumas funções para algumas classes. Os menos poderosos e ricos precisavam de alguém que os protegesse social e economicamente, tornavam-se clientes, dependentes dos grandes

Em Roma, ao menos durante o período da república, o poder político era colocado contra si próprio, numa espécie de *checks and balances*, ou seja, nenhum poder ou membro do governo tinha poder absoluto, sendo o poder dividido para atribuições específicas e exclusivas de um determinado tipo de político. Importante ressaltar que não se confunde com a ideia de tripartição de poderes de Montesquieu, que foi inspirado justamente por esse sistema inventado pelos romanos.

Nas palavras de Comparato (2010, p. 56):

Já na república romana, a limitação do poder político foi alcançada, não pela soberania popular ativa, mas graças à instituição de um complexo sistema de controles recíprocos entre os diferentes órgãos políticos. Escrevendo no segundo século antes de Cristo, o historiador grego Políbio não hesitou em atribuir a esse refinado mecanismo de *checks and balances* a grandeza de Roma, que em menos de cinquenta e três anos lograra estender a sua dominação “à quase totalidade da terra habitada, fato sem precedentes”

Assim, é possível observar que as sociedades greco-romanas, no desenvolvimento político de suas comunidades, foram pioneiras no sentido de desenvolver mecanismos pela qual o Estado funcionava, fazendo com que o monarca obedecesse às normas típicas nas *polis* gregas e a divisão de funções e tarefas entre os diversos cargos públicos que compunham o Estado romano.

Obviamente, ressalta-se que eram mecanismos contextualizados a uma época que não a atual, portanto ainda não há de se falar, por exemplo, da divisão tripartida de Poderes feita por Montesquieu, ou então democracia no sentido como conhecida atualmente e com os valores sustentados pela modernidade, já que somente os cidadãos da *polis* tomavam decisões em grupo, apesar de, proporcionalmente, serem uma minoria entre as pessoas que faziam parte da sociedade.

#### **2.2.4 Entre a cruz e a espada**

Após a queda do Império Romano do Ocidente, instaurou-se uma época na qual não mais prosperavam os costumes pagãos e os valores romanos, pois floresceram os valores advindos do cristianismo e os costumes germânicos. Trata-se do período histórico denominado “Idade Média”.

A Idade Média teria seu início em 476 d.C, com a queda do Império Romano do Ocidente em razão das invasões dos povos ditos “bárbaros” e teria seu

final no ano de 1453 d.c, quando o Império Bizantino, antes conhecido como o Império Romano do Oriente, teve a cidade de Constantinopla, cujas grandes muralhas defenderam-na contra diversas invasões ao longo de um grande período de tempo, tomada pelas forças otomanas. (BURNS, 1974, p. 251).

De acordo com Jacques Le Groff (2008, p. 64), a presente datação feita por muitos historiadores, considerando que a Idade Média se encontra entre os anos de 476 d.C a 1453 d.C, teria origem na conveniência entre equilibrar as datas, conectando a data da queda do Império Romano do Ocidente com a queda do Império Romano do Oriente. Nesse sentido, 1453 d.C seria a data definitiva da extinção do que restava do Império Romano.

Apesar disso, não se apagou o legado deixado por Roma, que viria a influenciar inclusive os futuros povos, incluído os povos que a derrotaram e haveriam de constituir seus reinos sobre as cinzas de Roma. Isso se evidencia também, por exemplo, no próprio ordenamento brasileiro, no qual há o Código Civil, disciplinando matérias como propriedade, família e contratos, bem como provérbios em latim frequentemente usados pela doutrina pátria e estrangeira. Todas são frutos de Roma.

A Idade Média divide-se em dois períodos: a Alta Idade Média, marcada pelo caos político e jurídico dos diversos feudos que marcavam o continente Europeu, bem como a disputa de poder sobre todo o território europeu entre o Rei Carlos Magno e a autoridade máxima da Igreja Católica Apostólica Romana: o Papa. Os reis lutavam para que o poder que a nobreza e o clero possuíam fossem centralizados em suas coroas; e a Baixa Idade Média, na qual o comércio e tecnologias começam a se desenvolver, eventualmente levando ao advento do Renascimento, que iria para sempre mudar as bases do pensamento humano, eventualmente preparando o terreno para uma revolução científica e liberal. (COMPARATO, 2010, p.57/58).

É interessante notar que se trata de um período no qual o ser humano se encontrava oprimido qualquer que fosse a direção que caminhasse. Devia obediência irrestrita aos nobres e ao clero. À esmagadora maioria dos seres humanos, faltava a liberdade para realizar os mais diversos atos, incluindo a liberdade de se expressar e contestar as ideias que eram apresentadas não apenas como meras opiniões, mas verdades absolutas e incontestáveis, sob pena de, se contestadas, vir a ser considerado um herege ou praticante das artes obscuras e demoníacas, para no fim conhecerem na fogueira as chamas de *Gehenna*, isto é, o Inferno.

Apesar da perseguição e intolerância, não seria uma visão correta considerar que a Idade Média seria um período dotado apenas de tragédias. Em outras palavras: seria ingênuo entoar o bordão “Idade da Trevas”. Muitos avanços no conhecimento humano, dentre eles científicos, podem ser identificados nesse período, como evidenciado pela Renascença e pelas descobertas científicas durante a Era de Ouro do Império Árabe. (SALIBA, 1994, p. 245; 250; 256/257).

Assim, o que atualmente é conhecido como “direitos humanos” germinou a partir dessa época de intensa privação da liberdade. Os direitos humanos começam como um grito de liberdade daqueles que foram oprimidos e sufocados enquanto sustentavam aqueles que os privavam de toda e qualquer dignidade enquanto pessoas.

### **2.2.5 Raízes magnificas**

Toda essa situação borbulhante de caos e repressão humana que assolava a Europa eventualmente iria resultar em uma explosão sem precedentes. A primeira bolha estourou na ilha da Bretanha, onde atualmente se encontra o Reino Unido.

Apesar de não ter procedido da parte inferior da pirâmide social em direção ao topo, a Magna Carta, escrita em 1215, foi um documento pioneiro no que se refere a direitos humanos, por ter partido da ousadia dos barões ingleses de falarem para seu próprio rei que, apesar de rei, não poderia fazer o que bem entendesse. Haveria de seguir regras, regras que limitariam o poder do monarca. O rei não poderia retirar de uma cartola mágica as suas leis. O rei deveria ficar vinculado às leis que ele próprio estipula. (CASTILHO, 2013, p. 34 e 35).

O Rei João da Inglaterra, também conhecido como João Sem-Terra, estava em conflito com o Rei da França. Esse conflito exigia muitos recursos e, para obter mais recursos, aumentou a taxaçoão nas terras dos barões dos quais era suserano. Isso os levou a exigirem do Rei João a obediência a limites expressos na Carta, que veio a ser considerada nula pela Igreja Católica, já que nessa época a Inglaterra era um feudo de Roma. Apesar disso, as cláusulas previstas na Magna Carta foram obedecidas pelas gerações futuras da linhagem real inglesa.

Nesse sentido, diz Comparato (2010, p. 92):

Assim, se a *Magna Carta* contribuiu, num primeiro momento, para reforçar o regime feudal, ele já trazia em si o germe de sua definitiva destruição, a longo prazo. O sentido inovador do documento consistiu, justamente, no fato de a declaração régia reconhecer que os direitos próprios dos dois estamentos livres – a nobreza e o clero – existiam independentemente do consentimento do monarca, e não podiam, por conseguinte, ser modificados por ele. Aí está a pedra angular para a construção da democracia moderna: o poder dos governantes passa a ser limitado, não apenas por normas superiores, fundadas no costume ou na religião, mas também por direitos subjetivos dos governados

Assim, de certo é que, mesmo que em um primeiro momento essa limitação aos poderes dos reis beneficiasse apenas à classe abastada da nobreza, há de ser considerado também o embrião para o nascimento de uma sociedade que jamais tolerará arbitrariedades por parte de seus líderes.

### **2.2.6 Oferecendo a outra face**

Séculos mais tarde no mesmo território, os ingleses se encontravam em uma situação turbulenta. Durante todo o século XVII, anglicanos, protestantes e católicos litigavam entre si, causando uma onda de guerras civis e rebeliões que ocasionaram a morte de centenas de milhares de pessoas, tratamentos cruéis e indignos, além do caos político.

Graças à Reforma Protestante, ocorrida séculos antes, a Igreja Católica Apostólica Romana não mais era a monopolizadora da religião cristã. Essa quebra de paradigma foi o que repartiu muitos reinados europeus, seja externamente, seja internamente. A interpretação bíblica não mais era restrita ao que o clero católico alegava. Agora, a interpretação bíblica podia ser livre, e cada denominação protestante tinha a sua interpretação das Sagradas Escrituras. A Revolução Protestante trouxe uma série de benefícios, como o enfraquecimento parcial ao dogmatismo, maior autonomia para os Estados em relação à religião, à tolerância mútua (com fins de sobrevivência das várias denominações, não por motivos ideológicos) e ao aumento da educação dada ao povo, que agora tinha capacidade de aprender a ler e escrever para que pudessem ler a Bíblia. Contudo, também trouxe uma série de conflitos violentos em várias situações. (BURNS, 1974, p. 482 e 483).

O Rei Carlos I, em razão de suas políticas abusivas, como por exemplo a dissolução do Parlamento inglês, foi condenado à morte e executado, sendo

procedido pela ditadura de Oliver Cromwell e pela dinastia dos Stuart. Apesar do que ocorreu no passado, os Stuarts ainda tentaram estabelecer a religião católica como a religião da Inglaterra, o que levou, novamente, à revolta. Para que não mais ocorressem querelas como essa, nobres tanto do partido *Whigs* como *Tories* convidaram o Príncipe Guilherme de Orange a assumir o trono inglês. O atual rei da Inglaterra na época, Jaime II, refugiou-se na França. (CASTILHO, 2013, p. 49 a 51).

Assim, Orange assumiu o trono da Inglaterra, tendo como sua rainha Maria de Stuart, filha de Jaime II e professante da religião protestante. Para definirem-se como os novos soberanos, tiveram de assinar e aceitar integralmente uma Declaração de Direitos formuladas pelo Parlamento inglês. Nasce então a *Bill of Rights*, que seria uma das Leis Fundamentais do reino, as quais os novos reis e suas gerações posteriores deveriam obedecer.

Ora, a *Bill of Rights* se trata de um documento de suma importância para a história dos direitos humanos, uma vez que tal documento separava em definitivo o poder do monarca de governar do poder de legislar, que agora passa a ser do Parlamento, preservando a liberdade do Poder Legislativo frente ao Poder Executivo, que antes eram um só. Além disso, previa uma série de direitos, em especial um: a liberdade religiosa. Agora, protestantes e católicos tinham igualdade civil, apesar de os protestantes ainda não terem exatamente os mesmos direitos que os católicos, como, por exemplo, não podiam ter seus próprios templos. Todavia, vale ressaltar que esses direitos não se aplicavam a todas as pessoas indiscriminadamente. Apenas a nobreza e o clero se abarcavam nessas garantias.

Em sua obra, Comparato (2010, p. 105) afirma que fora esse documento que algumas décadas mais tarde iria inspirar Montesquieu a escrever sua teoria a respeito da tripartição dos poderes de um Estado, de modo a limitar a sua atuação e que o próprio respeite as leis que ele mesmo cria, bem como respeitar as Leis Fundamentais que o precedem. Nesse sentido, a *Bill of Rights* seria um marco pioneiro para o que mais a frente irá compor as modernas constituições, que preveem não apenas uma carta de direitos, como regras de estruturação do Estado, ou seja, como ele irá atuar no meio social e quais são suas limitações.

Nesse sentido, seria razoável concluir que, mesmo que tenha tido um alcance de direitos limitado apenas a um determinado estamento social, a *Bill of Rights* não deixa de ter uma profunda relevância não somente histórica, mas jurídica, uma vez que foi precedente para o mecanismo de previsão de direitos que outrora

apareceria nas constituições americana e francesa na forma de uma carta de direitos, similar ao que foi a *Bill of Rights*, de forma anexa aos regramentos em relação ao funcionamento e estruturação do Estado, bem como limites para sua atuação dos Poderes estatais, cujos quais deveriam estar divididos e contrabalanceados, sobretudo no que se refere à vida particular do cidadão, consonante com o conteúdo da primeira dimensão dos direitos fundamentais, cujos máximas podem ser resumidas nas palavras “liberdade” e “participação política”.

### **2.2.7 O clarão vermelho dos foguetes**

Algumas décadas mais tarde, o grito que outrora era proferido pelos oprimidos, agora se volta contra o opressor. A Inglaterra tornou-se a maior potência do mundo, seja pelo aspecto econômico, seja pelo aspecto militar. Com dezenas de colônias e territórios conquistados, os ingleses tinham, entre suas principais colônias, treze localizadas no continente americano, cada uma com um nome diferente, porém todas próximas umas das outras e todas com um problema em comum: os ingleses.

Os ingleses se libertaram de tal forma que passaram a explorar os outros na mesma intensidade em que os tiranos que os reinavam exploravam. E fora por essa exploração intolerável que essas Treze Colônias decidiram que já tinham se submetido o suficiente.

Com as altas taxas por parte da Coroa Inglesa, a extrema dependência decorrente do pacto colonial com cada uma das trezes colônias, além do desgaste de guerras contra a França, levaram os colonos a se rebelarem contra sua metrópole. A gota d'água se deu da forma mais inglesa possível: com uma festa de chás.

Os protestos dos colonos foram duramente reprimidos pelos ingleses, seja pelo uso de forças militares, seja pela imposição de leis intoleráveis. Os atritos se elevaram a tal ponto que os colonos passaram a se reunir em congressos na colônia da Filadélfia para deliberar o que iriam fazer em relação aos ingleses. Não houve outra solução senão as armas.

Era chegada a hora dos colonos expulsarem os seus mestres e conseguirem sua independência e identidade enquanto um povo com caracteres comuns, apesar de, nessa época, as colônias serem estados diferentes e autônomos

entre si, apesar de dependentes e subjugados aos desígnios e determinações da Coroa inglesa. E após anos de opressão e duras lutas, os colonos finalmente se libertaram da Coroa Inglesa para sempre. Eram, por fim, livres. Pela primeira vez na história da humanidade, uma colônia se libertou de sua metrópole por meio de um ato revolucionário.

Ensina Sahid Maluf (2010, p. 141) que:

Precisamente quando o governo, desnaturado pelos arroubos absolutistas de Jorge III, espezinhava os direitos dos seus súditos americanos, impondo tributos escorchantes e exercendo violências policiais, o povo das treze colônias, já entusiasmado pelas ideias republicanas que Lafayette viera pregar no novo mundo, valeu-se do *direito de rebelião* proclamado na doutrina de John Locke: quando um governo se desvia dos fins que inspiraram a sua organização, assiste ao povo o direito de substituí-lo por outro condizente com a vontade nacional. A justificação doutrinária da guerra pela emancipação, redigida por Jefferson, contém os fundamentos da filosofia política norte-americana

Todavia, após se libertarem, as colônias decidiram integrar-se na forma de um estado federado, ou seja, um Estado que se trata de um conjunto de estados submissos a uma legislação comum federal ao mesmo tempo que mantêm a independência para criarem suas próprias leis no que não contraria as disposições federativas.

Para formalizarem sua liberdade, os então colonos criaram a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América. A primeira constituição que influenciou todas as constituições que viriam. Tal constituição previa as regras para a estruturação do estado americano, seu funcionamento, bem como uma série de direitos, tendo por influência os pensamentos iluministas que surgiram na Europa da época. A constituição americana previa, como direitos inalienáveis e de origem divina o direito à vida, à liberdade e à procura da felicidade. (APTHERKER, 1969, p. 109).

Tal movimento de independência inspirou outros países a se libertarem de seus grilhões anciões e baseados em estamentos. Uma sociedade na qual os cidadãos têm direitos iguais perante a lei, não sendo mais acobertados por um manto real ou uma batina. Todavia, o manto e o batina que antes separavam os seres humanos em estamentos cedem lugar a outro elemento que há de separar as pessoas: o ouro. E assim como o manto e a batina, o ouro há de trazer muito pesar para as pessoas, maior que o pesar de encontrar ouro-de-tolo.

É de se considerar se realmente há limites para a ganância humana. Ao analisar a história, é possível cair na velha máxima *plus ça change, plus c'est la même chose*, cuja tradução do francês é “quanto mais as coisas mudam, mais elas permanecem a mesma”. Não obstante, os americanos precisaram emendar diversas vezes sua própria constituição, sendo que em uma delas, pessoas não mais seriam escravizadas em decorrência da cor de sua pele. Indaga-se o porquê de isso não ter sido previsto desde o início da constituição, para que todos os homens fossem considerados iguais perante a lei. Não obstante, não apenas os homens. Enfim, os americanos se tornaram muito parecidos com seus primos ingleses. (APTHEKER, 1969, p. 108).

De acordo com Comparato (2010, p. 112):

Desde o início do século XVII, o núcleo colonial que acabou moldando a futura nação norte-americana – a Nova Inglaterra – constituiu-se como sociedade tipicamente burguesa, isto é, como um grupo organizado de cidadãos livres, iguais perante a lei, e cuja diferenciação interna só podia existir em função da riqueza material. É verdade, porém, que nas colônias do sul, em lugar da divisão estamental, introduziu-se a escravidão negra, em flagrante violação ao princípio da igualdade fundamental do ser humano. Mas essa instituição nefanda foi uma espécie de pecado original do novo Estado, cujo resgate custou rios de sangue no século seguinte e ainda continua a produzir efeitos desagregadores até hoje

Seria razoável o raciocínio de que os tempos presentes são ecos do passado. A liberdade conquistada pelo ser humano em resposta a opressões por parte daqueles que se diziam representantes de deuses, ou até mesmo deuses, permitiu que muito fosse feito, seja para o que há de ser considerado maravilhoso, seja para o que há de ser considerado horrendo.

### **2.2.8 Do sangue azul que jorra: a Revolução Francesa**

Com o rufar dos tambores revolucionários, não apenas os americanos incorporaram o espírito prometeico de se revoltar contra seus opressores. Os franceses também se encontravam numa situação desesperadora e fizeram sua própria revolução, a qual iria apresentar ao mundo um dos grandes marcos do constitucionalismo, sendo esta constituição a primeira da Europa, trazendo os direitos de expressão e a liberdade de imprensa antes tão cerceados pelo *ancien régime*.

O *ancien régime*, isto é, o “antigo regime” monárquico absolutista, estava beirando a falência nas terras da França. Decrepito e corrupto, o povo passava fome enquanto os nobres se fartavam de brioques. As finanças do estado francês decaíam a cada ano que se passava, muito em decorrência de seu envolvimento em guerras extremamente onerosas e gastos exorbitantes por parte da luxúria palaciana do sangue azul que governava o país.

Enquanto os nobres e o clero gozavam de privilégios sem produzir coisa alguma, o terceiro estado, constituído pelos ricos burgueses, profissionais liberais e pelos camponeses e artesãos, cobria a esmagadora maioria das despesas da nação. Essa situação se mostrou insustentável para o terceiro estado, que mal tinha força dentro do sistema político, apesar de estar presente.

Assim ensina Flávia Lages de Castro (2011, p. 243 e 244):

Às vésperas da Revolução Francesa o país ainda era agrário, mais de 85% da população viva no campo. O capitalismo já estava presente e crescia a olhos vistos nessa sociedade, mas a organização social era baseada em estamentos, como na Idade Média. A sociedade era dividida em três estados. No primeiro estava o clero (alto clero – como bispos e abades – e baixo clero – padres e vigários), o segundo estado era composto pela nobreza que, por sua vez, se subdividia em três subgrupos: a nobreza palaciana que vivia das pensões do rei e usufruía de cargos públicos, a nobreza provincial, que viva no campo, e a nobreza de toga, que era composta por pessoas oriundas da burguesia que, por muito dinheiro, haviam comprado cargos e títulos de nobreza. O terceiro estado, que açambarcava 98% da população, era formado por inúmeros subgrupos, mais ou menos divididos como classes sociais (baseados no poder econômico). Havia a alta burguesia, composta por banqueiros, empresários e financistas; havia a média burguesia, formada por profissionais liberais como professores, médicos etc.; havia a pequena burguesia, onde se encontravam os pequenos lojistas etc. Sob todos eles havia um enorme grupo heterogêneo formado por artesãos, aprendizes, empregados e a enorme massa rural

Inspirados na revolução que ocorreu além-mar contra a maior potência da época, os franceses decidiram que o antigo regime tinha que ser extinto. E não seria extinto através do sistema, já que o próprio sistema privilegiava os nobres e o clero, que sempre eram a maioria na tomada das decisões políticas. O antigo regime precisava ser decapitado, no sentido mais literal da palavra.

Partindo de ideais iluministas e burgueses, os revolucionários franceses decapitaram o próprio rei, Luís XVI, abolindo a monarquia absoluta hereditária na França.

No pensamento de José Reinaldo de Lima Lopes (2008, p. 191), o iluminismo se trata de uma ideologia que sustenta a modernização forçada, buscando

o progresso da sociedade. Nesse sentido, seria uma dura crítica aos privilégios que as classes do *ancien regime* gozavam, bem como a autoridade baseada na tradição feudal. Também seria uma crítica ao clericalismo e as imposições da Igreja na vida individual dos cidadãos, defendendo, portanto, a secularização do Estado.

O gatilho inicial para que a revolução estourasse foi com a convocação dos Estados Gerais, que incluíam o clero, a nobreza e o terceiro estado, que era o resto da população, no mês de maio. A finalidade da convocação era para que se encontrasse alguma solução para o caos na França. O terceiro estado sugeriu que os votos fossem realizados através de deputados, e não através de um representante para um estamento inteiro.

Em razão do inconformismo do terceiro estado em relação ao voto dos outros dois estados, juraram num salão em que se jogava Péla que de lá não iriam sair até que confeccionassem uma constituição para o povo francês.

Ao se declararem Assembleia Nacional e confeccionarem a tão desejada constituição, formaram também a Guarda Nacional e tomaram a Bastilha no mês seguinte. Tratava-se de uma enorme prisão para inimigos políticos do rei. A Bastilha, acima de qualquer coisa, era um símbolo do poder da monarquia absoluta que tinha direcionado a França à miséria e fome. E por isso ser, havia de ser derrubada para sempre.

Pouco tempo após a queda da Bastilha, os revolucionários aprovaram outro marco absolutamente imprescindível à história dos direitos humanos: a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Documento esse que reflete os valores iluministas e burgueses que inspiraram toda a Revolução Francesa: a ideia de que todos são livres, iguais e fraternos. Ao menos perante a lei.

Comparato (2010, p. 148) ensina que a Revolução Francesa desencadeou, como nunca antes na história da humanidade, a supressão das desigualdades entre indivíduos e grupos sociais. A igualdade seria o norte da revolução, sendo que a liberdade seria a supressão de atos governamentais que restringem o indivíduo com base em estamento. A fraternidade estaria relacionada a atitude cívica em sociedade, sendo necessária a abolição de todos os privilégios em razão do grupo social ao qual o indivíduo pertencia.

Até então, o que pode ser observado a partir da análise de todos os documentos que constituem partes do quebra cabeça, que são os direitos humanos,

é que todos eles se referem, acima de tudo, à dimensão de liberdades individuais do ser humano.

Todos eles tratam de limitar o poder do Estado sobre o indivíduo e de evitar que o Estado tome atitudes arbitrárias e com desprezo a normas, sejam elas superiores ou inferiores em questão de hierarquia. A primeira dimensão do direito, até então, encontra-se em seu ápice. Nunca antes na história da humanidade, o ser humano lutou tão ferozmente para ser livre.

Todavia, há de se observar que ser livre não é um impedimento para que alguns seres humanos oprimam e tratem de maneira indigna outros seres humanos. A liberdade irrestrita que antes era adstrita a um único tirano passou a pertencer a um grupo de pessoas, que a exercia em detrimento de outro grupo, sem se importar com as consequências dessa diferença entre liberdades.

Em relação à tal sociedade liberal, Comparato (2010, p. 65 e 66) expõe com maestria que:

A sociedade liberal ofereceu-lhe, em troca, a segurança da legalidade, com a garantia da igualdade de todos perante a lei. Mas essa isonomia cedo revelou-se uma pomposa inutilidade para a legião crescente de trabalhadores, compelidos a se empregarem nas empresas capitalistas. Patrões e operários eram considerados, pela majestade da lei, como contratantes perfeitamente iguais em direitos, com inteira liberdade para estipular o salário e as demais condições de trabalho. Fora da relação de emprego assalariado, a lei assegurava imparcialmente a todos, ricos e pobres, jovens e anciãos, homens e mulheres, a possibilidade jurídica de prover livremente à sua subsistência e enfrentar as adversidades da vida, mediante um comportamento disciplinado e o hábito da poupança

Nesse sentido, o ser humano se encontrava livre. Livre inclusive para explorar economicamente outros seres humanos. Chega-se à conclusão de que liberdade tão somente não basta para garantir a dignidade do ser humano.

Em relação à participação política e exercício de direitos, há de se ressaltar a seletividade dos seus titulares. Mulheres, negros e outras minorias religiosas ou de outra ordem podiam gozar em nível de igualdade os direitos defendidos pelos revolucionários.

Questiona-se também a possibilidade dessas pessoas se expressarem livremente, incluindo-se o intuito de criticar a condição em que se encontravam. De certo que o *status quo* não permitiria tal atitude, uma vez que para que qualquer tipo de dominação seja destronado, faz-se necessário que, antes de mais nada, os que estão submetidos a essa condição tenham ciência dela e exteriorizem sua insatisfação

através de palavras, gritos e gestos. A expressão de um indivíduo com o intuito político é de suma importância para o processo democrático numa sociedade onde vige o Estado de Direito. Proibir tal manifestação tem por consequência lógica proibir o ser humano de desfrutar uma vida livre e digna.

Uma mente livre, mas que não pode gritar “Liberdade!”, é como um pássaro cujas penas lhe foram retiradas e as esperanças de atravessar os céus se transformaram no desespero de viver para sempre comendo alpiste na detestável segurança de um férreo cárcere.

Assim pensa José Reinaldo de Lima Lopes (2008, p.190):

Naturalmente, nem as mulheres, nem os negros e em muitos lugares nem mesmo as minorias religiosas ou de outra ordem conseguiram obter direitos iguais, muito especialmente de participação política. A idéia de que os direitos naturais são civis, isto é, de gozo de liberdades, e não políticos, ou seja de exercício de decisão pública, vigorou muito tempo e justificou a limitação do direito de votar e ser votado

Por fim, é de considerar a inegável importância dessa primeira dimensão de direitos humanos para compreender a atual proteção e consagração de direitos relativos aos direitos de as pessoas serem livres e tomarem decisões por si próprias, sem que haja a necessidade de terceiros autorizarem, bem como o direito de participarem de maneira cidadã em sociedade e escolherem seus representantes.

Ressalta-se que essa liberdade não pode ser irrestrita, sob pena da liberdade de um indivíduo inicialmente poder destruir a liberdade alheia. É uma liberdade que deve coexistir com a liberdade de todos os outros cidadãos, inclusive a de se expressar e posicionar-se contra o entendimento do outro, qualquer que seja a natureza da opinião, sempre com respeito à lei e o direito alheio.

Também a historicidade de tais direitos, uma vez que, em algum ponto no passado, a ausência de tais direitos foi a causa de abusos, perseguições e atos indescritíveis de crueldade por parte não somente do Estado e seus agentes, mas também de segmentos da sociedade civil contra outros segmentos dessa mesma sociedade. Exatamente esse fenômeno que posteriormente levaria a sociedade a perceber que a liberdade, tão somente, pode ser libertadora como opressiva.

A liberdade, sem que haja igualdade, é apenas mais uma razão para os fortes e livres destratarem os fracos e submissos.

É impensável, nos dias de hoje, falar-se em direitos humanos sem abordar esse aspecto histórico, bem como a defesa dele nos dias de hoje contra arbitrariedades e atentados a esse direito conquistado ao longo de uma história escrita com o sangue, suor e lágrimas de muitos em razão do arbítrio de poucos que a nada estavam adstritos, senão à suas próprias razões.

### **2.3 Dando o Peixe: Acerca da Segunda Dimensão de Direitos Humanos**

Se outrora o Estado devia se abster de praticar determinados atos que atentassem contra as liberdades e garantias individuais das pessoas, inicialmente para alguns grupos específicos, posteriormente para toda a coletividade, a sociedade percebeu que em determinadas situações o Estado não apenas pode atuar como deve atuar para combater certos males.

Norberto Bobbio (2004, p. 32), em relação ao que ele chama, talvez equivocadamente, de “segunda geração de direitos” para se referir aos direitos laborais e sociais, sendo talvez uma terminologia mais adequada “dimensão”, por não implicar que o direito teria um momento final por se tratar de uma “geração”, expõe-no da seguinte forma:

Sabemos hoje que também os direitos ditos humanos são o produto não da natureza, mas da civilização humana; enquanto direitos históricos, eles são mutáveis, ou seja, suscetíveis de transformação e de ampliação. Basta examinar os escritos dos primeiros jusnaturalistas para ver quanto se ampliou a lista dos direitos: Hobbes conhecia apenas um deles, o direito à vida. Como todos sabem, o desenvolvimento dos direitos do homem passou por três fases: num primeiro momento, afirmaram-se os direitos de liberdade, isto é, todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar para o indivíduo, ou para os grupos particulares, uma esfera de liberdade em relação ao Estado; num segundo momento, foram propugnados os direitos políticos, os quais - concebendo a liberdade não apenas negativamente, como não impedimento, mas positivamente, como autonomia - tiveram como consequência a participação cada vez mais ampla, generalizada e frequente dos membros de uma comunidade no poder político (ou liberdade no Estado); finalmente, foram proclamados os direitos sociais, que expressam o amadurecimento de novas exigências - podemos mesmo dizer, de novos valores -, como os do bem-estar e da igualdade não apenas formal, e que poderíamos chamar de liberdade através ou por meio do Estado. Se tivessem dito a Locke, campeão dos direitos de liberdade, que todos os cidadãos deveriam participar do poder político e, pior ainda, obter um trabalho remunerado, ele teria respondido que isso não passava de loucura. E, não obstante, Locke tinha examinado a fundo a natureza humana; mas a natureza humana que ele examinara era a do burguês ou do comerciante do século XVIII, e não lera nela, porque não podia lê-lo daquele ângulo, as exigências e demandas de quem tinha uma outra natureza ou, mais precisamente, não

tinha nenhuma natureza humana (já que a natureza humana se identificava como a dos pertencentes a uma classe determinada)

A primeira dimensão de direitos, aqueles referentes à liberdade individual e proteção dos cidadãos contra o Estado, mudou para sempre as sociedades no ocidente. Sendo grandes expoentes dessa dimensão a revolução americana, uma experiência para preservarem tradições inglesas enquanto independentes de seus velhos mestres, e a revolução francesa, para chacoalhar as próprias fundações da sociedade, transformando-a em outra sociedade mais livre, porém dividida não mais por coroas ou batinas, mas por cifrões.

Entende Nelson Nogueira Saldanha (1986, p. 59) que:

Ao liberalismo, reprovavam os socialistas relegar o lado social do homem e de seus problemas; reprovavam sobretudo satisfazer-se com soluções formais, inclusive com liberdades formais e igualdades formais, que deixam espaço para a pressão concreta e para a desigualdade material, correspondentes à distinção entre pobres e ricos — pouco levada em conta no credo liberal. Acusavam o capitalismo de injusto e acusavam a burguesia de egoísta. Na ótica dessas acusações, a doutrina liberal seria apenas uma expressão do capitalismo e das classes abastadas

Em decorrência das mudanças liberais, a sociedade, com o advento da Revolução Industrial e na mudança da lógica de trabalho artesanal-manual para mecanizada e operária, passou por drásticas transformações sociais que levaram ao advento de uma sociedade polarizada entre ricos burgueses capitalistas, detentores dos meios de produção e da maior parte das riquezas, e a massa proletária que, apesar de ser juridicamente igual aos capitalistas, não eram materialmente iguais, tendo apenas sua força de trabalho para oferecer em troca de um salário que muitas das vezes se mostrava insuficiente para prover todas as necessidades, tanto do trabalhador, como de sua família.

Vale ressaltar que a esmagadora maioria da população trabalhadora estava vivendo em condições indignas se analisadas sob a ótica valorativa contemporânea, fato que motivou os clamores populares por igualdade e melhoras nas condições de trabalho e vida.

Eric Hobsbawm (2003, p. 91) sintetiza os efeitos da primeira dimensão com o seguinte enunciado:

Mais especificamente, as exigências do *burguês* foram delineadas na famosa Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Este documento

é um manifesto contra a sociedade hierárquica de privilégios nobres, mas não uma manifesto a favor de uma sociedade democrática e igualitária

Em resposta a essa situação, os segmentos menos favorecidos da sociedade se uniram de forma organizada para reivindicar que o Estado não os olvidasse, exigindo deste uma atitude proativa, de modo a, senão extinguir, ao menos remediar e reduzir as desigualdades decorrentes de um capitalismo livre e desenfreado, que era o capitalismo *laissez faire* da época. O típico capitalismo que refletia os valores do liberalismo clássico: não intervenção do Estado na economia, respeito às leis e liberdades individuais do cidadão, como por exemplo a liberdade de culto, separação entre Estado e religião e liberdade de se expressar e manifestar seus pensamentos. (CASTILHO, 2013, p. 62 a 64).

Em contraste à ideologia burguesa liberal, expoentes de outras correntes ideológicas surgiram de modo a criticar a sociedade da época, bem como suas vicissitudes.

Ideologias como o socialismo, tendo com seus principais expoentes Karl Marx e Friedrich Engels, e o anarquismo, tendo como principal expoente Mikhael Bakunin, inspiraram as massas proletárias a não se conformar com sua situação e querer mudanças.

Por certo que ambas as ideologias buscavam a destruição do estado burguês através de meios violentos, uma vez que a própria estrutura legal do Estado burguês impediria qualquer mudança efetiva do *status quo*.

Todavia, outras correntes derivaram desses pensamentos, algumas delas operando dentro das regras do sistema, tal como a ideologia socialdemocrata, que não prega a destruição do estado e abolição da propriedade privada. Ao contrário, abomina o estado liberal clássico em favor de um estado que, ao mesmo tempo em que garante a propriedade privada e efetivação dos contratos, tenta consertar e evitar os presentes males através de políticas públicas que tenham por alvo os mais necessitados.

Fora esse espírito socialdemocrata, de considerar que tão bom quanto a liberdade de um estado opressivo é a liberdade de uma sociedade opressiva, o que eventualmente iria levar à criação dos *well-fare states*, ou seja, Estados de bem-estar social, os quais representariam a segunda dimensão dos direitos humanos. Na perspectiva de Karl Marx (2014, p.63 e 64), essa socialdemocracia seria apenas uma forma de socialismo conservador ou burguês, ou seja, que visa não à dissolução das

classes sociais em prol de uma sociedade comunista e sem Estado, mas para remediar os males que o próprio capitalismo causa e assegurar a existência da sociedade burguesa.

Assim sendo, os direitos fundamentais passam a ser analisados sob a ótica de outra dimensão: a segunda dimensão dos direitos humanos, relacionando-se à ideia de igualdade mediante uma conduta proativa do Estado de amparar os mais desiguais em uma sociedade livre, inclusive no tocante às suas manifestações do pensamento, como por exemplo para questionar a opressão e denunciar as desigualdades sociais latentes à época.

### **2.3.1 Impasse de classes**

Foi no México, em 1917, que pela primeira vez na história da humanidade houve demonstração de tal evidência acerca da segunda dimensão dos direitos humanos, através da Constituição Mexicana de 1917.

Primeiro, torna-se necessário contextualizar a situação dos mexicanos nessa determinada época. Ora, tratava-se de um país de extrema desigualdade social, na qual alguns poucos desfrutavam dos deleites do mundo enquanto que a maioria das pessoas mal poderia garantir com fatural certeza o leite de seus filhos. Também, no cenário global, era uma época em que as ideologias vermelhas, como o comunismo e o anarcossindicalismo, estavam em ascensão. Tais ideologias denunciavam as injustiças e desigualdades advindas de uma sociedade livre, porém sem nenhum amparo aos mais pobres e baseando-se na exploração do ser humano pelo ser humano. Nas palavras do filósofo alemão Karl Marx (2014, p. 68), em relação à condição da classe trabalhadora e à ideologia comunista: “Em uma palavra, os comunistas em toda parte apoiam qualquer movimento contra as condições sociais e políticas existentes”.

Ora, em uma breve reflexão, para que o povo pudesse realizar mudanças e reformas para que os problemas presentes na situação em que viviam fossem consertados, ou então remediados, fora necessário antes a possibilidade de se manifestarem politicamente. Essa manifestação política pressupõe a possibilidade do indivíduo, sobretudo quando dentro de grupos com teor político, de expressar opiniões, sendo que estas podem oferecer perspectivas críticas e que apontem erros

e falhas presentes em outras ideias, oferecendo uma maior possibilidade de identificação e resolução de problemas dentro de um ambiente democrático.

Em razão disso, o povo mexicano se organizou para lutar pelos seus direitos e exigir que o Estado agisse no sentido de garantir que, apesar das liberdades civis e impedimentos da atuação no Estado em sentido de violar a liberdade pessoal, bem como direitos políticos, também prestasse amparo e políticas públicas garantindo o bem-estar de seus cidadãos.

Num primeiro momento, torna-se necessário ressaltar que as ideologias que inspiraram os movimentos sociais mexicanos não tinham por objetivo final uma reforma social-democrática do capitalismo. Os comunismos, bem como o anarquismo, pregam a extinção da sociedade burguesa tal como é conhecida atualmente em prol de uma sociedade sem a presença de Estado, bem como dinheiro e classes sociais.

Para remediar os males advindos da desigualdade dentro do sistema capitalista, os políticos optaram por atender a tais anseios e garantir que, dentro do próprio sistema, o trabalhador não precisasse aturar condições péssimas de trabalho bem como a dolorosa liberdade de não ser tocado pelo Estado, até mesmo quando estivesse em apuros. Em outras palavras, era melhor para o próprio Estado, bem como as classes sociais abastadas, ceder uma parte da liberdade econômica irrestrita para que as ideologias subversivas em ascensão não importassem no fim do poder estabelecido por essas mesmas classes sociais em conjunto com o Estado liberal.

Fábio Konder Comparato (2010, p.190) ensina que foi justamente com a Constituição Mexicana de 1917 que as leis trabalhistas, pela primeira vez na História, ganharam a qualidade de direitos fundamentais, junto, e não em exclusão, com as garantias de liberdades individuais e direitos políticos do cidadão, precedendo até mesmo a *Weimarer Verfassung*, que do alemão se traduz as Leis Fundamentais de Weimar, também conhecida como a Constituição Alemã de 1919.

Devido a influências de tais ideologias vermelhas, bem como movimentos sociais operários, a preocupação jurídica em relação as condições de trabalho, bem como a própria pessoa dos trabalhadores levou a criação, por exemplo, da Organização Internacional do Trabalho, também conhecida como OIT. Tal organização foi e ainda é responsável por diversas disposições normativas referentes aos direitos laborais.

### 2.3.2 Constituição de Weimar e o dilema de *Tyrfing*

Para abordar então a Constituição Alemã de 1919, seria também interessante abordar uma antiga história folclórica para ilustrar tal constituição. O título desse subcapítulo se refere a uma espada mágica retratada em uma das antigas *Eddas* nórdicas: a *Hervarar saga*, ou a Saga de Hervarar. Em tal história, a heroína Hervor visita o fantasma de seu falecido pai, que lhe dá como herança, *Tyrfing*, uma poderosa espada capaz de cortar praticamente qualquer material com facilidade, sobrepujando a maioria dos adversários que o usuário eventualmente encontrar. Todavia, *Tyrfing* é dotada de uma terrível maldição: uma vez sacada, ela necessariamente matará alguém, de modo que ela pode se voltar contra os próprios interesses do usuário. Na *edda*, a espada é a causa da morte de pessoas queridas para os usuários, mesmo que eles não desejassem o resultado morte. (TUNSTALL, 2005, s/p).

A razão de abordar tal história se dá pela importância não apenas do que a Constituição Alemã pôde oferecer para os conhecimentos jurídicos, bem como aplicações práticas, como também apresentou problemas advindos da própria constitucionalização dos direitos individuais e trabalhistas.

Primeiro, torna-se forçoso analisar o contexto de tal documento legal. Trata-se de um período em que a Alemanha acaba de sair derrotada de uma grande guerra que assolou a Europa com destruição, miséria e crueldade nunca antes vistas na arte da guerra: a Primeira Grande Guerra Mundial, cuja duração se deu nos anos de 1914 até o ano de 1918, encerrando com a derrota dos países do Tríplice Aliado, sendo estes a Alemanha, o império Austro-Húngaro e a Itália.

Ora, com a destruição da Alemanha pós-guerra, os alemães sentiram a necessidade de uma solução rápida para os problemas decorrentes do horror da guerra. Nesse sentido, medidas drásticas foram tomadas e o que antes era um império tornar-se ia uma República. E para se tornar uma República, ou seja, um novo regime, necessitava-se de uma Constituição. Para isso, os legisladores criaram uma Constituição muito garantista não apenas no que diz a liberdades individuais, mas direitos coletivos dos trabalhadores alemães também.

Há de se notar que os socialistas estavam em ascensão no cenário político alemão, de modo que essa presença influenciou na elaboração do texto constitucional que garantia os direitos dos trabalhadores. Nesse sentido, a

Constituição Alemã de 1919 é outro grande expoente dos direitos de segunda dimensão.

Essa ascensão das ideologias políticas contrastantes com o espírito liberal-burguês só foi possível, contudo, com a garantia da liberdade de se expressar, inclusive no tocante à insatisfação política. São essas garantias de primeira dimensão, ou seja, a liberdade do indivíduo se expressar livremente, que permitiram que, na segunda dimensão de direitos, outros direitos surgissem, relacionando a liberdade de se expressar com a ótica da dinâmica social. Os grupos sociais puderam ter mais voz para questionar o *establishment*, isto é, a presente ordem social.

Em outras palavras, o direito de liberdade de expressão, antes individual, agora se encontrava também presente para que grupos sociais pudessem usufruir dessa garantia para finalidades político-sociais, buscando mudanças frente à enorme desigualdade do mundo.

Todavia, outra característica de tal documento normativo era a facilidade em modificá-lo. Uma vez que os alemães sentiram a necessidade de decidir coletivamente as leis e a sociedade passava por uma repentina mudança, tal mecanismo se justificava. Atualmente, seria inconcebível uma mudança constitucional através de um procedimento relativamente fácil.

A atual rigidez constitucional encontra seu fundamento justamente na Constituição Alemã de 1919, a qual previa esse mecanismo que eventualmente levaria a sua própria destruição.

Assim como *Tyrfin*, a previsão constitucional tornou-se uma poderosa arma para a garantia dos direitos do povo alemão, de modo que hoje ela, a Constituição Alemã, é estudada por ter sido uma influência para outros ordenamentos que institucionalizaram essa perspectiva social democrática, divergindo do autoritarismo dos regimes socialistas que negavam liberdades individuais em prol da revolução e também dos regimes capitalistas que, apesar de economicamente livres, estavam presos a uma crescente desigualdade e miséria de muitos em prol da sede insaciável de alguns poucos por lucro. Mas assim como a fabulosa espada, essa capacidade veio a um alto preço: a possibilidade de causar males em razão de seu frequente uso. A flexibilidade dessa constituição foi o que levou à ruína não somente do próprio documento, como da sociedade que buscava proteger.

A flexibilidade da Constituição Alemã de 1919 foi justamente o mecanismo que permitiria o Partido Nacional Socialista dos Trabalhadores Alemães,

ou por simples, o Partido Nazista, a tomar as rédeas da República e transformá-la em um regime totalitário responsável por atos de crueldade indescritíveis.

Aponta Fábio Konder Comparato (2010, p. 204/205):

Apesar das fraquezas e ambiguidades assinaladas, e malgrado a sua breve vigência, a Constituição de Weimar exerceu decisiva influência sobre a evolução das instituições políticas em todo o Ocidente. O Estado da democracia social, cujas linhas-mestras já haviam sido traçadas pela Constituição mexicana de 1917, adquiriu na Alemanha de 1919 uma estrutura mais elaborada, que veio a ser retomada em vários países após o trágico interregno nazi-fascista e a Segunda Guerra Mundial. A democracia social representou efetivamente, até o final do século XX, a melhor defesa da dignidade humana, ao complementar os direitos civis e políticos – que o sistema comunista negava – com os direitos econômicos e sociais, ignorados pelo liberal-capitalismo

Assim, é razoável afirmar que tal documento é dotado de importância histórica fundamental e de necessária abordagem para que possa ser melhor compreendida a segunda dimensão de direitos humanos, garantidora da igualdade entre as pessoas dentro de uma sociedade livre e com desigualdades.

## 2.4 Algum Lugar Além do Arco-íris

Somente após uma intensa era de conflitos é que o mundo começou a ter um olhar mais amplo em relação à comunidade internacional. A cada ano que se passa, os limites desse mundo tornam-se cada vez menores. Atualmente, diante do crescimento tecnológico sem precedentes, as nações que antes consideravam-se distantes uma das outras parecem ser como vizinhos de um bairro.

Hoje, é possível um americano com ascendência árabe-portuguesa verificar sua agenda em um celular finlandês usando softwares indianos, tudo isso enquanto caminha por um bairro habitado por imigrantes chineses calçando um par de sapatos italianos e trajando um terno feito na França por alfaiates moçambicanos, visando jantar com sua namorada canadense um delicioso *borshct* num restaurante russo, cujo chef é um brasileiro.

As atrocidades resultantes da Segunda Grande Guerra Mundial tornaram o teatro da guerra um verdadeiro espetáculo de horrores. Violações de direitos humanos, tortura, genocídio, extermínio étnico-racial, crimes de guerra e outros atos atentatórios à dignidade humana tornaram-se práticas corriqueiras em um dos períodos mais bestiais que a humanidade jamais conheceu.

Com a derrota do Terceiro Reich nazista e a rendição incondicional do Império do Japão em razão dos dois ataques nucleares realizados pelos Estados Unidos da América, uma das mais sangrentas e bárbaras guerras já protagonizadas pelo ser humano chega ao seu encerramento.

Nas palavras de Arthur José Almeida Diniz (1979, p. 308):

A presença da catástrofe traumatizou nossos dias. Se o século XX teve seu início marcado pelas hostilidades da guerra de 1914, o Terceiro Milênio anunciou-se prematuramente em Hiroshima e Nagasaki. Sensação difusa, do risco larvado, insegurança que espreita em todos os instantes.

Para garantir que nunca mais tais horrores se repetissem, uma vez que a guerra foi custosa para todos os envolvidos, os Estados perceberam que se não passassem a cooperar, cenários como esse iriam se repetir. Cada vez mais crescia o entendimento de que o mundo se tornara um lugar pequeno demais para uma só coroa e vulnerável demais para a potencialidade que o conhecimento humano acerca do átomo poderia desencadear.

Tornava-se imperativo que os países reorganizassem suas relações internacionais para se adequar a uma nova mentalidade para solução de conflitos. Não mais através de pólvora, mas através de palavras. A partir dessa ideia, foi criada a Carta das Nações Unidas.

#### **2.4.1 *Et Pluribus Unum*: de muitos, um**

A Carta das Nações, pela primeira vez na história humana, convocava as nações do mundo para tomarem uma providência no tocante a relação internacional entre elas e de forma definitiva sedimentar a ideia de que se as nações desejam evitar que tragédias como a Primeira e Segunda Grandes Guerras Mundiais ocorressem novamente, torna-se um imperativo que todas as nações se comprometam a defender os direitos humanos para que a dignidade humana seja um valor supremo no Direito. Fora nesse espírito de solidariedade que as várias nações do mundo, apesar de independentes e soberanas, se uniram sob um mesmo propósito.

Assim, tal como o provérbio em latim: *et pluribus unum*. De muitos, um.

Assim, em comum acordo, países do mundo decidiram que não bastava apenas que seus cidadãos fossem livres e iguais em oportunidades. Demonstrava-se que isso tão somente não impedia que alguns cidadãos livres e iguais perseguissem outras pessoas que sequer eram consideradas cidadãs para os ditames da lei. Além da liberdade e da igualdade, o mundo encontrava-se em desesperadora necessidade de solidariedade entre os povos, para que o flagelo da guerra não acometesse mais ninguém.

Nesse sentido, diz José Luiz Borges Horta (2011.p. 193):

Em 1945, assombrado, o mundo opta por reestruturar as relações internacionais. A criação da *Organização das Nações Unidas* foi o definitivo passo nessa direção. Em 10 de dezembro de 1948, emerge o marco definitivo de uma nova era: a *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, que traz o novo valor central do Estado de Direito: a *Fraternidade* (ou *Solidariedade*, como preferem alguns)

Comparato (2010, p.230) ensina que o objetivo central da Organização das Nações Unidas é de manter a paz e segurança internacional, para que os horrores vistos nas últimas duas grandes guerras jamais se repitam. Apesar disso, esse propósito tem sido violado em razão do Conselho Permanente de Segurança, composto pelas potências com maior capacidade militar da Terra, como os Estados Unidos da América, Rússia, China, Reino Unido e França. Todas essas potências foram vencedoras da Segunda Grande Guerra Mundial e possuem força de veto para todas as decisões no tocante ao Conselho de Segurança da ONU, o qual qualquer país signatário pode vir a ser eleito. Não obstante, tratando-se de potências com alto poderio bélico. Essa realidade tem mostrado a deturpar o propósito da ONU em prol dos interesses particulares dessas determinadas nações, o que justifica muito cenários de guerra, mesmo nos dias de hoje.

Assim, a Carta das Nações Unidas foi uma proposta razoável e necessária de reorganização do Direito Internacional, haja vista a bagagem histórica imposta a toda humanidade na época em que foi elaborada. Os países do mundo chegaram ao consenso de que os horrores que foram experimentados nas duas guerras que marcaram o século XX jamais deveriam se repetir. Apesar das melhores das intenções, não foi o bastante para impedir que, em prol de alguns poucos, muitos ainda não de sofrer.

### 2.4.2 Uma união de nações

No período pós-guerra, após a criação da Organização da Nações Unidas, a Comissão de Direitos Humanos, que ainda havia de ser criada, teria o trabalho de elaborar uma declaração de direitos humanos, consoante o previsto no artigo 55 da Carta das Nações, documento que precedia a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Dispõe a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 19, acerca do direito de liberdade de opinião e expressão, que: “Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; esse direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”.

Tal documento somente iria estar concluído em 18 de junho de 1948, três anos após a tragédia da guerra. O ideal francês de *liberté, égalité, fraternité*, isto é, de liberdade, igualdade e fraternidade entre os povos encontrava sua atual afirmação histórica em razão das experiências passadas. O histórico desrespeito a esses direitos justificava vigorosamente a afirmação destes em um documento que haveria de ser ouvido por todas as nações do mundo.

Nas palavras de Comparato (2010, p. 238):

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, como se percebe da leitura de seu preâmbulo, foi redigida sob o impacto das atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, e cuja revelação só começou a ser feita – e de forma muito parcial, ou seja, com omissão de tudo o que se referia à União Soviética e de vários abusos cometidos pelas potências ocidentais – após o encerramento das hostilidades. Além disso, nem todos os membros das Nações Unidas, à época, partilhavam por inteiro as convicções expressas no documento: embora aprovado por unanimidade, os países comunistas (União Soviética, Ucrânia e Rússia Branca, Tchecoslováquia, Polônia e Iugoslávia), a Arábia Saudita e a África do Sul abstiveram-se de votar

Assim, percebe-se que apesar do espírito de solidariedade e o desejo de não repetir a monstruosa tragédia que obscurecera as esperanças de um mundo de paz, alguns países preferiram manterem-se para si mesmos. Também não implica que os países que votaram a favor também estivessem absolutamente bem-intencionados em suas decisões. De certo é que apesar do nobre desejo de paz, o ser humano também não é imune a aspirações escusas.

Expressa Flávia Piovesan (2008, p. 137), de forma concisa e resumida, o espírito, bem como o fundamento da Declaração Universal dos Direitos Humanos e seu intuito protetivo para todas as pessoas, sem discriminação:

A Declaração Universal de 1948 objetiva delinear uma ordem pública mundial fundada no respeito à dignidade humana, ao consagrar valores básicos universais. Desde seu preâmbulo, é afirmada a dignidade inerente a toda pessoa humana, titular de direitos iguais e inalienáveis. Vale dizer, para a Declaração Universal a condição de pessoa é o requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos. A universalidade dos direitos humanos traduz a absoluta ruptura com o legado nazista, que condicionava a titularidade de direitos à pertinência à determinada raça (a raça pura ariana). A dignidade humana como fundamento dos direitos humanos e valor intrínseco à condição humana é concepção que, posteriormente, viria a ser incorporada por todos os tratados e declarações de direitos humanos, que passaram a integrar o chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos

Sob o fundamento da dignidade inerente ao ser humano, os governos do mundo concordaram que as violações passadas não podiam vir a se repetir. Sob esse mesmo fundamento, emanariam todos os demais direitos previstos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, dentre os quais, o direito à liberdade de expressão e opinião.

Apesar da nobre e necessária proposta de um norte para o que haveriam de ser os direitos humanos a serem respeitados, a Declaração, tecnicamente, trata-se de uma recomendação feita pela Assembleia Geral das Nações Unidas para os membros dela. Nesse sentido, há o entendimento de que ela não se torna um documento vinculante. Todavia, há outro entendimento de que se trata de mero excesso de formalidade, sendo que a vigência de direitos humanos independe da declaração constitucional, legal ou decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos, uma vez que se trata de direito das gentes e que a dignidade humana é um valor a ser respeitado. Os direitos humanos, para esmagadora maioria da doutrina, se tratam daqueles declarados em tratados internacionais com essa finalidade, enquanto que os direitos fundamentais se tratam dos direitos humanos que foram positivados pelo ordenamento jurídico de um determinado Estado. (COMPARATO, 2010, p. 239).

Ou seja, os direitos fundamentais são aqueles que o Estado garante dentro do âmbito doméstico, sem que seja necessário recorrer à ONU para que se tome uma atitude no âmbito internacional. Obviamente, em caso de violações de direitos humanos, a existência de repercussões internacionais é inevitável em um mundo globalizado.

Infelizmente, apesar de os direitos humanos serem considerados os direitos das gentes de existirem com dignidade, é comum observar violações a esses mesmos direitos, não apenas em situações envolvendo outras nações, mas dentro do ambiente doméstico também.

### **2.4.3 Em poucas palavras**

Diante da brevíssima recapitulação histórica da origem e afirmação dos direitos humanos dos quais derivam muitos direitos fundamentais previstos no ordenamento pátrio, faz-se necessário apenas ressaltar alguns pontos.

Ora, ficou demonstrado que a primeira dimensão de direitos se refere às garantias e liberdades individuais, bem como os direitos políticos que garantem a participação do indivíduo em sociedade. Dentre esses direitos, muitos podem ser citados, tais como: o direito ao devido processo legal, obedecendo todas as garantias processuais para uma decisão mais justa por parte do magistrado; o de liberdade de culto e crença para manifestar devoção a uma deidade, ou nenhuma; também de se associar livremente para realizar negócios lícitos e direito a ter sua própria propriedade e dela dispor como quiser, dentro dos limites legais.

A segunda dimensão se trata dos direitos em relação à igualdade entre os cidadãos de uma nação, de modo a exigir uma postura proativa por parte do Estado, assegurando políticas públicas para melhorar as condições de trabalho e direitos de grupos minoritários e hipossuficientes.

A terceira dimensão se trata dos direitos referentes à relação entre os povos, de modo a garantir a paz e a boa fluidez nas relações jurídicas internacionais, estimulando a solidariedade entre os diversos povos que habitam a Terra.

Ressalta-se a importância de um direito em particular, que há de ser abordado extensivamente neste trabalho: o direito à liberdade de expressão. Em especial no meio artístico envolvendo os sentidos de visão e audição, como filmes, séries, desenhos e jogos eletrônicos.

O direito de manifestar seus pensamentos e emoções sem censura prévia, todavia sem, obviamente, desrespeitar demais direitos.

### 3 DA LIBERDADE DE SE EXPRESSAR

Exposto o prólogo do que há de ser trabalhado, cabe agora abordar a presente atualidade. Considerando que a presente sociedade se encontra em estado de frequente progresso tecnológico e com os meios de comunicação se tornando cada vez mais difusos, bem como o acesso à informação estar cada vez mais ao alcance das pessoas, justifica-se refletir como o direito de manifestação e expressão do pensamento incide nesse contexto tecnológico e moderno.

Será analisado o Direito pátrio em seu presente estado. Mais especificamente, o direito fundamental da liberdade de expressão e manifestação do pensamento, cujo qual foi garantido pela Constituição Federal de 1988, promulgada depois de cerca de duas décadas de dura repressão política, atentando não apenas para com esse direito, como também muitos outros em prol de um regime ditatorial e que demonstrava completo desrespeito e desdém pelas garantias constitucionais e direitos humanos historicamente afirmados e consagrados em âmbito internacional.

Primeiramente, cabe fazer uma breve exposição histórica desse consagrado direito dentro da história jurídica do país, buscando fontes pretéritas do direito e o tratamento legal em relação a esse direito nos diversos contextos histórico-sociais pelo qual o país transitou.

Em seguida, torna-se forçoso apontar a definição em sentido amplo do que seria o conceito de liberdade, bem como o conceito de expressão. A partir disso, dissertar o que seria a liberdade de expressão sob a ótica jurídica. Concomitantemente, apontar os vários entendimentos doutrinários modernos acerca de tal conceito, bem como seus desdobramentos dentro do ordenamento jurídico.

Concomitantemente, abordar-se-á as presentes disposições legais acerca da liberdade de expressão no ordenamento jurídico pátrio, apresentando as normas constitucionais no tocante ao rol fundamental de garantias e liberdades individuais presentes no art. 5º da Constituição Federal de 1988, bem como o tratamento legal previsto em tratados internacionais acerca do tema, dentre os quais se destaca o Pacto de San José da Costa Rica, sendo este um documento legal internacional do qual o Brasil é signatário e ratificou-o, tornando-o parte do ordenamento jurídico e portanto uma norma válida em todo território nacional.

Finalmente, serão apresentados entendimentos jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal acerca da liberdade de expressão, tendo em vista o efeito vinculante de alguns de seus entendimentos e que tal tribunal se trata da instituição jurídica responsável por guardar a Constituição Federal, bem como interpretá-la, de modo a seu entendimento ser a palavra final para qualquer lide que possa vir a seu conhecimento, o que não impede tais entendimentos de, por vezes, virem a ser alvos de crítica por parte da doutrina.

### **3.1 Histórico da Liberdade de Expressão no Brasil**

Destarte, é preciso tomar consciência de que o Brasil se trata de um país com mais de 500 anos de história, desde sua descoberta pelos portugueses até os tempos atuais, sendo construída a cada dia. Obviamente, a metade de um milênio aparenta ser um relance quando se fixam os olhos para países e nações com milênios de história, como a Grécia, o Egito, a Índia, o Japão, a China, entre outros.

Por certo o objetivo não é narrar a história da pátria em íntegra, senão apenas descrever a evolução do direito de se expressar ao longo do tempo.

Em primeiro momento, o país era uma das várias colônias portuguesas espalhadas pelo mundo até então conhecido, estando submetida a um pacto colonial pelo qual a metrópole, sendo essa Portugal, explorava os recursos e mão de obra que a colônia poderia oferecer, tal como era feito com outras colônias para com seus respectivos países. As colônias eram consideradas extensões territoriais de alta produtividade dos impérios europeus, estando estes ansiosos para a descoberta de novos territórios e cada vez mais ampliar seus domínios, inclusive com a finalidade de espalhar sua fé pelo mundo, uma vez que em tal época o Estado e a Igreja eram instituições que se confundiam.

Em relação ao direito de liberdade de expressão neste dado momento, há de se ressaltar que o Estado português tinha um rígido controle sobre a sua colônia em todos os aspectos, tal como esperado de qualquer metrópole que desejasse manter seu poderio e influência sobre a mesma.

Assim, não é absurdo imaginar que o Estado tomaria medidas que dificultassem o acesso ao conhecimento e, por consequência, limitasse a possibilidade de o povo se expressar francamente. Não obstante, grande parte da

população era analfabeta e sequer era instigada a refletir e criticar, sendo um privilégio que apenas as classes mais abastadas poderiam ter, uma vez que o acesso a livros e outras fontes de conhecimento, naquela época, eram produtos escassos e extremamente limitados, diferentemente dos tempos atuais, em que a internet se assimila a uma biblioteca de tamanho global. Conhecimento é um elemento de empoderamento de qualquer nação, e essa máxima fora confirmada quando Napoleão, em sua sede por conquista e dominação, fez com que a família real portuguesa se encontrasse forçada a tomar asilo em um de seus vários domínios: o Brasil.

Fora somente com a chegada da nobreza portuguesa ao Brasil que o acesso à informação começou a se tornar um pouco mais amplo, uma vez que, estando dominadas as terras portuguesas, tornava-se necessário desenvolver o local onde habitava a família real para atingir os padrões dignos, desejados e esperados por uma tradicional corte. Com isso, o Brasil teria maior abertura ao direito de expressão, apesar de ainda não se tratar de um direito de pleno e igual gozo ou insubmisso a censura prévia por parte do Estado. (PINTO, 2001, p. 85).

Então, de uma mera colônia a um poderoso império de seu tempo, o Brasil por fim torna-se uma república, consoante o espírito emancipatório que tocou o coração de patriotas em cada uma das nações do Novo Mundo. Todavia, seria incorreto considerar que, por uma nação adotar o regime e valores republicanos, disso decorreria como consequência lógica uma sociedade livre, na qual o diálogo e crítica sejam aceitos abertamente. A república velha demonstrou um controle férreo sobre a imprensa, censurando qualquer crítica e até mesmo espalhando falsas acusações para com seus opositores, taxando-os de monarquistas e inimigos do Estado, de modo a legitimar, perante aos olhos do Estado e da sociedade, atos de perseguição e intolerância para proteger os interesses dos governantes, bem como seus protegidos. (PINTO, 2001, p. 86).

O autoritarismo em relação a esse direito básico torna-se ainda mais evidente com o advento do Estado Novo, quando Getúlio Vargas, uma figura amada e odiada por muitos até os dias de hoje, dominou o país com punhos de ferro, perseguindo opositores de todos os lados do espectro político. Fora neste governo que o DIP, isto é, Departamento de Imprensa e Propaganda, fora constituído. Uma instituição que legitimou e praticou o que hoje trata-se de uma vedação constitucional pétreia: a censura prévia. O Estado brasileiro, neste momento, não descansava até

censurar toda e qualquer alínea em um jornal ou revista que parecesse ter um teor crítico e antigovernamental. Trata-se de um verdadeiro marco anti-humanitário na história do Brasil. (PINTO, 2001, p. 86).

Mas, que seja considerado fato consumado que o governo Vargas era autoritário, o suprassumo da violência jurídica em relação à liberdade de expressão teve sua gênese no ano de 1964, a partir do qual o país estaria submetido por mais de duas décadas a um governo militar que haveria de tomar as rédeas da nação e tornar a Constituição Federal um mero papel, cuja obrigatoriedade por parte do Estado de cumprir as disposições nela contidas, incluindo as garantias fundamentais, tornava-se mera faculdade e liberalidade do governante. A Constituição Federal de 1967, apesar de assegurar o direito, em seu texto, ainda apresentava elementos subjetivos que legitimariam a censura por parte do Estado por motivos ideológicos e políticos.

Abaixo, a redação normativa da pretérita Constituição com redação alterada pela Emenda Constitucional n.1, de 24 de janeiro de 1969:

É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica, bem como a prestação de informação independentemente de censura, salvo quanto a diversões e espetáculos públicos, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos não depende de licença da autoridade. Não serão, porém, toleradas a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de religião, de raça ou de classe, e as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes

Ora, de imediato é possível observar a possibilidade de o Estado brasileiro, nesta época, de censurar, por exemplo, músicos de ideológica contrária ao regime de se apresentarem em público, bem como expor obras artísticas de teor político e crítico. Não é incomum ter notícia de músicos que se exilaram ou foram exilados do país por esse mesmo motivo, como por exemplo Chico Buarque de Holanda, Gilberto Gil e Caetano Veloso, grandes expoentes da música popular brasileira.

Nesse sentido, também não seria tolerada qualquer tipo de difusão de propaganda ideológica instigando a derrubada do regime pela força, como queriam as organizações comunistas e revolucionárias que atuavam em várias regiões do país, buscando instaurar um regime socialista que, de forma irônica, também apresentava perspectiva autoritária e reguladora.

O termo “subversão da ordem” pode ter uma ampla interpretação. Ora, publicações como “O Manifesto do Partido Comunista”, escrito por Karl Marx e Friedrich Engels (2014), “Segundo Tratado sobre o Governo” escrito pelo contratualista inglês John Locke (2003) e “A Desobediência Civil” escrito pelo ativista anti-impostos e abolicionista Henry David Thoreau. As obras apesar de apresentarem divergências ideológicas entre si, são todas subversivas em relação a um determinado *status quo*, cada uma partir de seus respectivos pontos de vista e mesmo que procedendo de raízes ideológicas distintas, bem como finalidades distintas.

Não obstante, estende-se a reflexão para obras com aparência mais subjetiva e artística, como “Revolução dos Bichos”, escrita por George Orwell (1945), na qual animais típicos de fazendas são capazes de falar e estabelecer governos, assim como a obra “Admirável Mundo Novo”, escrito por Aldous Huxley (1932), na qual a trama se passa numa distopia futurista em que a felicidade conformista não mais é uma possibilidade a ser perseguida, mas um imperativo legal. Ambas se tratam de obras de ficção e fantasia que fazem críticas a regimes totalitários e com perspectivas utilitaristas e que também estariam ao alcance da censura ideológica do regime militar brasileiro.

Em relação ao termo “preconceitos de religião, raça ou de classe”, indaga-se a possibilidade de o regime também censurar obras cujas ideologias preguem o fim de instituições religiosas, tal como os escritos do anarquista Mikael Bakunin. Ou então mostrem desdém para com a religião, como pode se deduzir da velha máxima atribuída à Karl Marx: a religião é o ópio do povo.

Ou então a organização de movimentos étnicos, como por exemplo o movimento negro, questionando os preconceitos e privilégios que a sociedade aflige a uns e favorece a outros. Por óbvio, qualquer crítica em relação às desigualdades das classes sociais, bem como a defesa de sua extinção, seria uma boa razão para taxar qualquer um de “comunista”, “vermelho”, “socialista”, entre outros.

Por fim, “publicação e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes”. Indaga-se qual seria a definição de “moral e bons costumes”. Não só isso, mas qual seria o fundamento dessa moral e desses bons costumes. Ora, o que é considerado moral e bom em dada época pode variar com o tempo. A usura, isto é, empréstimo somados a juros altos, por exemplo, era uma prática condenável, o que

não é o caso hoje, uma vez que os serviços bancários são imprescindíveis para a economia e possuem respaldo legal para tal.

É possível também usar como exemplo a questão do vestuário, sobretudo por parte do gênero feminino. De certo é que as vestimentas sempre foram um elemento que os indivíduos das sociedades humanas julgam e impõe valores. Em toda sociedade que faça uso de vestimentas, haverá entendimentos do que significa estar ou não devidamente trajado. Talvez não seja absurda a ponderação de que as atuais vestimentas comumente usadas por algumas mulheres poderiam ser enquadradas como uma violação da “moral e dos bons costumes”, como por exemplo o uso de biquínis e minissaias.

Em poucas palavras, torna-se claro que o regime militar tinha todas as possibilidades de censurar o que quer que fosse de seu interesse censurar, fazendo uso de termos que permitem um alcance hermenêutico praticamente ilimitado em razão da estrutura desses mesmos termos. Assim, o direito, mesmo se tratando de um direito fundamental, estava submetido à vontade do governante. E pior: com respaldo da própria Constituição!

Por fim, após uma era de opressões e perseguições que resultaram na morte e sofrimento de muitos em prol do interesse de poucos, nasce a presente norma constitucional: a Constituição Federal de 1988.

Foi com a promessa de um futuro melhor e para que os fantasmas de um passado atroz não voltassem a assombrar a população é que o legislador constituinte originário formulou o que haveria de ser conhecida como a “Constituição Cidadã”. Não é exagero dizer que a presente norma constitucional se trata do texto normativo mais garantista e protetivo aos direitos humanos e garantias fundamentais que o Brasil já teve em toda a sua história jurídica.

O presente texto normativo constitucional não traz as mesmas limitações contidas em seu antecessor. Pelo contrário, expressamente veda qualquer forma de censura prévia e por motivos ideológicos, políticos ou artísticos, tal como previsto nos art. 5º inciso IX e 220, § 2º da Constituição Federal:

Art. 5º, inciso IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

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

Dessa forma, é possível observar o grande diferencial entre ambos os documentos legais. Enquanto um, em seu próprio dispositivo, permitia limitações que possibilitavam uma margem para o Estado atuar de forma autoritária, a presente Constituição apresenta um texto legal que, em sentido contrário, limita o alcance da intervenção estatal, bem como a interpretação, de modo a proteger o cidadão de abusos e perseguições, tais como as que ocorriam em tempos anteriores, o que confirma o teor extremamente humanitário da atual Constituição.

Encerra-se, portanto, essa breve recapitulação do desenvolvimento jurídico em relação ao direito à liberdade de expressão e manifestação do pensamento em todas as suas formas dentro da história jurídica pátria.

### **3.2 Um Conceito Elementar**

É necessário apresentar a definição mais corriqueira de que se tem a respeito do que seria o conceito da palavra “liberdade”, bem como o entendimento dentro do tema escolhido para esta apreciação acadêmica.

De acordo com o Novo Dicionário Aurélio de Língua portuguesa (2009, p. 857 e 1204), o termo “liberdade” não se trata de um signo linguístico portador de conceito único, mas um conceito polissêmico, isto é, porta mais de um significado. Nesse sentido, cabe apontar alguns desses significados expressos no referido dicionário de língua portuguesa:

- A- Faculdade de cada um se decidir ou agir segunda a própria determinação.
- B- Poder de agir, no seio de uma sociedade organizada, segunda a própria determinação, dentro dos limites impostos por normas definidas.
- C- Faculdade de praticar tudo quanto não é proibido por lei.
- D- Supressão ou ausência de toda opressão considerada anormal, ilegítima, imoral.
- E- Estado ou condição de homem livre.
- F- Independência, autonomia.
- G- Facilidade, desembaraço.
- H- Permissão, licença.

I- Confiança, familiaridade, intimidade (às vezes abusiva).

É necessário ressaltar que alguns desses conceitos se tratam de conceitos corriqueiros e em sentido amplo, não necessariamente tendo relevância ou interesse jurídico para a presente análise.

Todavia, é possível averiguar que os conceitos de liberdade apresentados nos itens *b* e *c* aproximam-se mais do mundo jurídico do que os outros conceitos apresentados e, portanto, serão os conceitos a serem utilizados aqui.

Adicionalmente, se faz necessário expressar o conceito de “expressão”, de modo que seja possível analisar os dois conceitos, “liberdade” e “expressão” em conjunto.

O referido dicionário traz os seguintes conceitos para “expressão”:

- A- Ato de espremer suco de fruta, planta, etc.
- B- Ato de exprimir-se
- C- Enunciação do pensamento por meio de gestos ou palavras escritas ou faladas
- D- Dito, frase
- E- Semblante, gesto
- F- O modo como o gesto, a voz ou a fisionomia revelam ou denotam a intensidade dum sentimento ou dum estado moral
- G- Personificação
- H- Representação, manifestação

Reitera-se que, por se tratar de alguns significados corriqueiros, nem todos os conceitos apresentados pelo referido dicionário são de relevância para a presente análise. Todavia, os significados expostos nos itens *b*, *c*, *g* e *h* tornam-se de interesse para a presente obra.

Nesse sentido, agora resta analisar os dois conceitos expostos em conjunto.

Ora, se “liberdade” trata-se do poder de um indivíduo ou um grupo de indivíduos de exercer condutas dentro do meio social e de modo a atender seus interesses, desde que esses interesses, bem como os meios para efetivá-los, não sejam contrários às normas legais abarcadas pelo ordenamento jurídico vigente e “expressão” trata-se do ato de emitir ou enunciar os pensamentos de tais indivíduos ou grupos de indivíduos através dos mais variados meios possíveis para que a mensagem a ser emitida chegue ao destinatário ao qual o emissor se dirige, logo pode

se chegar à conclusão de que o conceito de “liberdade de expressão”, em poucas palavras, seria o direito garantido pelo Estado e positivado dentro do ordenamento jurídico de um país, das pessoas manifestarem e demonstrarem seu subjetivo para outras pessoas, através dos mais variados meios possíveis para fazê-lo, como escrita, voz, obras artísticas, gestos, códigos, entre outros, com a condição de que a legalidade e o direito alheio sejam respeitados, de modo a evitar abusos e conflitos entre os direitos.

Assim sendo, é razoável considerar que esta seria uma das várias formas de definir o que seria a liberdade de expressão, estritamente mediante os conceitos definidos no dicionário em questão.

### **3.3 Um Conceito de Várias Vozes**

Assim como os conceitos de um dicionário, no mundo jurídico existem tantas acepções quanto existem doutrinadores para tratar sobre determinado tema dotado de grande interesse da academia jurídica. Num raciocínio logicamente coerente, a própria academia jurídica faz uso desse direito de manifestar e expressar seu pensamento para que possa se desenvolver, demonstrando, por consequência, a relevância do tema e interesse da própria academia jurídica em salvaguardar essa garantia constitucional.

A presente obra, de forma alguma, tem a pretensão de abordar toda e cada perspectiva acerca do que se entende por liberdade de expressão, tarefa que aparenta ser impossível de ser realizada. Trabalha-se apenas com o possível e necessário.

Nesse sentido, cabe aqui abordar o pensamento de alguns doutrinadores acerca do assunto. Alguns dos autores são escritores nacionais, enquanto outros são escritores estrangeiros.

Como ponto de partida, abordar-se-á o entendimento de Nestor Sampaio Penteadado Filho (2010, p. 49), cujo entendimento é de que o conceito de liberdade se trata do esforço individual de uma pessoa para realizar a destinação final de satisfação própria, de modo a alcançar felicidade. Nesse sentido, trata-se da capacidade humana de tomar decisões mediante a própria vontade do indivíduo, sem necessidade ou interferência de terceiros para que seja determinada tal vontade. Essa autonomia,

entende o autor, trata-se de um aspecto impossível de dissociar do conceito de dignidade humana, o qual é considerado, para muitos, um valor supremo.

Ademais, entende o referido autor, no tocante à liberdade de manifestação do pensamento, que apesar de se tratar de uma garantia fundamental constitucional do indivíduo manifestar seus pensamentos subjetivos, não se trata de um direito absoluto e sem nenhuma espécie de limitação, uma vez que a própria constituição garante que os danos decorrentes da manifestação de um pensamento garantem à vítima o direito de resposta. (PENTEADO FILHO, 2010, p 53).

Nesse sentido, seria possível considerar que a liberdade de expressão, enquanto capacidade, seria a possibilidade de um indivíduo manifestar seu subjetivo através de meios. Todavia, analisar tão somente dessa forma acaba por se tornar insuficiente, uma vez que a liberdade de expressão não poderia permitir a violação de outros direitos. Também poderia vir a ser considerada uma das fontes de auto realização no meio social, uma vez que é através de expressão e linguagem que um indivíduo pode se mostrar para a sociedade como tal, buscando reconhecimento de sua existência e dignidade, bem como participar de maneira cidadã no processo democrático.

No que tange à liberdade de manifestação artística, científica ou intelectual, entende também que se tratam de direitos decorrentes da liberdade de manifestação de pensamento. Seriam como espécies de um gênero. Também afirma que não há nenhum condicionamento prévio ao conteúdo, assim como inexistente proibição anterior. Todavia, entende o autor que isso se dá em regra, uma vez que tais espécies de manifestação não poderiam ser toleradas se tornarem-se meios de propagar ou executar ilícitos, bem como não tolerar a veiculação de determinados conteúdos a qualquer tempo, por exemplo, exibir conteúdo imoral em horários televisivos quando podem haver crianças e adolescentes como telespectadores. (PENTEADO FILHO, 2010 p. 55)

Segundo Penteado Filho (2010 p. 55/56):

O simples fato de inexistir censura prévia não significa que se possam veicular em jornais, televisão, cinema etc. quaisquer tipos de notícias, a qualquer tempo, pois ao Estado cabe zelar pela moralidade e pelos interesses da família, na medida em que a liberdade de expressão não pode servir de escudo para a prática de crimes e outros ilícitos. Assim, a liberdade de expressão não é um direito *erga omnes* e absoluto o tempo inteiro, porque justamente encontra seus limites nos próprios direitos fundamentais e na

ordem jurídica vigente (exemplo: direito à honra, segurança nacional, segredo de estado etc.)

Fazendo uma breve reflexão, não seria razoável admitir que conteúdos ditos imorais sejam proibidos de serem veiculados em razão de serem imorais. Isso seria uma forma de censura prévia por parte do Estado baseando-se em mero moralismo, o que não é tolerado pelo texto constitucional. Todavia, em se tratando de um ilícito, tal como, por exemplo, veicular um filme pornográfico sem consentimento da pessoa que foi gravada, então haveria de se restringir a exibição, bem como a investigação dessa prática delituosa.

Adicionando o pensamento de Andrew von Hirsch (1998, p. 36/37):

Si el objetivo primordial fuera cambiar las actitudes morales del infractor, el juzgador se informaría acerca de su personalidad y estilo de vida para favorecer estos cambios de actitud. Pero reprochar, en la vida cotidiana y en contextos más formales, no conlleva estas pesquisas. Uno atribuye el daño (*wrongdoing*) a una persona y expresa desaprobación—limitando su investigación a la capacidad de elegir de la persona—. El rol del juzgador no es ni el de tutor ni el de sacerdote” Tradução nossa do espanhol.<sup>3</sup>

Apesar disso, é fortemente razoável a questão do momento e local de exposição a tais conteúdos, mesmo com teor imoral. Ora, seria um escândalo, por exemplo, apresentar conteúdo pornográfico em um típico jornal no horário do almoço, sobretudo quando existe a possibilidade de crianças estarem presentes durante a emissão. Não se trataria de um conteúdo propício ao horário, nem ao local, que, em tese, seria para a apresentação de fatos importantes ocorridos no dia ou em tempos recentes. Ressalta-se, de certo, que moralismo não é uma razão plausível para restringir esse direito fundamental, ao menos não por parte do Estado. No caso de emissoras privadas, elas teriam o direito de decidir acerca do conteúdo a ser apresentado pela emissora, bem como o horário, uma vez que, por ser privada, ninguém é obrigado a assistir a tal emissora. Se ela entender pela imoralidade de um conteúdo, teria toda a legitimidade para não o veicular. Todavia, moral ou imoral, o Estado não encontra fundamento para censurar o conteúdo, salvo para preservar

---

<sup>3</sup> Se o objetivo primordial [da censura] fosse mudar as atitudes morais do infrator, o julgador se informaria acerca de sua personalidade e estilo de vida para favorecer a mudança dessa atitude. Contudo para repreender, na vida cotidiana e em contextos mais formais, não implica nessas pesquisas. Um atribui o dano (*wrongdoing*) a uma pessoa e expressa desaprobção – limitando sua investigação a capacidade de escolher de uma pessoa --. O papel de um julgador não é nem de um tutor, nem de um sacerdote.

outros direitos constitucionais igualmente garantidos pela Carta. Nisso se justifica a classificação etária e remoção de conteúdos em caso de violações a outros direitos constitucionais.

Entende Célia Rosenthal Zisman (2003, p. 21 e 22), acerca da definição de liberdade, que realmente se trata de um conceito de difícil definição e sujeito a diversos erros em razão da própria multiplicidade de conceitos da palavra.

Apesar disso, entende no sentido de que a liberdade significa a “faculdade ou o poder outorgado à pessoa para que possa agir segunda sua própria vontade e determinação, desde que respeitadas as normas legais que são instituídas no intuito de limitar a liberdade de cada indivíduo para proporcional a dos demais” (ZISMAN, 2003, p. 26;50).

O que diferenciaria o ser humano dos demais animais encontrados na natureza é a possibilidade de o ser humano raciocinar a respeito de suas decisões, coisa que a esmagadora maioria dos animais não tem capacidade, respondendo apenas ao instinto e funções físicas e biológicas. O ser humano, por outro lado, pode formar juízos arbitrários a respeito de seus próprios atos, seja individualmente falando ou em sociedade. Assim, o ser humano pode escolher agir de uma determinada forma, mesmo que contrária aos seus instintos. (ZISMAN, 2003, p. 28).

Assim, seria interessante refletir a respeito da possibilidade de o ser humano de conscientemente e voluntariamente realizar condutas que ele próprio considere lesivas, seja a si ou a outrem, mesmo que se leve em conta fatores emocionais e instintivos para que não seja feita tal ação, como, por exemplo, greves de fome ou brincadeiras que possam resultar em lesões. Ou seja, não apenas o ser humano tem a capacidade de decidir por si próprio o que fazer de modo racional e inteligente, mas pode, com a mesma capacidade de formar juízos de valor, cometer atos que, à primeira vista, pareçam absolutamente irracionais e ilógicos, que tragam até mesmo infelicidade, mesmo que apenas imediata, ao indivíduo.

Nesse sentido, o entendimento de Célia Rosenthal Zisman acerca do que seria “liberdade”, aparenta conflitar com o entendimento de Nestor Sampaio Penteadado Filho, no sentido de que a liberdade humana não necessariamente tem como destinação final a felicidade do indivíduo, tanto que esse mesmo indivíduo pode se valer de sua liberdade para infligir sofrimento a si mesmo.

Quanto à relação entre liberdade de expressão e liberdade de pensamento, entende a Zisman (2003, p. 30) que:

A liberdade de expressão é pressuposto para a liberdade de pensamento, visto que o direito de pensar livremente não faria qualquer sentido, e nem poderia ser usufruído plenamente, sem que fosse assegurado ao indivíduo o direito de compartilhar com os demais membros da sociedade as suas convicções

Ora, considera-se muito bem colocada tal observação, uma vez que isso poderia ser considerado análogo à relação entre o direito material e o direito processual. Apesar de independentes e diferentes entre si, sem o direito processual, torna-se praticamente inócuo o direito material, uma vez que não haveria meios para efetivá-lo e garanti-lo em juízo. A liberdade de expressão é a possibilidade de exteriorizar o que se passa no consciente subjetivo do indivíduo e, através da linguagem, transmitir tal informação para outras pessoas. É a liberdade de expressar o que livremente fora pensado previamente.

Na perspectiva do doutrinador estrangeiro José Ramón Polo Sabau (2002, p.20), a liberdade de expressão é uma das facetas nucleares da liberdade individual. Ela é um pressuposto histórico e lógico para a prática de outros direitos, tal como a liberdade de crença e produção intelectual. Seria um direito que tem por efeito a materialização concreta de outros direitos fundamentais, ou seja, como se fosse um veículo para sua realização, apesar de ainda ser um direito por si só.

Seria interessante fazer uma breve reflexão acerca do exposto: a título de raciocínio meramente teórico, a liberdade de pensamento antecederia a liberdade de expressão, uma vez que o indivíduo precisaria pensar em falar para então falar. Todavia, para efeitos práticos e concretos, é conveniente dizer que a liberdade de expressão antecede a liberdade de pensamento, uma vez que, como dito anteriormente no entendimento doutrinário abordado, tornar-se-ia inócuo o direito de pensar. É curioso pensar que sobre um mesmo fenômeno podem haver duas interpretações diferentes e que aparentemente são contraditórias, mas ambas contendo perspectivas juridicamente sustentáveis dentro de seus respectivos pontos de vista.

De maneira similar, pensa Oduvaldo Donnini (2002, p.39) em relação ao direito de livremente se expressar e o direito de livremente informar:

A liberdade de expressão e informação decorre da liberdade de manifestação do pensamento, na medida em que esta última teria pouca importância se não existisse a possibilidade de se expressar. Embora pareçam ter o mesmo

significado, a liberdade de expressão e de informação não significa a mesma coisa. O art. 5º, inciso IX da Constituição Federal dispõe: "É livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura e licença". Há, portanto, a liberdade de expressão da atividade intelectual, da atividade artística, da atividade científica e da atividade de comunicação, sendo que todas essas atividades se referem ao direito de crítica

Também ensina Vidal Serrano Nunes Junior (1997, p. 81) que todas essas atividades intelectuais refletem uma forma de manifestação do pensamento com uma natureza crítica, ou seja, com a capacidade de desafiar e questionar o estabelecido, apontando qualidades, quando a crítica é positiva, ou então defeitos, quando a crítica é negativa, podendo inclusive conter na crítica, concomitantemente, pontos positivos e negativos. Nesse sentido, a proteção constitucional da liberdade de se expressar não serve tão somente para proteger a capacidade de produzir arte, ou fazer ciência, ou então escrever jornais, mas, além disso, a possibilidade de se fazer tudo isso com o intuito de inovar e fazer contrapontos aos paradigmas socialmente impostos.

Seria válido considerar que é justamente porque as pessoas desafiam o *status quo* é que pode haver mudanças no meio social, mesmo que seja apenas para o *status quo* se reformular, reorganizar e perseverar, apesar de, para isso, ter de ceder parte de sua atual realidade.

A título de exemplo de doutrina estrangeira, é conveniente também abordar a perspectiva de Antonio-Enrique Pérez Luño (1984, p.176/177), doutrinador espanhol, no que diz respeito ao direito de liberdade de expressão enquanto um direito fundamental para uma sociedade democrática e em defesa da Constituição. Defende o autor que o direito à liberdade de expressão se trata de um desdobramento dos direitos de personalidade, dentre os quais, por exemplo, o direito de reunião e manifestação. Os direitos de personalidade previstos na Constituição espanhola teriam por finalidade a proteção da ordem democrática e constitucional. Todavia, também coloca um sério questionamento em relação a esses direitos dentro de uma era na qual tecnologia e informação se desenvolvem a cada segundo. O autor alerta os riscos de restrição de direitos por parte do Estado através desses mesmos meios que permitem o acesso à informação e expressão de pensamento em um meio cada vez mais difundido no seio social.

O presente não estaria como está se não fossem por pessoas questionadoras e com a coragem de se manifestar e expressar seus entendimentos.

Aqueles que se blindam de críticas, no mínimo, possuem alguma dúvida acerca da coerência de seus próprios discursos, ou então sabem, de má-fé, sobre suas falhas e ainda assim desejam persistir no erro. Lamentavelmente, essa persistência implacável, por vezes, leva tais pessoas a cometerem os mais detestáveis atos, como perseguição, tortura e assassinato. Tudo em prol de tentar sustentar o insustentável e pelo medo de afirmar seus próprios erros perante a sociedade, mas principalmente para si mesmos.

A interrupção ou a quebra do direito de liberdade de expressão seria o que se denomina “censura”. No entendimento de Celso Ribeiro Bastos (1994. p. 101), a história possui incontáveis exemplos de pessoas que foram perseguidas e mortas por terem desafiado a ideologia predominante de suas épocas, sendo estas sustentadas pelo aparato estatal, uma vez que anteriormente não se encontravam regimes que adotavam a presente perspectiva de direitos humanos e garantias fundamentais, bem como respeito às instituições democráticas e o Estado Social Democrático de Direito tal como existe atualmente. Ou seja, foi em razão da adoção de determinadas ideologias, seja de cunho moral, religioso, político, científico ou artístico pelos regimes predominantes da época que a censura veio a ser considerada, nos dias de hoje, uma prática abominável, ao menos dentro da perspectiva de um regime minimamente democrático.

Todavia, cabe ressaltar que o fato do presente ordenamento jurídico vedar censura prévia e licença, práticas que já levaram a muitas violações de direitos humanos ao longo da história, não exclui a possibilidade daquele que vir, em razão da manifestação de seu pensamento, a causar danos a direitos alheios de responder pela prática de ilícitos e eventuais danos deles decorrentes. (ZISMAN, 2003, p. 31).

Nesse sentido, a título de exemplo, seria inadmissível um vídeo conclamando para que seus leitores venham a praticar atos de violência contra um grupo específico de pessoas em razão de características próprias a esse grupo, como condição financeira, etnia, credo, etc. Tal prática pressuporia a manifestação de um pensamento, contudo não de forma lícita, uma vez que tal manifestação explicitamente instiga os observadores a cometerem crimes. Já não mais se trata de mera manifestação de uma opinião, mas uma ação que busca violar direitos e que pode trazer riscos concretos.

Contudo, fazendo uma reflexão mais aprofundada sobre esse mesmo exemplo, indaga-se acerca de uma situação onde o emissor se vale de elementos

subjetivos para propagar seu discurso. Por exemplo, ao invés de se referir a pessoas, valer-se de personagens fantasiosos que tenham elementos que façam lembrar das pessoas que viriam a ser os alvos do ato de agressão. Ou até mesmo fazendo uso de criaturas fictícias ou animais para se referir a tais pessoas. Ainda assim subsistiria o ilícito, sendo que não há nenhuma manifestação explícita de instigação? Poderia ser negado tal direito numa situação onde subsiste dúvida razoável decorrente da interpretação subjetiva de cada observador?

Um exemplo de tal situação seria uma história na qual animais personificados perseguem outra espécie de animais sob a alegação de que esses animais “perturbam o reino animal” e, portanto, devem ser extirpados da existência para que o bem comum de todos os animais possa sobreviver. Um conto que aparentemente seria uma fábula moralista e moralmente binária destinada para crianças poderia estar ocultando uma ideologia muito similar àquela propagada pelo Partido Nacional Socialista dos Trabalhadores Alemães, ou o Partido Nazista, o qual pregava ódio incomensurável pelos judeus e outros grupos minoritários.

Todavia, essa mesma interpretação poderia incorrer em outro problema: a dúvida acerca da existência da apologia ou não de uma determinada postura.

Para exemplificar, a história por trás da série *Star Wars*, ou “Guerra nas Estrelas”, mais especificamente nos filmes “Uma nova esperança”, “O império contra-ataca” e “O retorno do Jedi”, retrata um regime imperial totalitário, aos moldes do que foram o Império Romano, o Terceiro *Reich* durante a Alemanha nazista e a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, ao ponto de que muitos elementos visuais, tal como vestuário e arquitetura, fazem lembrar de tais regimes. Poderia ser alegado que o autor estaria fazendo apologia às ideologias dos respectivos regimes por retratar de maneira similar, todavia fantasiosa?

Seria razoável o entendimento de que simplesmente retratar algo significa apologia ao que está sendo retratado?

Retratar cenas de, por exemplo, violência, estupro e genocídio, significaria que os produtores de tal representação artística compactuam com a prática dessas condutas, instigando aos telespectadores a praticarem tais atos?

Entende-se que não seria razoável tal perspectiva. Se tal entendimento fosse adotado, também incorreria no risco de colaborar com a desinformação e ignorância acerca da ocorrência desses fatos, impedindo o público de pensar de forma crítica e fazer juízos e críticas.

Todavia, parece ser razoável entender que, no caso de ser explícita a mensagem de ódio, não restaria dúvidas quanto à existência de um ilícito por meio do abuso da liberdade de se expressar.

Considerando uma situação na qual o autor, apesar de não advogar pela prática do ilícito, retrata personagens que voluntariamente e conscientemente cometem ilícitos, como por exemplo na franquia de jogos eletrônicos *Grand Theft Auto*, do inglês, “Grande Tráfico de Automóveis”, no qual o personagem controlado pelo jogador pode ou até mesmo deve cometer os mais diversos crimes, como roubo, homicídio, tráfico de drogas, tortura, fraude, entre outros, para que o jogo possa prosseguir com a sua história, recompensando o jogador ao final de cada uma das missões com dinheiro e reputação.

A produtora do jogo, *Rock Star*, não advoga a prática de tais crimes, apesar de retratá-los em um jogo cujo objetivo é praticá-los virtualmente. Seria legítimo o exercício dessa forma de expressão artística?

Salvo melhor juízo, não há ilícitos aqui, sendo totalmente legítimo um jogo no qual o personagem controlado é um criminoso perigoso, uma vez que o jogador não está cometendo ilícitos por controlar um personagem virtual e fictício, que por sua vez comete ilícitos dentro de um mundo virtual e fictício. Não há bens jurídicos sendo lesados em tal situação, não havendo violações de direitos passíveis de persecução penal, portanto. Também, a produtora do jogo eletrônico não está instigando os jogadores a cometerem esses crimes no mundo real. Em verdade, para os jogadores que acompanham a série com olhar mais atento, o jogo se trata de uma paródia crítica acerca da sociedade americana e sua criminalidade nos mais diversos segmentos da sociedade.

Ademais, entende Zisman (2003, p. 32/33) que o pensamento humano não estaria sujeito à coerção por parte do Estado, uma vez que seria impossível *fazer* alguém pensar de determinada maneira. Até onde se sabe, não há meios de manipular a mente de alguém diretamente para pensar de acordo com um dado entendimento. Até mesmo o mais juridicamente restrito dos seres humanos possui uma capacidade franca de pensamento. O que o Estado pode, apesar de não se admitir em um Estado Social Democrático de Direito, é impedir sua manifestação, bem como dificultar ou até mesmo impossibilitar o acesso à informação, de maneira similar ao que Estados totalitários tradicionalmente tendem a fazer. Em outras palavras, não seria possível fazer calar uma mente, mas sim um indivíduo com uma mente incensurável.

Nesse sentido, expressa a autora (2003, p. 34/35) que:

A liberdade de opinião ou de pensamento é primária, visto que dela decorrem a liberdade de imprensa, a liberdade de culto, entre outras. A liberdade de opinião envolve dois valores, o *valor da indiferença*, segundo o qual todos devem respeitar a opinião, e nenhum tratamento diferenciado pode ocorrer por conta da opinião sustentada; e o *valor exigência*, quando o indivíduo pode exigir que o Estado leve em consideração a sua opinião, ou crença, para efeito de eximi-lo de uma obrigação (Celso Ribeiro Bastos, *Curso...*, cit., pp. 188-189). Trata-se, portanto, como visto, de direito inerente à personalidade, sem o qual fica a pessoa privada da própria liberdade de pensamento. Sem o direito de se expressar livremente, o indivíduo não pode contestar as regras a ele impostas, não pode se opor às normas sociais, muitas vezes abusivas, restando dessa forma oprimido.

Zisman (2003, p. 37; 42/43) também sustenta que a liberdade de expressão se trata de um direito fundamental de primeira geração, sendo que este foi positivado pela Constituição Federal de 1988 no rol do art. 5º, sendo, portanto, um direito fundamental. Também se trata de um direito humano em âmbito internacional, haja vista a diferença semântica entre direitos humanos e direitos fundamentais. Nesse sentido, a garantia de liberdade permite que o ser humano possa ter uma atitude autônoma e independente, desde que observados os parâmetros legais. Nisso também se inclui a liberdade de expressão, garantindo não somente o direito ao pensamento, mas a manifestação dele.

A liberdade de expressão, portanto, não seria apenas um direito que possibilita a um indivíduo manifestar alguma opinião corriqueira, ou uma crítica a uma pessoa ou uma obra. Seria também um escudo contra abusos e interferência indevida por parte do Estado, elemento característico da primeira dimensão de direitos humanos, a qual trata de liberdades e garantias individuais, bem como direitos políticos. Ora, por certo seria impensável o exercício e funcionamento de uma democracia se os indivíduos que dela fazem parte não estivessem acobertados pelo direito de se expressarem dentro de um cenário político, para que sejam discutidas as mais diversas ideologias, de forma a influenciar as decisões que o governo há de tomar.

Acerca da possibilidade de conflitos entre normas constitucionais, como, por exemplo, o direito de liberdade de expressão e manifestação do pensamento e o direito à honra e intimidade, ensina a autora que nenhum direito seria absoluto, uma vez que se houvesse um direito absoluto, ele existiria em detrimento de outros direitos. Em uma ditadura, há liberdade dos governantes em detrimento da liberdade de todo

povo, mas em uma democracia, as liberdades e restrições são equacionadas de modo a permitir que haja uma aplicação mais proporcional das normas, de modo que haja equilíbrio entre os direitos. Em caso da ocorrência desses eventuais conflitos, a autora sustenta que há de haver a ponderação e concordância prática, já que não há de se falar em exclusão de princípios constitucionais. A liberdade de expressão tem igual valor ao direito de honra e intimidade, não sendo um superior ao outro, assim como demais direitos. Assim, os direitos coexistem, apesar de, no caso concreto, poderem conflitar, cabendo ao juiz ponderar qual princípio há de prevalecer em sua decisão. Também reitera que, apesar de ser um direito consagrado pela constituição, no caso de difamação, calúnia, injúria, perturbação de silêncio, ameaça à paz pública e entre outros atos ilícitos, não obstante criminosos, constituíram um abuso do mesmo direito, podendo o agente responder pelos danos decorrentes desse abuso. Um direito, pelo bem de outros direitos, não poderia ser absoluto de modo a justificar violação de todos os outros direitos. (ZISMAN, 2003, p. 53/54).

Haveria de considerar bem colocada a posição da autora, uma vez que o absolutismo de um direito implicaria numa hierarquia normativa entre outros direitos protetivos de outros bens jurídicos indispensáveis para o bom convívio social, bem como ao pleno desenvolvimento do ser humano enquanto um indivíduo e enquanto um membro da sociedade. O direito à liberdade de expressão não haveria de ser considerado uma carta coringa para um fazer o que bem entende, buscando legitimar perante a sociedade condutas antissociais. Não há hierarquia, por exemplo, entre o direito à vida e o direito à liberdade de expressão, uma vez que um não é “mais importante” que o outro, por assim dizer. Ambos possuem sua relevância e justificativas para serem considerados garantias fundamentais pela constituição e direitos humanos nos tratados de direito internacional.

Sob uma outra ótica, pensa Leonardo Martins (2012, p. 214/215) que a liberdade de expressão pode vir a ser analisada sob o prisma de duas teorias: a teoria liberal e a teoria funcional-democrática. De acordo com o referido autor, tendo em vista a teoria liberal, o Estado não teria a legitimidade de censurar qualquer conteúdo que seja, tendo em vista tão somente juízos de valores, como moralidade, beleza, etc. Mesmo inveracidades culposas, ou seja, erros e enganos, bem como expressões de caráter metafórico, estão abarcadas na proteção constitucional ao direito de liberdade de expressão. Posicionamentos político-ideológicos também estão dentro de tal seara. Em sentido contrário, as inveracidades dolosas, ou seja, em que o sujeito tem

consciência de sua inveracidade e ainda assim transmite a mentira, não estariam sujeitas a tal proteção. Não cabe ao Estado fazer juízos de valor, sendo faculdade tão somente dos indivíduos, que irão considerar as informações como mais ou menos importantes, ou então como sendo inteligentes ou ignorantes e assim por diante.

Nesse sentido, poder-se-ia deduzir que até mesmo ideologias odiosas, como por exemplo a ideologia nazista ou então outras ideologias de supremacia racial ou de tendência totalitária e segregacionistas, estariam acobertadas por esse mesmo manto, uma vez que, por mais moralmente reprováveis que sejam tais ideologias, não caberia ao Estado fazer esse juízo de valor, restando apenas aos indivíduos repudiarem, ou até mesmo adotarem esse posicionamento. Vale ressaltar que isso se trata de mera manifestação de pensamento. Por certo que atos criminosos, como lesão corporal, homicídio ou incitação para prática de crimes por essas mesmas razões de forma alguma seriam em direito admitidas.

Por outro lado, se analisada sob a ótica da teoria funcional-democrática, o Estado teria a legítima pretensão jurídica subjetiva por parte do legislador. Ou seja, o direito à liberdade de expressão estaria vinculado a uma funcionalização para o processo democrático. O autor enxerga essa segunda corrente como sendo nociva ao próprio direito de liberdade de expressão, uma vez que tal funcionalização, por mais que bem-intencionada, implicara, *a priori*, que alguns conteúdos não hão de ser admitidos por supostamente serem conflitantes ou até mesmo contrários a posicionamentos democráticos. Exemplos disso seriam os *hate speech*, ou discursos de ódio, posicionamentos políticos contrários ao Estado Democrático de Direito, como por exemplo as ideologias totalitárias, a negação de extermínios em massa, como o Holocausto. O autor aponta que tal teoria se encontra presente no ordenamento jurídico alemão, no qual a democracia não poderia admitir a semente de sua própria destruição. (MARTINS, 2012, p. 216).

Contudo, afirma Leonardo Martins (2012, p. 216):

Não se pode depreender do art. 5º, IV, da CF esse tipo de exclusão *a priori* da proteção de expressões supostamente nocivas à própria democracia. A fórmula adotada pelo constituinte da “vedação do anonimato” revela que a intenção do constituinte foi excluir *a priori* somente expressões anônimas, justamente para que todas as demais pudessem ser cerceadas tão somente *a posteriori*, ou seja, após a interpretação e aplicação dos limites constitucionais e da justificação da intervenção estatal, com base no critério da proporcionalidade. A vedação absoluta de “toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística” prevista no art. 220, §2º, da CF que se aplica como limite formal do limite às liberdades de expressão e de

comunicação social, *i. e.*, restritivamente à censura prévia, reforça a tese da não exclusão a priori de nenhuma expressão. A vedação formal absoluta de “toda e qualquer censura prévia” é incompatível com a assunção da tese da democracia militante fundamentadora da não proteção de certas expressões supostamente nocivas à democracia

Seria necessário fazer algumas ponderações a respeito do que fora apresentado pelo autor. De certo é que discordâncias ideológicas, de qualquer cunho que sejam (morais, políticas, ideológicas, artísticas, etc.), não são uma motivação legítima para que um direito individual tão essencial seja cerceado.

Obviamente o próprio autor (MARTINS, 2012, p. 218/219) reconhece que a liberdade de expressão, consoante o entendimento preponderante na doutrina nacional, não se trata de um direito absoluto, uma vez que quando um sujeito, valendo-se do legítimo exercício de um direito consagrado constitucionalmente, abusa-o e acaba por violar direitos alheios, o Estado teria legitimidade para cercear o direito do violador, a fim de proteger outros direitos. Todavia, essa limitação, como disse o autor, é *a posteriori*, ou seja, após análise dos fatos e ponderação por parte do Poder Judiciário no caso de conflitos. Uma limitação desse direito *a priori* tendo por justificativa o processo democrático seria inconcebível, justamente porque, em nome da democracia, esta seria destruída em nome de um consenso absoluto.

Se a liberdade de expressão fosse, de fato, um direito absoluto, qualquer criminoso vir-se-á considerar um artista e suas ações como sendo uma arte incompreendida pela sociedade, transformando-a assim numa verdadeira tragédia.

Curiosamente, esse tema é abordado de forma magnífica em dois filmes de destaque: *Star Wars* Episódio III – A Vingança dos Sith e *Danton – O Processo da Revolução*, de Andrej Wazda. Ambos filmes abordam situações nas quais, em justificativa de um funcionalismo democrático, a democracia, bem como direitos nela garantidos, sofrem limitações que acabam colaborando com a ascensão de regimes autoritários, sendo presididos por líderes igualmente autoritários. Tudo isso com a premissa de corrigir os problemas de um regime democrático de maneira antidemocrática, com o suposto desejo de preservar o regime democrático.

A própria Constituição estipula limites à essa liberdade, como, por exemplo, o direito à resposta prevista no art. 5º, inciso V da Carta, justamente para que possa haver um contraditório, um contraponto ao que fora expressado, de modo a dar paridade de armas para os emissores. Ou então o direito a ser indenizado por

danos à honra e imagem de vítimas dessa expressão que acabou por infligir danos, tal como prevê o inciso X do referido artigo constitucional.

Em relação à vedação constitucional pela prática de racismo e qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais, o autor (MARTINS, 2012, p. 222) faz a seguinte ponderação:

Nesse ponto, há pelo menos duas teses: a primeira delas defende a impossibilidade da subsunção de uma conduta a um crime que seria impossível, uma vez que não há que se falar em raças humanas como subdivisões da espécie humana. Essa tese não tem como prosperar: a realização de uma interpretação sistemática do dispositivo, aliadas às interpretações genética e teleológica, demonstra que o constituinte não se pautou e conceitos biológicos ou antropológicos de raça, mas buscou coibir condutas aptas a causar gravames a grupos étnicos, regionais ou até religiosos facilmente identificáveis. Destarte, o constituinte tinha em vista a proteção da população brasileira de origem africana contra discriminações que impedissem sua inclusão ou ascensão social e o desenvolvimento de suas respectivas personalidades. Nada obstante, com base na motivação genética bastante específica do constituinte, aliada às interpretações sistemáticas, com o disposto no art. 3º, IV, da CF, o qual prescreve que entre os objetivos da República Federativa do Brasil está a promoção do “bem de todos” e teleológica, estende-se a quaisquer grupos populacionais facilmente identificáveis por sua pertinência étnica a tutela contra discriminação. iii) Em face do exposto, resta claro que a tutela alcança a proteção de um grupo populacional identificado como judeu, independentemente de esse grupo constituir ou não uma raça. Assim, qualquer prática de discriminação ou preconceito contra pessoas identificáveis como judeus deve ser, segundo o art. 5º, XLII, da CF, cominada com a pena prevista concretamente pelo disposto art. 20 da Lei 7.716/89 e com o efeito a imprescritibilidade

Sob outro prisma, ensina Alexandre Sankiewicz (2011, p. 24/25) que adotar uma perspectiva acerca da liberdade de expressão fundamentada tão somente na autonomia do indivíduo seria analisar esse mesmo direito de forma incompleta e também apresentaria problemas. Nesse sentido, a exclusão de qualquer discurso no qual as pessoas expressem suas ideias e valores pessoais seria inadmissível, contudo a regulamentação do Estado em relação a, por exemplo, publicidades e comerciais, seria admissível, uma vez que a finalidade de tal expressão não é expressão de ideias e valores, mas a venda de bens e serviços. Também, tal teoria não iria conseguir explicar a razão pela qual aqueles que produzem um determinado discurso possuem prioridade sobre seus receptores, uma vez que o acesso aos meios de comunicação não é igual à todas as camadas da população. Nesse sentido, grupos hegemônicos terão uma possibilidade de exercer o direito de se expressar de modo a abafar os grupos minoritários, impedindo a possibilidade de seus discursos influenciarem a sociedade.

Talvez não seja de todo absurdo considerar que o Estado teria o direito de restringir a liberdade de expressão no caso de comerciais quando o mesmo faz declarações preconceituosas ou até mesmo incita comportamentos criminosos. Todavia, aqui haveria uma extrapolação do direito à expressão, resultando em conflitos com outros direitos igualmente protegidos pelo ordenamento. Contudo, é certo que o direito de expressão deve ser estendido a todas as pessoas, sobretudo as mais carentes, uma vez que essas raramente encontram espaço na mídia para expressarem suas aflições sociais. Não obstante, se quiçá possuem a oportunidade e se manifestarem na mídia, dentro do cenário político, encontram-se ainda mais mal representadas. Nisso, a importância do direito à resposta torna-se evidente, uma vez que seria um cenário fácil de se imaginar quando dois titãs conseguem discutir, um respondendo à declaração do outro, mas os pequeninos, isto é, os grupos minoritários e hipossuficientes em sociedade, apesar de não estarem, formalmente, com seu direito limitado, certamente encontram-se desamparados juridicamente e sem ter o conhecimento de seus direitos enquanto cidadãos.

Também pondera o autor que o discurso recebe maior cuidado por parte do Estado do que outras formas de manifestação dos valores e identidade do indivíduo, como, por exemplo, vestuário, luxos e até mesmo prática de atos criminosos e a teoria liberal não seria capaz de explicar o porquê dessa diferenciação, pois tanto o discurso quanto outras formas de manifestação da identidade pessoal possuem o mesmo fundamento. (SANKIEVICZ, 2011, p. 25)

A argumentação de que o direito à liberdade de expressão parte do pressuposto necessário da busca pela verdade também seria problemática, pois defende o autor que tal fundamentação parte do pressuposto de que existe uma verdade objetiva e que precede o ser humano, uma perspectiva a seu ver ultrapassada, sendo que até mesmo as ciências exatas, atualmente, não sustentam mais tal visão. O conhecimento humano se daria por base da interpretação, da subjetividade e consenso entre os sujeitos. (SANKIEVICZ, 2011, p. 29)

Ora, assim como uma situação na qual um indivíduo, dentro de um avião ou uma sala de cinema, comete falso alarme, gritando “bomba” ou então “fogo”, não recebe amparo legal por ser uma expressão que cause perigo real e iminente, uma vez que pode provocar, de forma fática, danos até mesmo graves.

Defende o autor (SANKIEVICZ, 2011, p. 30/31) que os discursos de ódio e discriminatórios também não encontram escopo na proteção do Estado em relação a esse direito. Nesse sentido, o autor aponta que:

A proibição de discursos racistas com base em uma teoria que considere as falhas de mercado, por exemplo, é fundada no fato de que o alto custo psicológico desse tipo de expressão não é aleatoriamente distribuído por toda a sociedade, mas recai totalmente sobre grupos minoritários específicos. Diante de uma fala que mais se parece com um ataque do que com um discurso, os grupos atingidos teriam duas reações: contra-atacar ou retirarem-se humilhados. A consequência, longe de fortalecer por meio do erro as proposições verdadeiras, seria a redução da livre circulação de ideias. Discursos discriminatórios poderiam assim produzir falhas de mercado e mereceriam regulação, porque, inicialmente, a desvalorização e a opressão dos grupos minoritários implicariam a drástica redução de suas formas de expressão, diminuindo o número total das informações produzidas. Segundo, porque discursos que desrespeitam a igualdade do outro e desvalorizam previamente seus argumentos em razão da religião, gênero ou condição individual não contribuem para aumentar o nosso entendimento sobre o mundo, método que exige a possibilidade de confronto entre os méritos, e não entre as origens, das diversas formas de pensamento e opinião

Seria interessante ponderar acerca de tal perspectiva, uma vez que os discursos discriminatórios e de ódio aparentam se tratar das violações aos limites constitucionais da liberdade de expressão, uma vez que a natureza de tais discursos não tem por finalidade a busca por verdades, ampliação do conhecimento humano acerca das várias perspectivas ou a criação de propósitos construtivos e que possam melhorar o convívio do ser humano para com os outros em sociedade.

Tais discursos não trazem nenhum desses benefícios, sendo apenas expressões fundadas em irracionalidade, ódio e medo, ao ponto de serem tão nocivas ao convívio em sociedade que não seria tão absurdo considerar que tais discursos tenham de ser regulamentados ou até mesmo criminalizados.

Seria uma situação na qual o emissor, valendo-se do seu direito de se expressar livremente, faz dessa garantia um veículo para que outros direitos sejam violados ou venham a ser violados futuramente, seja por meio da ação estatal, como por exemplo o regime do Apartheid, ou então pela própria sociedade civil através de grupos de ódio, como por exemplo a KKK, também conhecida como *Ku Klux Klan*, um grupo que defende a supremacia racial branca, bem como outras perspectivas xenofóbicas e discriminatórias no sentido de privar de direitos os grupos que desdenham, como negros e judeus.

Todavia, apesar da melhor das intenções, até mesmo morais, questiona-se, com o mais devido respeito, a compatibilidade desse entendimento com as presentes garantias constitucionais em relação à liberdade de expressão sem nenhum tipo de censura prévia por motivos ideológicos. Por mais odiosas e repudiáveis que sejam tais ideologias, ainda se tratam de ideologias. E para a atual norma constitucional vigente no país, não há de se censurar um discurso por razões ideológicas, sejam elas imorais, odiosas e perversas.

Abordando por um instante, a título de direito comparado, o pensamento do doutrinador americano Owen M. Fiss (2005, p.42/43) em relação ao conflito entre liberdade e igualdade, relacionando à liberdade de expressão e manifestação do pensamento:

Aqueles que favorecem a liberdade freqüentemente se referem ao papel que a liberdade de expressão desempenhou assegurando igualdade nos anos 1960, sugerindo que o debate aberto e livre é uma pré-condição para alcançar uma igualdade verdadeira e substantiva. Mas certamente o contrário pode também ser verdade: que uma política verdadeiramente democrática não será alcançada até que condições de igualdade tenham sido inteiramente satisfeitas. Ao dizer isso, minha intenção não é favorecer a igualdade em detrimento da liberdade, preferir a Décima Quarta Emenda à Primeira Emenda, mas apenas reconhecer a dificuldade, talvez a impossibilidade de descobrir um método de escolher entre esses dois valores. A regulação do discurso de incitação ao ódio, pornografia e gastos com a política força o sistema jurídico a escolher entre compromissos transcendentais – liberdade e igualdade -, e a Constituição não oferece qualquer guia sobre como tal escolha deveria ser feita. Portanto, eu não posso concordar com aqueles partidários, incluindo Catherine MacKinnon, que defendem tais regulações afirmando simplesmente a prioridade da igualdade. Eles parecem estar refletindo o mesmo erro dos libertarianistas que afirmam a prioridade do discurso

Aparentemente, pelo que mostra a experiência, tanto dentro do território pátrio como em terras estrangeiras, o conflito entre liberdade individual e interesses coletivos aparenta não ter uma solução definitiva, sempre surgindo diversas perspectivas de onde terminaria a liberdade do indivíduo e começariam os direitos da sociedade. Do contrário, até onde a sociedade poderia interferir nos direitos de um indivíduo? Talvez, como Owen Fiss defende, seja impossível chegar a um consenso definitivo e perfeito.

Não se questiona a possibilidade de o Estado, valendo-se de seu *ius puniendi*, isto é, o direito exclusivo de perseguir e punir penalmente, puna aqueles que cometam atos que violem direitos por motivos de discriminação e preconceito. Por certo é que esse tipo de conduta deva ser investigada e os autores de tais delitos

processados com o gozo de todas as garantias processuais abarcadas pelo devido processo legal e eventualmente punidos por tais atos discriminatórios, motivados por preconceito, qualquer que seja a natureza.

O que se questiona é a possibilidade de se censurar a mera manifestação de pensamentos preconceituosos.

É interessante, também, considerar o pensamento de Edilson Pereira de Farias (1996, p. 132) quanto à questão da veracidade de informações a serem expressas. A exigência mínima de qualquer um que deseja transmitir informações é que haja cautela e, com diligência, o emissor demonstre quais são suas fontes para fazer as alegações que propõe, demonstrando idoneidade. Contudo, o questionamento acerca da objetividade da verdade faz o referido autor concluir que qualquer tentativa de objetivação da verdade seria um arriscado caminho, uma vez que essa verdade haveria de estar sobre o filtro do Estado, uma vez que será ou não verdade objetiva e qualquer discrepância dela seria uma mentira passível de sanções. Nesse sentido, defende o autor que não existe verdade objetiva por si só, sendo a verdade um processo cognitivo por parte do observador. Portanto, o direito de se expressar através de meios de comunicação com o intuito de informar deve estar acompanhado de preceitos éticos que buscam veracidade e demonstração dessa veracidade.

Vale destacar o pensamento do referido autor (FARIAS, 1996, p. 134 e 135) em relação ao conflito entre as dimensões de direito no tocante à liberdade de expressão e o direito de comunicação:

Se a liberdade de expressão e informação, nos seus primórdios, estava ligada à dimensão individualista da manifestação livre do pensamento e da opinião, viabilizando a crítica política contra o *ancien régime*, a evolução daquela liberdade operada pelo direito/dever à informação, especialmente com o reconhecimento do direito ao público de estar suficiente e corretamente informado; àquela dimensão individualista-liberal foi acrescida uma outra dimensão de natureza coletiva: a de que a liberdade de expressão e informação contribui para a formação da opinião pública pluralista – esta cada vez mais essencial para o funcionamento dos regimes democráticos, a despeito dos anátemas eventualmente dirigidos contra a manipulação da opinião pública. Assim, a liberdade de expressão e informação, acrescida dessa perspectiva de instituição que participa de forma decisiva na orientação da opinião pública na sociedade democrática, passa a ser estimada como um elemento condicionador da democracia pluralista e como premissa para o exercício de outros direitos fundamentais

Assim, não seria um exagero dizer que a liberdade de expressão haveria de ser considerada um elemento nuclear e fundamental para a democracia, sendo que o autoritarismo e o totalitarismo seriam um destino certo, caso os cidadãos estejam desmunidos da capacidade de demonstrar insatisfação e inclusive expressar críticas em relação ao regime político. Se existe um direito que pode ser considerado a pedra angular das presentes democracias modernas, esse direito, sem sombra de dúvidas, é o direito à liberdade de expressão. O direito ao conflito de ideias. O direito de pensar e transmitir conhecimento através da linguagem por meio de textos dos mais variados.

### **3.4 Um Jogo de Púlpitos: Conflitos entre a Liberdade de Expressão e Outros Direitos Constitucionais**

Outro ponto essencial a ser abordado nesse presente momento seria os diversos conflitos entre o direito à liberdade de expressão e outros direitos constitucionalmente protegidos, como a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem.

Destarte, é necessário apontar que nenhuma garantia fundamental é superior ou inferior em relação às outras, uma vez que todas as garantias possuem uma finalidade protetiva para suas respectivas naturezas. Os direitos, por si só, não são mutuamente exclusivos, apesar de poderem, num caso concreto da realidade, conflitarem. Isso significa tão somente que no caso concreto haverá uma exclusão de um direito em prol de outro através da ponderação por parte do Estado-juiz, o que não implica que os direitos, em si e por si mesmos, irão se excluir e invalidar o outro de maneira definitiva.

A própria Constituição constitui limites para o exercício da liberdade de se manifestar e expressar. Não só isso: ela é a única norma capaz de fazer isso.

Ora, ela assegura no rol de garantias fundamentais o direito à resposta. Nesse sentido, contra inveracidades eventualmente formuladas por um sujeito emissor, o sujeito receptor da mensagem inverídica em relação à sua pessoa tem o direito constitucional a responder e rebater as alegações. Trata-se de um limite constitucional formulado pelo legislador originário. (FARIAS, 1997, p. 138).

Ou então, quando a própria Constituição considera que o anonimato é uma característica proibida, devendo o sujeito que se manifesta fazê-lo abertamente e sem ocultar sua real identidade. Seria razoável considerar que o legislador constituinte originário tinha por finalidade proteger o cidadão comum de ataques que seriam de difícil, senão impossível, investigação em razão do emissor ocultar sua identidade, justamente para que não seja punido em razão da violação, possibilitando, assim, que o cidadão possa se valer do direito de resposta e defender-se das alegações do violador.

De certo é que a liberdade de expressão não há de ser tolerada quando usada, por exemplo, com fim de manchar a honra de uma pessoa, por meio da prática de atos de calúnia, difamação ou injúria. Nesse sentido, a lei penal criminaliza essas condutas, sendo estas tipificadas no Código Penal na seguinte redação:

Art. 138 – Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime: Pena – detenção de seis meses a dois anos, e multa. § 1º – Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga. §2º - É punível a calúnia contra os mortos.

Art. 138 – Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação: Pena – detenção, de três meses a um ano, e multa.

Art. 140 – Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: Pena – detenção, de um a seis meses, ou multa”

Por certo, a imagem, como um direito constitucional, também constitui um freio para a expressão.

Ora, torna-se forçoso considerar que em uma sociedade de consumo a imagem pode ser um aspecto fundamental dos negócios. Nesse sentido, constituiria uma violação, por exemplo, o uso da imagem de uma modelo sem prévia autorização e sem as devidas negociações. Ou então, mesmo que a imagem não seja considerada uma fonte de renda ou instrumento de trabalho, não seria tolerável divulgar a imagem de alguém sem prévia notificação e permissão.

Obviamente, não se trata de uma regra absoluta, já que, a depender da pessoa, sua imagem será objeto de debate e não necessariamente implicará em haver necessidade de autorização de seu uso, como, por exemplo, em relação a parlamentares, cuja aparição pública é imprescindível e dotada de interesse público. Se ao contrário fosse, haveria risco de se recair em uma situação na qual os políticos não iriam autorizar o uso de suas imagens durante um processo de investigação, o

que seria uma tese insustentável, ao menos em um ambiente democrático e no qual o cidadão pode fiscalizar e demandar de seus governantes sem medo de perseguição.

Portanto, a imagem deve ser protegida, mas não se trata de uma proteção absoluta, uma vez que, por vezes, é não apenas interesse, mas um direito do público acompanhar a imagem de alguém e usá-la, mesmo que em detrimento dos interesses dessa pessoa, em razão de sua posição social de destaque.

Apesar da preocupação do legislador constituinte originário de estipular freios constitucionais para o exercício da liberdade de expressão, o legislador derivado não tomou medidas infraconstitucionais para regulamentar a questão de maneira integral, sendo possível encontrar apenas alguns documentos esparsos no ordenamento jurídico sobre a matéria, tais como a Lei n. 5.250, de 09 de fevereiro de 1967, a qual regulamenta a responsabilidade civil nos casos de calúnia e difamação se o fato imputado, ainda que verdadeiro, disser respeito à vida privada do ofendido e a divulgação não foi motivada em razão de interesse público, bem como a Lei n. 7.232/84, conhecida como a Lei de Informática, cujo objetivo é proteger o sigilo dos dados armazenados, processados e vinculados no âmbito de proteção da privacidade dos indivíduos.

Também é interessante analisar alguns crimes em espécie, cuja prática violaria, ou supostamente violaria, o direito à liberdade de expressão em razão de sua natureza.

O art. 287 do Código Penal prevê o crime de apologia de crime ou criminoso na seguinte redação: “Art. 287 – Fazer, publicamente, apologia de fato criminoso ou de autor de crime: Pena – detenção, de três a seis meses, ou multa.”.

Faz-se necessário ressaltar que essa lei tem origens na ideologia totalitária do fascismo italiano, tendo sido copiada pelo legislador pátrio como forma de coibir tal comportamento. Ora, parte da doutrina tem considerado a inconstitucionalidade desse dispositivo, uma vez que não seria razoável proibir mero dissenso de opiniões, já que é natural em uma democracia que haja dissenso, sendo por vezes indesejável o consenso absoluto sobre algum determinado tema. Não só isso, como dentro de uma sociedade democrática pode ser de grande necessidade questionar a legitimidade de se tipificar uma determinada conduta, até mesmo para que em algumas situações os cidadãos possam se defender e criticar legislações abusivas e atentatórias a direitos, possibilitando assim a reforma ou até mesmo abolição dessa lei abusiva. (SILVA, 2012, p. 87/97).

Por exemplo, se o estado proibisse o grafite, o qual é uma manifestação artística lícita, diferenciando-se de mera pichação. Seria legítimo, dentro de uma democracia, alguém ser punido por questionar a eventual tipificação dessa expressão artística, restringindo, portanto, não apenas a liberdade de expressão e manifestação artística, mas punindo penalmente aqueles que defendem a arte? Entende-se que não, uma vez que apologia de algo ou alguém, por si só, não traz resultados perigosos no mundo fenomênico. Todavia, em questão de legalidade, a lei é considerada válida e pode ser aplicada no caso de alguém incidir na conduta descrita, apesar de sua questionável constitucionalidade.

Também seria infundada a argumentação de que esse tipo penal preveniria crimes ou impediria que as pessoas concordem com a prática desse delito. Haver a previsão de que homicídio é uma conduta criminosa não impede as pessoas de matarem, tão pouco impede que uma parcela considerável da população demonstre tolerância ou até mesmo aprovação para linchamento de supostos criminosos, o que também configura o crime de exercício arbitrário das próprias razões, previsto no art. 345 do Código Penal.

Ou seja, tais argumentos são infundados, e a lei penal não pode ser invocada para coibir condutas baseando-se em argumentos infundados.

De uma forma até mesmo irônica, questiona-se a possibilidade de vir a ser considerado como crime defender que o art. 287 do Código Penal não deveria sequer existir e que não se trata de uma tipificação legítima por parte do Estado.

Em relação à apologia de ideias preconceituosas ou discriminatórias, em especial ao revisionismo do Holocausto perpetuado pelos nazistas do Terceiro *Reich*, entende de forma diferente Alexandre Assunção e Silva (2012, p. 124), no sentido de que para o autor:

[...] o argumento de que a teoria revisionista é falsa não é suficiente para justificar sua proibição através do direito penal, até porque a liberdade de expressão abrange o direito de ter e difundir teorias inverídicas. Nada melhor, para confirmar a verdade de um fato, que permitir sua contestação por todos aqueles que desejam fazê-lo. Manifestações públicas de teorias revisionistas podem ser acompanhadas pelo governo ou associações não governamentais, para obrigar a divulgação, através do mesmo veículo de comunicação, de explicações que mostrem os fatos da maneira correta. É o que já ocorre em relação a ofensas à honra e à imagem feitas em grandes revistas ou jornais impressos ou televisivos. O combate a teorias preconceituosas ou errôneas deve dar-se através da veiculação das informações corretas a respeito de determinado fato histórico e pelo direito de resposta a pessoas que se sintam ofendidas. A posição adotada em países como a Espanha e o Brasil, onde seus Tribunais Constitucionais dizem

quais são as ideologias ou teorias que constituem ou não induzimento ao racismo, é extremamente perigosa para a existência do sistema democrático, pois se afasta do princípio da neutralidade

Ora, fazendo uma breve reflexão, faria sentido o entendimento do referido autor, uma vez que a proibição de questionamento de fatos, mesmo que, de certo, a esmagadora maioria da população demonstre forte oposição e até mesmo repulsa moral não apenas em relação à ideia defendida, como o emissor dessa ideia, aproxima-se muito com a política de regimes totalitários, como o nazismo e o socialismo soviético, que proibiam toda e qualquer manifestação contrária à sua ideologia, mesmo quando se tratava da opinião de cientistas e experts na área para refutar.

Talvez realmente seja a melhor forma de fortalecer o posicionamento que repudia a negação de chacinas e ideologias totalitárias o confronto aberto e público dessas ideias, bem como a veiculação de propagandas e documentários que mostrem os fatos de forma comprovada e de modo a educar a população para que não advoguem por uma tese infundada ou fundamentada em puro e simples preconceito. O direito penal não se mostraria a melhor ferramenta para combater tais discursos.

Em outras palavras: o que há de se temer em ouvir e refutar ideias freneticamente dissonantes? Que haja um combate limpo entre microfones e não entre microfones e algemas!

De forma acertada e concisa, o autor (SILVA, 2012, p. 125) diz: “É preciso ter cuidado para, em nome do combate ao racismo e outras espécies de discriminação, não se cometer um erro tão grave quanto aquele que se procura evitar”.

O art. 20 da Lei nº 7.716/89 tipifica o crime de praticar, induzir ou incitar a discriminação ou o preconceito na seguinte redação: “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.”.

Faz-se necessário apontar que o tipo penal apresenta alguns erros, tais como simplesmente dizer “praticar” discriminação ou preconceito, sem apresentar hipóteses do que seria isso, permitindo que a interpretação do dispositivo fique vinculada ao simples entendimento do juiz se o presente caso se trata ou não de uma “prática”. Os tipos penais devem ser claros e certos, justamente para evitar abusos

interpretativos por parte do Estado, de modo que este possa enquadrar uma conduta baseado em seu mero convencimento e interesse. (SILVA, 2012, p. 132/133).

A linguagem penal exige um maior nível de objetividade justamente como garantia de que o Estado não irá cometer abusos em razão de uma hermenêutica sem nenhuma forma de limitação. Um juiz não teria legitimidade alguma para arbitrar uma pena de acordo com seus próprios valores ideológicos e morais, extrapolando a legalidade.

Não apenas isso, como o próprio Poder Judiciário, na figura do Supremo Tribunal Federal, tem entendido no sentido de que o crime de racismo também engloba os atos de escrever, editar, divulgar e comercializar livros fazendo apologia de ideias preconceituosas e discriminatórias. Isso se trata de uma analogia *in malam partem*, o que é objeto de severa crítica por parte de alguns doutrinadores, uma vez que no Direito Penal não seria admissível interpretar extensivamente em prejuízo do réu, salvo quando a própria lei permite que a interpretação por parte do magistrado seja estendida, já que não é competência do Poder Judiciário criar leis incriminadoras, sob o risco de abrir portas à interpretações e condenações abusivas e ilegais por parte do Estado. Isso também violaria o princípio da legalidade, cuja máxima é *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali*, cuja tradução do latim seria “não há crime, não há pena sem prévia lei penal”. (SILVA, 2012, p. 138/139).

Ora, mesmo que o Supremo Tribunal Federal entenda de tal forma, questiona-se a validade desse entendimento frente aos princípios norteadores do direito penal, tais como o princípio da legalidade e vedação de interpretação extensiva *in malam partem*, bem como a própria legalidade do texto, uma vez que a própria Constituição Federal, no rol de garantias fundamentais do art. 5º, inciso II, estipula que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. (BRASIL, 1988).

Contudo, o autor, em relação ao crime previsto no art. 20, §1º da L nº 9.459/97, cujo qual trata da fabricação, comercialização, distribuição ou veiculação de símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilize a cruz suástica ou gamada para fins de divulgação do nazismo, que não se trataria de uma lei inconstitucional, por não se tratar de mera manifestação do pensamento, havendo a presença de condutas físicas para divulgar a ideologia nazista. (SILVA, 2012, p. 150).

Em relação à legislação advinda de tratados internacionais, é interessante apontar dois tratados do qual o Brasil é signatário e promulgou dentro do ordenamento jurídico pátrio, o que significa dizer que são normas eficazes em todo o território nacional, uma vez que a adesão ao tratado feita pelo Poder Executivo fora deliberada e tramitada pelo Poder Legislativo via decreto legislativo.

O Pacto Internacional de Direitos Civis de 1966, promulgado pelo Brasil através do Decreto nº 592 de 6 de julho de 1992, em seu artigo 20, item 2, estipula que “Será proibida por lei qualquer apologia do ódio nacional, radical, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou à violência”. Assim, o tratado estipula não a criminalização da apologia a ideias odiosas, mas sim ações fáticas, quais seja incitar a discriminação, hostilidade ou violência contra determinados grupos em razão das naturezas expostas no texto legislativo.

A Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, promulgada pelo Brasil através do Decreto nº 678 de 6 de novembro de 1992, em seu artigo 13-5, prevê que “A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência”.

Assim, tal como o Pacto Internacional de Direitos Civis de 1966, a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 não prevê que o Estado-signatário deve elaborar uma punição tutelada pela lei penal para casos de mera apologia de uma tese odiosa ou preconceituosa, mas requerendo que a apologia dessa tese seja levada adiante, ao ponto de executar ações que incitem as condutas descritas pelo texto convencional.

Ou seja, já não se tratando mais de mera manifestação ou expressão do pensamento.

Interessante ressaltar que ambos os textos possuem validade em todo território nacional e ainda assim o Supremo Tribunal Federal demonstra um entendimento não apenas contrário às duas previsões de natureza internacional, como contrário aos princípios gerais do direito previstos dentro do direito doméstico, vista a frontal colisão para com a legalidade e vedação da interpretação extensiva *in mallam partem*.

Existe também no ordenamento jurídico pátrio a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, cuja

ratificação pelo Brasil se deu através do Decreto nº 65.810/69. Em seu art. 4º, letra “a”, a Convenção prevê a seguinte redação:

Os Estados-partes condenam toda propaganda e todas as organizações que se inspirem em ideias ou teorias baseadas na superioridade de uma raça ou de um grupo de pessoas de uma certa cor ou de uma certa origem étnica que pretendem justificar ou encorajar qualquer forma de ódio e de discriminação raciais e compromete-se a adotar imediatamente medidas positivas destinadas a eliminar qualquer incitação a uma tal discriminação, ou quaisquer atos de discriminação com este objetivo, tendo em vista os princípios formulados na Declaração Universal dos Direitos do Homem e os direitos expressamente enunciados no art. 5º da presente Convenção, eles se compromete principalmente:

a- A declarar delitos puníveis por Lei qualquer difusão de ideias baseadas na superioridade ou ódios raciais, qualquer incitamento à discriminação racial, assim como quaisquer atos de violência ou provocação a tais atos, dirigidos contra qualquer raça ou qualquer grupo de pessoas de outra cor ou de outra origem étnica, como também qualquer assistência prestada a atividade racistas, inclusive seu financiamento

Ora, torna-se forçoso fazer algumas considerações quanto a esse tratado.

De forma geral, o tratado não demonstra nenhuma contradição aparente de normas, mas se analisado o trecho que estipula “a declarar delitos puníveis por Lei qualquer difusão de ideias baseadas na superioridade ou ódios raciais”, aqui é possível perceber que a lei, além de considerar passível de punições as exteriorizações de pensamentos odiosos na forma de ações (o que seria permissível), também considera passível de punição a mera difusão e apologia de tais pensamentos. Aqui haveria uma previsão para que a mera manifestação ou expressão de uma tese odiosa seja criminalizada.

Todavia, isso encontra alguns problemas, uma vez que isso colide frontalmente com a norma constitucional, nos termos do art. 5º, inciso IX, bem como o art. 220, §2º, ambas prevendo a vedação à censura prévia, sendo que a última prevê especificamente a vedação de censura por motivos ideológicos. Nesse sentido, essa cláusula do tratado seria incompatível com a norma constitucional, apesar do resto da previsão convencional estar incontroversa, dado que outros dois tratados trazem, em sua essência, as mesmas previsões e não há vedação constitucional nesse sentido.

Ademais, não há no Brasil qualquer lei que criminalize a difusão e apologia de ideias odiosas, uma vez que iria incorrer na inconstitucionalidade da norma, dada a proteção constitucional à liberdade de expressão, independente de censura ou licença. Por outro lado, há disposições legislativas que punem

criminalmente condutas que exteriorizem tais ideias, quando há incitação para atos violadores de direitos, como, por exemplo, o art. 20 da Lei nº 7.716/89, apesar das suas imperfeições, como já fora comentado anteriormente.

Em outras palavras: é lícito meramente expressar uma ideia odiosa, mas é ilícito incitar atos baseados nessa ideia, bem como práticas discriminatórias, atentando aos direitos de outrem.

Convém tratar também acerca dos crimes políticos.

Ora, destarte a doutrina tem apresentado críticas acerca da possibilidade de existirem crimes políticos, uma vez que em sua maioria apresentam-se como tipificações cujos perigos se dão em abstrato, muitas vezes sequer produzindo qualquer resultado. Indaga-se a compatibilidade dessas tipificações dentro de um estado democrático, uma vez que, como sustentado anteriormente, a mera discordância ideológica, até mesmo contra a própria instituição da democracia e suas estruturas, ainda estaria abarcada pelo direito de livre expressão. Nesse sentido, é plenamente admissível que um cidadão adote uma ideologia totalitária, como por exemplo o fascismo italiano, o nazismo alemão ou o socialismo soviético. Não é possível, em uma democracia, forçar o consenso, uma vez que esse regime é caracterizado pelo combate de ideias dissonantes para que possa haver decisões políticas legítimas e que foram deliberadas.

Acerca da impossibilidade de forçar consenso, Montesquieu (2000, p.63) diz, e com raciocínio coerente, que a existência do Estado é independente de qualquer tipo de patriotismo ou ideologia que pregue a submissão do indivíduo para os interesses e normas do Estado.

De acordo com esse entendimento, Alexandre Assunção e Silva (2012, p. 154) ensina que:

Ainda que para preservar um Estado Democrático, a invocação de uma razão de Estado, como medida excepcional para afastar o risco de sua subversão, é uma contradição, pois numa democracia o Estado é um meio destinado à tutela dos direitos fundamentais do cidadão, e não um fim em si mesmo. Não deveria haver crimes políticos, mas apenas comuns, pois nenhum fato não contemplado como delito comum deveria ser penalizado exclusivamente por seu caráter objetivamente ou subjetivamente político. A criminalização de delitos políticos acaba por criar figuras de perigo abstrato, ferindo o princípio da lesividade, ou duplicando a responsabilidade penal já afirmada em delitos comuns, como porte de armas, atos de violência consumada ou tentada ou o concurso na sua comissão ou preparação

Apresentando, nesse momento, o dispositivo legal acerca do crime de propaganda de atos contra a segurança nacional, previsto no art. 22 da Lei n. 7.170 de 14 de dezembro de 1983, ele se dá na seguinte redação:

Art. 22. Fazer, em público, propaganda: I – de processos violentos ou ilegais para alteração da ordem política ou social; II – de discriminação racial, de luta pela violência entre as classes sociais, de perseguição religiosa; III – de guerra; IV – de qualquer dos crimes previstos nesta Lei. Pena: detenção, de 1 a 4 anos. §1º A pena é aumentada de um terço quando a propaganda for feita em local de trabalho ou por meio de rádio ou televisão. §2º Sujeita-se à mesma pena quem distribui ou redistribui: a) fundos destinados a realizar a propaganda de que trata este artigo; b) ostensiva ou clandestinamente boletins ou panfletos contendo a mesma propaganda. §3º não constitui propaganda criminosa a exposição, a crítica ou o debate de quaisquer doutrinas

Assim, convém fazer um liame entre o que fora anteriormente dito acerca do crime de apologia ao crime ou fato criminoso. Essa redação normativa demonstra incompatibilidade com a presente norma constitucional, exatamente pelas mesmas razões que apontadas em relação ao crime de apologia ao crime ou fato criminoso, uma vez que se trata de uma tipificação penal que pune condutas com perigo em abstrato e ainda por motivos ideológicos, violando o direito de livremente se expressar. Não obstante, trata-se de um documento legal que tivera sua vigência durante o regime militar, estando compatível com o que a Constituição de 1969 dispõe acerca do direito da livre manifestação do pensamento. Por esses motivos, é racional considerar que o art. 22 da Lei de Segurança Nacional não fora recepcionada pela Constituição de 1988 por causa da flagrante inconstitucionalidade do texto normativo. (SILVA, 2012, p. 155 e 156).

Além disso, ressalta-se inclusive a inconveniência dessa lei frente aos tratados internacionais dos quais o Brasil faz parte, como por exemplo o Pacto de San José da Costa Rica, haja vista o que dispõe o pacto acerca da liberdade de expressão e manifestação do pensamento, vedando tão somente a incitação, ou seja, uma ação que não mais se caracteriza como mera manifestação ou expressão de uma opinião.

Obviamente, não significa dizer que atos perpetrados por grupos armados, civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado democrático não sejam passíveis de punição, uma vez que a própria Constituição, em seu art. 5º, inciso XLIV, exprime um imperativo explícito para que assim seja. Todavia, não se trata de mera expressão de opinião o presente caso, mas ações efetivas e que realmente

colocam em xeque a ordem democrática constitucional, o que são situações diferentes. (BRASIL, 1988)

Pode ser feita a seguinte ponderação acerca da intolerância: aqueles que podem vir a ser considerados inimigos da liberdade e da democracia merecem a proteção que apenas ela pode conceder?

Seria válido levar em consideração o pensamento de Karl Popper (1959, p. 579), que apesar de não ser um jurista propriamente dito, não deixa de fazer reflexões de alta relevância jurídica acerca da tolerância aos intolerantes e compatibilidade ideológica com o regime democrático e suas proteções:

Menos conhecido é o paradoxo da tolerância: a tolerância ilimitada pode levar ao desaparecimento da tolerância. Se estendermos a tolerância ilimitada até àqueles que são intolerantes; se não estivermos preparados para defender uma sociedade tolerante contra os ataques dos intolerantes, o resultado será a destruição dos tolerantes e, com êles, da tolerância.

Ora, um breve questionamento a essa atitude pode nos levar a relembrar o que Leonardo Martins diz a respeito da liberdade de expressão dentro da teoria funcionalista. Karl Popper, em sua intolerância à intolerância, acabaria, por exemplo, limitando o campo de manifestação político-ideológico para alguns determinados setores. Dessa forma, todas as doutrinas que defendem o fim da democracia atual, notadamente as ideologias nazifascistas, comunistas, anarquistas, teocráticas e monarca-absolutistas, haveriam de serem perseguidas por serem intolerantes para com o regime democrático. No final, sobrariam apenas democratas discutindo acerca da democracia, o que seria um ambiente aparentemente homogêneo e, em decorrência disso, ausente de quaisquer críticas.

Ainda dentro de sua linha de pensamento, Popper (1959, p. 579/580) expressa que:

Deveremos exigir que todo movimento que prègue a intolerância fique á margem da lei e que se considere criminosa qualquer incitação á intolerância e á perseguição, do mesmo modo que no caso da incitação ao homicídio, ao sequestro de crianças ou á revivescência do tráfico de escravos

Em outras palavras, Karl Popper defende a ideia de que a cobra que morde a mão que lhe alimenta há de morrer de inanição. Não haveria de haver tolerância para com aqueles que se demonstram intolerantes, o que mostra um claro funcionalismo democrático e militante por parte do filósofo da ciência. Todavia, esse

entendimento aparenta ser incompatível com a presente ordem constitucional, que garante a liberdade até mesmo dos intolerantes se expressarem, sem qualquer tipo de censura prévia ou licença. Nesse sentido, felizmente para alguns e infelizmente para outros, ideologias tidas como perversas, imorais, autoritárias e intolerantes encontram o mesmo amparo legal que as mais amáveis e pacíficas das ideologias.

Em sentido contrário à visão do filósofo austríaco, José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 459) entende que:

[...] a velha ideia de que não “deve haver liberdade para os inimigos da liberdade [...] pois só assim de forma “militante”, se obterá a proteção da ordem livre de democrática e, portanto, dos direitos fundamentais [...] em vez de contribuir para a proteção dos direitos fundamentais, pode evoluir no sentido contrário, [...] a constituição portuguesa não aderiu a concepções funcionalistas puras de direitos fundamentais, não se podendo, portanto, afirmar que os direitos devem ser exercidos de forma teleologicamente vinculada (por ex., em prol da ordem livre e democrática ou da construção do socialismo)

Desse modo, a proteção constitucional não deve ser seletiva apenas por mera questão de teleologia ideológica. Mesmo que, aos olhos da sociedade, tais apologistas não sejam “merecedores” dessa proteção, a Constituição não faz distinção entre os cidadãos, justamente em razão do Princípio da Igualdade.

Assim, o mais totalitário e intolerante dos cidadãos é tão digno de proteção quanto o mais tolerante, progressista e democrático dos cidadãos. Não em razão de serem totalitaristas ou progressistas, mas em razão de serem pessoas humanas cidadãs e com direito a uma vida digna, com liberdade, igualdade e solidariedade entre os povos, inclusive tendo a liberdade de manifestar insatisfação em relação ao mesmo sistema que garante esses direitos.

Uma vez que há de se falar em ideologias, também é impensável não abordar, mesmo que brevemente, acerca dos crimes contra o sentimento religioso.

De certo é que o Brasil abarca uma população com alto fervor religioso, sendo uma das nações onde a religião, especificamente o cristianismo, encontra-se presente em muitos aspectos da vida, como feriados e eventos, inclusive até mesmo em relação ao histórico das instituições jurídicas. Ora, é impossível deixar de notar, por exemplo, o crucifixo que paira sobre o Supremo Tribunal Federal.

É marca certa da religiosidade do povo brasileiro, falando obviamente de maneira genérica, uma vez que o país também acolhe diversas outras religiões, até

mesmo exóticas em relação à tradição ocidental-europeia, como por exemplo o budismo, hinduísmo e o islamismo.

O Brasil também garante proteção a aqueles que não desejam participar de culto algum, ou então aqueles que ativamente mostram ceticismo e críticas à religiosidade e doutrinas metafísicas, tais como os agnósticos, deístas ou ateístas.

Seja qual for a perspectiva acerca de religião, a Constituição Federal de 1988, no rol de garantias fundamentais do art. 5º, em seu inciso VI, traz a seguinte redação: “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de cultos e suas liturgias”. (BRASIL, 1988).

Todavia, como de práxis, há de se analisar previamente afim de evitar ideias preconcebidas ou até mesmo erros em razão da falta de reflexão.

A Constituição é clara ao dizer que protege a liberdade de consciência e crença, bem como a proteção aos locais de culto e liturgias.

Contudo, isso não significa dizer, por exemplo, que a Constituição é protetiva das doutrinas, símbolos, dogmas e paradigmas religiosos, uma vez que, complementando o que é previsto no art. 5º, inciso VI, há também de se interpretar sistematicamente, levando em conta a previsão do art. 19, inciso I, no qual impera a seguinte ordem:

Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:  
I – estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada na forma da lei, a colaboração de interesse público

Assim, há de se entender que o Brasil se trata de um estado laico, ou seja, que não proíbe a manifestação de qualquer religião, todavia não adota uma para si, bem como não subvenciona nenhuma, não criando qualquer tipo de vínculo ou relação, salvo para colaborar em interesse público, como por exemplo em casos de saúde pública ou asilo para refugiados. Não subvencionar não implica apenas em não oferecer importâncias ou garantir privilégios, mas também não impor, através da lei, obrigações e proibições tendo por base a doutrina religiosa de um grupo específico. Não seria legítimo, por exemplo, obrigar todos os cidadãos ao uso de terços, véus, chapéus. Ou então proibir que uma pessoa se vista de determinada maneira. Também não seria legítimo, dentro da presente linha de pesquisa, que um conteúdo fosse

censurado tendo por base uma doutrina religiosa. Até porque, mesmo que não se tratasse de uma doutrina religiosa, o instituto da censura prévia, por si só, é vedado pela norma constitucional.

Todavia, é de se ressaltar que a religião é um elemento extremamente sensível dentro da consciência de um indivíduo. Então, não é de se surpreender que em muitas situações as pessoas encontrem grande resistência frente às expressões que questionem ou até mesmo ofendam suas perspectivas religiosas. Em casos mais extremos, pode ser até mesmo uma motivação para a prática de atos criminosos. O ataque à revista satírica *Charlie Hebdo* por parte de fundamentalistas islâmicos pertencentes à organização terrorista *Al-Qaeda* talvez seja um dos mais marcantes eventos em relação à intolerância religiosa frente ao direito de liberdade de expressão e manifestação do pensamento (VEJA, O GLOBO)

Também há de ser considerado o que a Convenção Americana de Direitos Humanos diz acerca da liberdade de consciência e crença. Eis a redação normativa:

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de consciência e de religião. Esse direito implica a liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças, bem como a liberdade de professar e divulgar sua religião ou suas crenças, individual ou coletivamente, tanto em público como em privado.
2. Ninguém pode ser objeto de medidas restritivas que possam limitar sua liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças.
3. A liberdade de manifestar a própria religião e as próprias crenças está sujeito unicamente às limitações prescritas pela lei e que sejam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos ou liberdades das demais pessoas

Assim, é razoável afirmar que a liberdade de consciência e crença, tal como a liberdade de expressão e manifestação de pensamento, não se trata de um direito absoluto, uma vez que se assim fosse, haveria a violação de outros direitos que devem coexistir.

Se não houvesse quaisquer limites para até onde a fé pode se manifestar, um culto que prega ser a vontade de Deus que esse mundo seja banhado em chamas poderia fazer esse planeta arder, e junto dele todos que nele habitam.

Por certo, não há problema nenhum em formar um culto apocalíptico. O Estado, ao menos aquele que está submetido à presente ordem constitucional, não possui legitimidade alguma para proibir um culto em razão de sua doutrina.

O que não haveria de se admitir é que esse culto passasse a realizar atos que coloquem em cheque outros direitos, como por exemplo a segurança, a saúde e a administração do Estado. Não obstante, também não poderia vir a violar outro direito conexo ao próprio direito de crença: a livre manifestação do pensamento. Novamente, os direitos fundamentais e humanos não são mutuamente exclusivos em abstrato, mas, por vezes, encontram limitações em decorrência de outros direitos.

A liberdade de expressão não pode ser alegada para encobrir atos de incitação e indução à violência e práticas discriminatórias na mesma proporção em que o direito à consciência e crença não haveria de ser invocado como justificativa para violar outros direitos, em especial daqueles que não compartilham a mesma fé.

O Código Penal tipifica, em seu art. 208, como crime contra o sentimento religioso:

Art. 208. Escarnecer de alguém publicamente, por motivo de crença ou função religiosa; impedir ou perturbar cerimônia ou prática de culto religioso; vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto religioso; Pena – detenção, de um mês a um ano, ou multa

É possível identificar traços de inconstitucionalidade (e inconvenionalidade) no presente artigo de lei. Nesse sentido, aponta Alexandre Assunção e Silva (2012, p. 166), com crítica incisa e certa:

A primeira e última partes do art. 208 do Código Penal caracterizam censura de natureza ideológica, o que é vedado pela Constituição. Por outro lado, ao se proteger de maneira especial o sentimento religioso, fere-se o princípio da igualdade, pois não se faz o mesmo com outros tipos de sentimento. De fato, imagine-se que alguém vilipendie (ofenda, ultraje, rasgue), publicamente, uma foto de Karl Marx, um dos mais importantes teóricos do comunismo. Tal ato certamente ofenderá o sentimento dos marxistas, provocar-lhes-á uma grande repulsa e indignação. Do mesmo modo, se uma imagem de Albert Einstein ou Sabin for vilipendiada em público, isso poderá provocar uma grande indignação em cientistas e médicos. Todavia, nenhum desses atos constituirá crime, pois a lei não protege o sentimento marxista, científico etc. Pode-se ofender o sentimento de quaisquer outros grupos, menos os dos religiosos, o que constitui uma evidente violação ao princípio da igualdade. Se a lei deseja proteger sentimentos, deveria fazê-lo de maneira geral, assim como ocorre com a honra. Todos têm honra e sentimentos que merecem proteção. De mais a mais, se se for proibir tudo o que ofende o sentimento religioso de outras pessoas, deveria ser vedado ingerir, publicamente, carne de porco, pois isso ofende, de maneira profunda, o sentimento religioso de judeus, adventistas e muçulmanos. Também deveria ser proibido ingerir, publicamente, bebidas alcólicas, pois isso ofende o sentimento religioso dos muçulmanos. Os crimes contra o sentimento religioso têm natureza sectarista, violam o princípio democrático da igualdade de todos perante a lei e o direito de liberdade de expressão

Por fim, convém abordar o crime de escrito ou objeto obsceno.

O artigo de lei se dá na seguinte redação:

Escrito ou objeto obsceno.

Art. 234 - Fazer, importar, exportar, adquirir ou ter sob sua guarda, para fim de comércio, de distribuição ou de exposição pública, escrito, desenho, pintura, estampa ou qualquer objeto obsceno:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa.

Parágrafo único - Incorre na mesma pena quem:

I - vende, distribui ou expõe à venda ou ao público qualquer dos objetos referidos neste artigo;

II - realiza, em lugar público ou acessível ao público, representação teatral, ou exibição cinematográfica de caráter obsceno, ou qualquer outro espetáculo, que tenha o mesmo caráter;

III - realiza, em lugar público ou acessível ao público, ou pelo rádio, audição ou recitação de caráter obsceno

De certo, é possível identificar a latente inconstitucionalidade e inconvenção da presente previsão normativa. Ela é atentatória à liberdade de expressão e manifestação do pensamento baseado em mero moralismo autoritário por parte das autoridades Estatais.

O termo “obsceno” se trata de um vocábulo aberto e vago, possibilitando uma interpretação praticamente ilimitada por parte do Estado-juiz para tentar enquadrar condutas no tipo penal. Do Princípio da Legalidade Penal, ou seja, *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia, stricta et scripta*, extrai-se que a lei deve conter um texto conciso e claro, sendo o mais objetivo possível, justamente com o intuito de evitar interpretações arbitrárias para as decisões judiciais, de modo a garantir que o juiz não julgue de acordo com seu mero entendimento moral, violando inclusive a legalidade, sobretudo a legalidade da Constituição Federal e demais tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

A moralidade não se trata de um elemento consensual em todo e cada ser humano. A moral, assim como o Direito, são passíveis de mudança e evolução, de modo que o que fora considerado moral ou imoral em tempos pretéritos, atualmente pode haver outra perspectiva em relação à mesma conduta. Ademais, uma democracia não deveria conter um pensamento homogêneo acerca até mesmo da moralidade, uma vez que não haveria diálogo ou crítica, elementos fundamentais para o desenvolvimento de uma sociedade democrática e com respeito aos direitos das gentes.

Convém também apontar que essa disposição penal fora formulada durante um regime autoritário, o que torna ainda mais evidente a potencialidade lesiva desse dispositivo legal nas rédeas do Estado.

A título de exemplo, não iria vir a ser admitido, por exemplo, a divulgação de revistas e filmes pornográficos, que comumente podem ser encontrados em bancas de jornais, por exemplo. Ou então, uma apresentação artística em que haja nudez. Também uma pintura retratando uma situação de nu artístico. Filmes com conteúdo dito imoral e obsceno, como duas pessoas homossexuais se relacionando. Muitas pessoas consideram a homossexualidade algo imoral, enquanto outras não encontram nenhum problema moral nesse tipo de relação afetiva.

Em suma, esse dispositivo legal, além de violar o Princípio da Legalidade por sua subjetividade hermenêutica, não foi recepcionado pela Constituição por claras e diretas afrontas ao texto constitucional, o qual estipula que não haverá censura prévia ou licença de qualquer natureza, e isso incluiria também assuntos imorais, também não encontrando respaldo no Pacto de San José da Costa Rica, assunto que a corte abordou de forma similar no caso *La Última Tentación de Cristo vs. Chile*, onde a liberdade de expressão prosperou sobre o autoritarismo moral do Estado confessional. Tal caso há de ser abordado mais futuramente nessa obra.

### **3.5 Resolução de Embates Fundamentais**

Apresentadas, portanto, algumas hipóteses de colisão entre direitos fundamentais, resta apontar os métodos pelos quais esses conflitos são resolvidos, de modo que tal resolução possa ser aplicada quando o direito de liberdade de manifestação e expressão do pensamento venha a conflitar, no caso concreto, com outros direitos constitucionalmente previstos e garantidos, os quais constituiriam os limites da própria liberdade de expressão.

Inicialmente, é necessário distinguir um elemento importante acerca dos direitos fundamentais: eles não são passíveis de reservas da lei, desde que respeitado o núcleo essencial dos direitos em questão. A única lei capaz de restringir direitos fundamentais é a própria Constituição, quando essa estipula os limites. Ou seja, uma lei infraconstitucional sob nenhuma hipótese será um elemento limitador da norma constitucional, que é hierarquicamente superior. (FARIAS, 1997, p. 94/95).

Em relação a diferenciação entre princípios e regras, posiciona-se o referido autor (FARIAS apud ALEXY;DWORKIN [1980;1999], 2004, p. 48):

A distinção entre princípios e regras reside mormente no fato de que os princípios “não expressam conseqüências jurídicas que se seguem automaticamente quando se dão as condições previstas”. Ao revés, as regras são aplicadas à feição “de tudo ou nada”, isto é, “se ocorrerem os fatos estabelecidos por uma regra, então: ou a regra é válida, e, em tal caso, deve-se aceitar a resposta que ela oferece; ou a regra é inválida, e, em tal caso, não influi na decisão”. Em outras palavras, em sendo válidas, as regras são normas jurídicas que devem ser cumpridas de forma peremptória, sem admitir graduação. Por sua vez, os princípios são normas jurídicas que prescrevem algo para ser efetivado da melhor forma possível, tendo em vista as possibilidades fáticas e jurídicas. Em suma, os princípios são mandados de otimização que se caracterizam pelo fato de poderem ser cumpridos proporcionalmente às condições reais e jurídicas existentes.

Regras, diferentemente de princípios, são mutuamente exclusivas. Uma regra necessariamente irá preponderar sobre a outra em caráter definitivo. Para resolver tal conflito, existem três critérios passíveis de serem utilizados. (FARIAS, 1997, p. 95/96).

1-) Critério cronológico: guiado pelo princípio da *lex posterior derogat priori*, que do latim se traduz “a lei posterior revoga lei anterior”, extrai-se que leis mais recentes superam as leis antigas, desde que ambas tenham a mesma essência, ou seja, tratem da mesma matéria.

2-) Critério hierárquico: guiado pelo princípio da *lex superior derogat lex inferior*, que do latim se traduz “a lei superior revoga a lei inferior”, extrai-se que uma lei hierarquicamente inferior jamais revogará uma lei superior, sendo a lei inferior revogada em razão da hierarquia normativa. A título de exemplo, uma lei ordinária revoga uma portaria, mas a Constituição tem poder de revogar toda e qualquer lei, uma vez que ela é a lei maior do ordenamento jurídico, da qual todas as leis devem ter como parâmetro.

3-) Critério da especialidade: guiado pelo princípio da *lex specialis derogat generali*, que do latim se traduz “a lei especial revoga a lei genérica”, extrai-se que uma lei cuja profundidade temática seja superior a uma lei que trata o mesmo assunto, porém de forma ampla e genérica, há de revogar a lei genérica, até por uma questão lógica. Se a lei específica trará ainda mais profundidade à regulamentação, ela é muito

menos passível de dúvidas acerca de interpretação e conceituação do que uma lei genérica permitiria, evitando assim problemas e desentendimentos jurídicos.

Todavia, é necessário ressaltar a seguinte observação: a Constituição não apresenta diferenças cronológicas entre os direitos fundamentais nela expressos, tampouco apresenta hierarquia entre eles, uma vez que todos os direitos fundamentais são dotados de proteção e devem ser preservados da melhor forma possível, mesmo quando há conflitos em casos concretos. Também não há colisão entre os direitos fundamentais no tocante a especialidade, uma vez que nenhum deles é dotado de caráter específico, sendo normas genéricas e amplas. Não obstante, alguns direitos, por exemplo, têm eficácia limitada, exigindo uma lei posterior para regulamentar esse mesmo direito, justamente porque uma previsão genérica por vezes mostra-se insuficiente para aplicar o próprio direito. São situações nas quais é dado o direito, mas não o percurso para concretizá-lo. Com isso, é possível concluir que as normas consagradoras de direitos fundamentais não se submetem aos mesmos critérios usados para solucionar o litígio entre regras infraconstitucionais. (FARIAS, 1996, p. 95/96)

O mesmo não se procede quando se trata de princípios, contudo. Nesses casos, não se usam os critérios de cronologia, hierarquia ou especialidade. A solução para conflitos entre princípios depende da ponderação dos magistrados no caso concreto, devendo levar em consideração o peso de cada um para solucionar o conflito, buscando a melhor solução, ao mesmo tempo em que tenta minimizar a restrição que um dos direitos em questão sofrerá em detrimento da prevalência do outro. Não se trata de uma exclusão de um princípio pelo outro, uma vez que apenas apresentam conflitos no mundo da realidade, sendo que, por si só, não apresentam teor mutuamente exclusivo e são ambos válidos, diferentemente das regras, cuja redação, tempo de promulgação e posição hierárquica no ordenamento são elementos que irão fazer uma regra destruir a outra de forma definitiva.

Ou seja, apesar de não se aplicar os critérios de resolução de conflitos de regras em relação ao conflito entre direitos fundamentais, é possível, por outro lado, aplicar os critérios de solução de conflitos entre princípios. Para isso, levam-se em consideração os princípios da unidade constitucional, da concordância prática e da proporcionalidade.

O princípio da unidade constitucional, em poucas palavras, emana a ideia de que a Constituição não deve ser interpretada como um conjunto de normas isoladas, mas de uma forma sistemática e como um conjunto unitário, no qual as normas são dotadas de mesma importância, o que justifica não haver hierarquia entre elas.

O princípio da concordância prática também conhecido como princípio da harmonização, implica que o magistrado, durante sua decisão, deve prezar pela proteção e preservação ao máximo possível dos direitos em questão, mesmo que um prevaleça sobre o outro no caso concreto. Em suma: tentar evitar o sacrifício total do direito em relação ao outro.

O princípio da proporcionalidade requer que o magistrado examine a adequação dos meios aos fins pretendidos, bem como a exigibilidade ou necessidade do meio que seja menos oneroso e mais efetivo para a efetivação desse direito para que então, somente em último momento, seja feita a proporcionalidade em *strictu sensu*, na qual o magistrado fará um juízo de valor para determinar qual será a decisão mais vantajosa para proteger os direitos fundamentais e preservá-los. (FARIAS, 2004, p.49)

Assim, a título de exemplo, imagina-se um jogo eletrônico, como *Call of Duty: Modern Warfare 2*, no qual uma das missões seja entrar em um aeroporto com um grupo de atiradores fortemente armados e cujo objetivo seja orquestrar um massacre, para então resistir às forças policiais, objetivando posteriormente a fuga. Não seria de todo impossível alguém alegar que o jogo está a incitar práticas terroristas. Todavia, há de se considerar que: 1-) a companhia produtora do jogo abertamente se manifesta contrária a qualquer prática terrorista, 2-) a missão é opcional, não obrigando o jogador a completá-la para prosseguir com a história, 3-) os alvos não se tratam de bens jurídicos, ou seja, o direito penal não protege pixels e bits que formam a imagem de um ser humano fictício na tela de um computador. Partindo dessas premissas, questiona-se qual seria a decisão mais prudente que um magistrado haveria de tomar no presente caso.

*Data vênia*, a opinião do autor dessa obra é de que não há ilícito algum nisso, tão pouco incitação de prática terrorista, uma vez que mesmo que as ordens do jogo sejam algo como “mate todos”, tal ordem não é um imperativo para que o JOGADOR mate pessoas de verdade, mas que o jogador controle seu PERSONAGEM para matar pessoas dentro do ambiente virtual.

Ora, se fosse do contrário, haveria de se proibir todo e qualquer tipo de entretenimento que faça o jogador praticar atos de violência contra bonecos virtuais, isso incluiria até mesmo jogos relativamente inocentes, como *Super Mario World* e *Pokémon*, onde o jogador é compelido a atacar criaturas animais, o que poderia vir a ser considerado maus tratos a animais, uma vez que o jogador controla o personagem de forma a atacar as criaturas. De certo, tal entendimento não apenas seria absurdo, como atentatório a direitos humanos e direitos fundamentais previstos no ordenamento.

Assim, seria uma situação diferente se os desenvolvedores, de forma explícita, incitassem os jogadores a praticarem esses mesmos atos fora do mundo virtual, vindo a causar danos a pessoas e objetos. Nesse caso, não haveria dúvidas de que se trata de um ilícito. Todavia, a mera representação de atos de violência em uma determinada história não se trata de apologia ou incitação, portanto não sendo um ilícito. Se fosse de outra forma, todo e qualquer filme em haja mera retratação de nazistas haveria de ser considerado incitação e apologia, o que viria a ser um entendimento absurdo juridicamente falando.

## **4 DA JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL, INTERNACIONAL E CASOS DE NOTORIEDADE NACIONAIS E ESTRANGEIROS ACERCA DO DIREITO DE EXPRESSÃO E VIOLAÇÕES**

Apresentados, portanto, os conceitos doutrinários acerca do direito abordado, resta agora analisar os entendimentos jurisprudenciais, bem como algumas decisões judiciais no que tangem a esse consagrado direito, seja em nível nacional via decisões do Supremo Tribunal Federal, seja em nível internacional, notadamente o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

### **4.1 Entendimentos Jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal**

Analisados os conceitos no que tange à liberdade de expressão, bem como abordadas as variadas perspectivas doutrinárias, seja de cunho nacional ou internacional, convém no presente momento abordar o tratamento jurídico dado pelo Poder Judiciário brasileiro em casos envolvendo o direito de expressão frente a outros direitos constitucionalmente previstos, como a honra e imagem, por exemplo.

Destarte, é necessário apontar que apenas serão analisados os entendimentos jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal, uma vez que se trata da mais alta corte deste país, bem como o órgão jurisdicional responsável por determinar a hermenêutica constitucional quando litígios lhes são apresentados e pela Corte conhecidos.

De certo é que existem milhares de julgados onde tais direitos entram em conflito no meio social e não de ser resolvidos pelo Poder Judiciário, mas se torna tarefa impossível abordar todas as decisões envolvendo o tema, até mesmo em se tratando de acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal. Convém, nesse sentido, abordar alguns casos emblemáticos, de modo a relacionar a decisão jurisdicional com as perspectivas doutrinárias abordadas anteriormente.

O primeiro pronunciamento a ser abordado trata-se do Recurso Extraordinário com Agravo nº 836.883 do Rio Grande do Sul, cuja ementa segue abaixo:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO: DIREITO DE

CRÍTICA. AUSÊNCIA DE DANO INDENIZÁVEL. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (STF - ARE: 836883 RS, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 10/02/2015, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-038 DIVULG 26-02-2015 PUBLIC 27-02-2015)

Tendo como relatora a Ministra Cármen Lúcia e como Presidente do Supremo Tribunal Federal o ministro Teori Zavascki, trata-se de um recurso extraordinário com agravo cujo provimento fora negado, em unanimidade, uma vez que ao entendimento da Corte, a argumentação da recorrente não encontra amparo constitucional, uma vez que a mera crítica jornalística negativa e em tom contundente e incisivo não iria constituir uma violação à honra. Nesse sentido, não se tratando de real violação da honra da pessoa, uma crítica agressiva encontra total amparo constitucional, não sendo ilícita pelo simples fato da parte contrária se sentir ofendida em razão do conteúdo ou tom em que a crítica é manifestada.

A título de exemplo, poder-se-ia citar o seriado animado americano *South Park*, série da qual encontra como alvo os aspectos mais polêmicos e controversos da sociedade. No caso, os protagonistas da série encontram-se em situações de frequente violência, ofensa gratuita e linguagem de baixo calão. A série apresenta natureza humorística e satírica, tratando de forma jocosa e extremamente irreverente assuntos relevantes da sociedade. Ora, a decisão da presente Corte poderia, por exemplo, também incidir em relação a esse seriado, uma vez que se trata de um meio pelo qual críticas são feitas, ainda mais em tom jocoso e de desprezo. Não haveria de constituir um ilícito uma série de humor irreverente pelo mero fato de ser irreverente e crítico. O *show* aborda com frequência personalidades de destaque, como políticos, líderes religiosos e artistas. Por outro lado, também aborda determinado grupos sociais, não direcionando a crítica a uma ou outra pessoa específica e real, mas criticando o grupo como um todo. De qualquer forma, o intuito da série não é simplesmente ofender. A série tem como finalidade abordar os problemas sociais de destaque num tom humorado e politicamente incorreto.

De certo é que uma pessoa que seja alvo de crítica por parte do programa possa vir a se sentir ofendida e, dentro de seu direito, acionar o Poder Judiciário para apresentar alguma resposta. Contudo, não haveria de se prosperar a condenação da produtora de forma a censurá-la, uma vez que se encontra acobertada pela liberdade de expressão artística, que encontra o direito de ser irreverente.

Censurar um canal de expressão fundamentado em moralismo seria inconstitucional, também sendo inconveniente.

Todavia, é necessário apontar que no caso de a crítica vir a causar danos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem de alguém, a outra parte teria a legitimidade de acionar o Poder Judiciário e processar o causador de tais danos. Talvez seja por isso que a série frequentemente se valha de personagens fictícios, mas que apresentam comportamentos frequentemente reproduzidos na sociedade americana. Como dito, quando o programa aborda pessoas específicas, trata-se de pessoas conhecidas e frequentemente controversas.

Mas, como fora abordado anteriormente nos aspectos doutrinários, não se trata de direitos absolutos, uma vez que, por exemplo, uma figura pública controversa, que frequentemente é o alvo da série *South Park*, teria tais direitos relativizados em razão de suas funções. De outra forma, qualquer político que se sinta ofendido pelas hilárias críticas do programa poderia vir a querer censurar a produtora de manifestar suas opiniões acerca de assuntos polêmicos, o que é um direito constitucional, ao menos no ordenamento jurídico desse país.

Assim, conclui-se ser entendimento do Supremo Tribunal Federal que a crítica jornalística, mesmo que em tom incisivo, não constitui um ilícito.

Outro entendimento digno de ser apreciado na presente obra se trata da decisão do Supremo Tribunal Federal no tocante à reprodução do filme “Calígula” em rede pública de televisão. Abaixo segue um breve resumo acerca da ementa.

Se trata de um agravo contra decisão denegando o seguimento de um recurso extraordinário interposto de um acordão em relação a uma lide envolvendo o filme “Calígula”. Interposta a remessa, a emissora não contestou a ação, dessa forma tornando-se revel, o que levaria a serem considerados verdadeiros os fatos alegados na petição da parte autora. Como constituiria faculdade do réu de se defender ou não, não iria vir a constituir cerceamento de defesa, bem como não seria necessária a produção de outras provas. O relator relembra que a Constituição Federal de 1988 protege o direito de liberdade de manifestação e expressão do pensamento, vedando toda e qualquer espécie de censura. A Portaria nº 773/90 do Departamento de Classificação Indicativa do Ministério da Justiça fora editada com fundamento do artigo 220, § 3º da Constituição Federal, alegando que o conteúdo seria incompatível com outros valores constitucionais igualmente protegidos se viesse a ser exibido antes das 23:00h. Todavia, o filme teria sido veiculado após o referido horário, não constituindo, portanto, qualquer ilícito por parte da emissora, o que restaria inviável o pedido da autora, que acabaria por violar o direito de liberdade de expressão garantido pela Constituição Federal. Assim sendo, a apelação foi improvida, não merecendo o agravo ser acolhido. Na própria decisão, houve a reafirmação de jurisprudência do Tribunal em relação a casos parecidos, o que fundamentaria a negação ao provimento do recurso, sob o fundamento

de que, apesar de válida a classificação indicativa, não houve qualquer tipo de ilícito por parte da emissora, o que não justificaria, portanto, a censura do filme.

(STF - ARE: 814418 SP, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 27/05/2014, Data de Publicação: DJe-106 DIVULG 02/06/2014 PUBLIC 03/06/2014)

O filme “Calígula” se trata de uma obra Tinto Brass e retrata a ascensão e queda do imperador romano Calígula, bem como seus atos de loucura e obscenidades. O interessante a se ressaltar é que o filme apresenta conteúdos eróticos explícitos, apesar de, em si e por si só, não ser propriamente um filme pornográfico.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal frente a um filme tão controverso não encontra impacto no seu conteúdo, uma vez que a própria corte, em sua decisão colegiada, entende que o filme está amparado pela proteção constitucional à expressão artística, estando vedada toda e qualquer forma de censura ou licença prévia.

Todavia, aponta a Corte que filmes dessa natureza, apesar de serem legítimos, entende que devem ser respeitadas a faixa etária dos prováveis telespectadores, seguindo a reprodução em horário adequado ao conteúdo baseado nas portarias do Departamento de Classificação Indicativa do Ministério da Justiça. Porém, a parte recorrida não apresentou em horário inadequado, estando, em absoluto, a reprodução desse filme legítima em todos os sentidos. Não há conflitos de conteúdo, nem de forma para o presente caso.

Na opinião do autor da presente obra, trata-se de uma acertada decisão por parte da Corte, não apenas porque a interpretação encontra-se dentro da finalidade protetiva da Constituição frente às violações desse mesmo direito em outras eras, mas a consonância ao entendimento doutrinário de que não há de haver censura em razão de mero moralismo. O fato do filme “Calígula” apresentar obscenidades latentes, como estupro, orgias em público e matança a título de entretenimento do imperador Calígula, não torna legítima censura de qualquer natureza.

Se, ao contrário, o filme fosse apresentado em horário discrepante com a natureza do filme, então poderia se argumentar eventual restrição ao direito de expressão. Todavia, não se trata de uma restrição em razão do conteúdo dito imoral, uma vez que esse tipo de restrição é vedado pela Constituição Federal. A restrição se daria, nesse caso, pelo fato da manifestação violar outros direitos. Ora, como exposto

nas perspectivas doutrinárias, uma exibição nesse contexto poderia afetar crianças e jovens, sendo o conteúdo impróprio para essa faixa etária. Tão pouco seria cabível apresentar um filme dessa natureza em horário nobre.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal aparenta caminhar no sentido de que a forma e finalidade da manifestação do pensamento podem vir a causar discussão no Poder Judiciário referente a eventual indenização. Todavia, um conteúdo jamais deve ser objeto de censura, por mais reprovável e imoral que seja.

#### **4.2 Dos Casos Emblemáticos**

Expostas as jurisprudências constitucionais de digno destaque na presente obra, por fim resta abordar casos concretos para que possa melhor ser evidenciado a incidência dos conceitos doutrinários, bem como a aplicabilidade dos entendimentos jurisprudenciais abordados anteriormente.

Seria interessante abordar, inicialmente, um caso de repercussão nacional.

Como a presente obra procura abordar acerca do direito da manifestação e expressão do pensamento delimitado ao entretenimento audiovisual, isto é, obras artísticas que utiliza, ao mesmo tempo, elementos visuais e auditórios, tais como filmes, séries, desenhos animados e jogos eletrônicos.

O entretenimento encontra-se cada vez mais presente no cotidiano dos cidadãos, sobretudo quando se observa o constante e exponencial desenvolvimento das tecnologias, bem como sua aplicabilidade na indústria do entretenimento.

Serviços como o *Netflix*, a rede social *YouTUBE*, bem como os mais diversos canais televisivos, seja na televisão aberta, seja nos canais fechados fornecidos por companhias como a *Sky*, as obras audiovisuais encontram um promissor futuro na presente sociedade. Isso ainda é evidenciado com o desenvolvimento e aplicação de tecnologias para tornar ainda mais atrativo e impressionante a exposição do indivíduo a conteúdos audiovisuais, como por exemplo a tecnologia tridimensional que pode ser encontrada em muitas salas de cinema tanto no país como no exterior.

Em razão desse desenvolvimento tecnológico e artístico, é inevitável que o Direito há de incidir sobre tais matérias. Incidindo o Direito, também é inevitável a

presença do Estado acerca de tais matérias. Talvez não no sentido de que o Estado haveria de regulamentar todo e qualquer aspecto da vida humana, até porque tal perspectiva encontraria uma série de conflitos com disposições normativas e direitos basilares para fazer garantir e respeitar o Estado Social Democrático de Direito.

Há de se argumentar que a presença do Estado nessas relações seria não de um censor, mas um garantidor da liberdade de expressão.

Isso é demonstrada pela extensa exposição doutrinária, bem como entendimentos jurisprudenciais nesse sentido. O Estado, diferente do que é possível encontrar em tempos pretéritos, jamais deve atuar como um censor ideológico. Um conteúdo, dentro de uma sociedade verdadeiramente democrática, não haveria de ser impedido de ser manifestado e veiculado tão somente por questões morais, políticas, religiosas ou de qualquer matriz ideológica.

Como exposto anteriormente, de certo é que a liberdade de expressão não se trata de um direito absoluto, podendo vir a ser restringida quando ameaça outras garantias constitucionais, de forma que ordenamento jurídico não entre em contradição lógica.

#### **4.2.1 Dos casos de repercussão nacional**

Diante de tais premissas, agora resta abordar, em primeiro lugar, um caso de repercussão nacional envolvendo o filme sérvio *A Serbian Film – Terror sem Limites*.

O filme se trata da história de Miloš, um ator pornô sérvio aposentado que é contratado para estreiar em um filme de teor alternativo e artisticamente inovador. Todavia, a medida que vai atendendo às gravações, Miloš vai percebendo que algo não está certo, uma vez que as cenas começam a se demonstrar cada vez mais imorais, chegando até mesmo ter caráter ilícito. Então, Miloš se recusa a continuar gravando o que o leva a ser sequestrado e drogado para as gravações. Em último momento, sua família é violentada por ele enquanto está sob efeito das drogas, bem como seu irmão, que o inveja por sua resiliência sexual. Miloš então assassina o diretor, a produção e seu irmão pelo que fizeram, e no final sua família, que inclui sua esposa e seu filho, cometem suicídio.

Trata-se de uma obra genuinamente perturbadora, abordando temas como estupro, incesto, necrofilia, pedofilia, assassinato, uso forçado de drogas e estimulantes sexuais, bem como atos extremos de violência em contextos sexuais.

Foi por esses motivos que em 9 de agosto de 2011 a Justiça Federal de Belo Horizonte proibiu a exibição do filme em todo o território nacional. A medida liminar, contudo, teve efeito temporário, objetivando suspender a veiculação do filme até que fosse investigada a legalidade do mesmo em razão do conteúdo.

A Procuradoria da República em Minas Gerais ajuizou a ação cautelar nº 42709-48.2011.4.01.3800 com base no art. 241-C do Estatuto da Criança e do Adolescente. A argumentação era que o filme possivelmente poderia vir a ser enquadrado no referido tipo penal, e até que fosse sanada essa dúvida, o filme haveria de ser suspenso.

O tipo penal se dá na seguinte redação:

Art. 241-C. Simular a participação de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica por meio de adulteração, montagem ou modificação de fotografia, vídeo ou qualquer outra forma de representação visual. Pena – reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Posteriormente, a Secretaria Nacional de Justiça veio a declarar que o filme é lícito e que pode vir a ser veiculado, observada a classificação indicativa do filme, sendo ele proibido para menores de 18 anos.

O Ministério Público Federal se mostrou indignado com a decisão da Secretaria Nacional de Justiça, alegando que permitir a veiculação desse filme é desrespeitar os valores éticos e sociais da pessoa e da família, bem como a violação do princípio da dignidade humana e da moralidade.

Todavia, a decisão permanece e o filme, atualmente, é de livre acesso ao público, respeitado, é claro, a restrição etária estipulada.

Este foi um breve resumo do ocorrido.

Nesse sentido, convém tecer alguns comentários acerca do caso.

Como fora abordado anteriormente, o Supremo Tribunal Federal tem entendido que a imoralidade de um filme, tão somente, não constituiria razão para que uma obra de arte fosse proibida. Ora, de certo é que o filme não envolve lesão a bem jurídico algum. Nenhuma criança fora violentada de fato durante a gravação do filme,

tampouco o diretor do filme advoga e incita a prática do ato. Há de se lembrar que a representação de um ilícito de forma artística não implica sua apologia.

O simples fato do filme retratar uma história envolvendo diversos elementos demasiadamente imorais e inclusive criminosos não faz da produção e direção criminosos.

*Data máxima vênia*, o posicionamento do Ministério Público Federal aparenta considerar a norma constitucional como sendo oponível por normas infraconstitucionais, tais como o Estatuto da Criança e do Adolescente, o que representaria uma clara violação à hierarquia normativa. Ou então, poderia vir a ser argumentado que o órgão procurou interpretar normas fundamentais em caráter restritivo, o que também seria impossível.

Há de se diferenciar a afirmação de que normas fundamentais não são absolutas e que normas fundamentais devem vir a ser interpretadas restritivamente.

Essa indignação há de ser ainda mais reforçada quando a motivação para tal interpretação advém de um discurso que beira ao senso comum e demagogia. Ora, o que não é possível justificar em nome “da moral” e “da família”? Em um momento da história do Brasil, as notórias manifestações conhecidas como “Marcha da Família com Deus pela Liberdade” eram dotadas de caráter ferrenhamente anticomunistas e apoiando a deposição do presidente João Goulart pelos militares.

Ou seja, em nome da “família”, de “Deus” e da “liberdade”, pessoas apoiaram um regime que arruinou diversas famílias, praticou atos que violariam mandamentos tidos como divinos, tais como “não matar”, e restringiu as liberdades cívicas de todo um povo por mais de duas décadas.

De certo é que não há de se advogar um desdém pela moralidade, pela instituição da família e muito menos pela liberdade. Também seria de suprássuma incongruência desconsiderar a necessidade do imperativo constitucional de proteção integral à criança e ao adolescente em sua condição peculiar de desenvolvimento. De certo é que se advoga o contrário.

O que há de ser questionado aqui é tão somente a legitimidade desse tipo de fundamentação para vir a interpretar e restringir direitos fundamentais e humanos tão necessários.

Ora, há diversos outros exemplos de obras artísticas que supostamente iriam vir, ao menos pelo que aparenta ser o entendimento do Ministério Público Federal, contra a moralidade e a instituição da família. Séries como *South Park*, *Rick*

& *Morty* e *Game of Thrones* frequentemente apresentam situações de desprezo pela vida, atos de imoralidade, linguajar de baixo calão e, em especial nesse último exemplo, cenas de sexo, incluindo relações incestuosas. Apesar de tudo isso, o Ministério Público Federal aparenta não tentar restringir esse tipo de conteúdo em nome da ética, da moralidade e da família.

Não apenas seria um grande impacto na indústria do entretenimento, já que essas séries são altamente populares, mas constituiria em uma violação aos direitos fundamentais previstos na Carta.

No campo do entretenimento digital, há também a cada vez mais marcante presença dos jogos eletrônicos, sobretudo entre o público jovem e adultos. Percebe-se que a ideia de que jogos eletrônicos são “coisa de criança” encontra-se infundada, uma vez que é crescente o número de canais de *vlogs* em redes sociais como o *YouTube*, especializados em gravar o apresentador do canal jogando os *games* eletrônicos. *Vloggers*, como são conhecidos, possuem como grandes expoentes canais como *PewDiePie*, *Markplier* e *Smosh Games*, cujos quais se encontram entre os canais mais acessados do *YouTube*.

De certo é que o direito à liberdade de expressão e produção artística também inclui a produção de jogos virtuais. Assim, também se trata de objeto a ser estudado na presente obra, uma vez que, não surpreendentemente, também já foi tópico de controvérsia no território pátrio.

Um jogo que foi particularmente assunto de controvérsia e ampla divulgação midiática foi o jogo *Counter-Strike*. Trata-se de um jogo do tipo *first person shooter*, isto é, “tiro em primeira pessoa”, no qual o jogador pode integrar um entre dois times: o time dos terroristas, ou então o time das forças antiterroristas. Há diversas modalidades de jogos, como plantar bombas em áreas específicas, ou então simplesmente eliminação por completo do time inimigo. Os jogadores podem comprar diversos tipos de armamentos e equipamentos para cumprir os objetivos da partida.

Em razão do conteúdo violento e polêmico (o elemento de combate ao terrorismo), alguns entenderam que o jogo estaria estimulando os jogadores à prática de atos visando à subversão da ordem social e da democracia, bem como da segurança pública. De certo é que se fosse tão somente a opinião midiática, os danos teriam sido maiores. Mas o fato preocupante é que, de fato, um magistrado entendeu por PROIBIR a distribuição e comercialização desse jogo, bem como outro jogo chamado *EveryQuest*, um jogo do tipo *massive multiplayer online role playing game*,

ou seja, um jogo de encenação de personagens em nível massivo, online e com múltiplos jogadores. Trata-se de um jogo de fantasia no qual o jogador incorpora um personagem com determinada classe de luta e se aventura em um mundo digital.

Nesse caso, o magistrado em questão foi o juiz Carlos Alberto Simões de Tomaz, da 17ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais, decidindo, no processo de nº2002.38.00.046529-6, que os jogos *Doom*, *Postal*, *Mortal Kombat*, *Requiem Blood*, *Duke Nukem*, *Counter-Strike* e *Everquest* fossem proibidos de ser comercializados e distribuídos. A argumentação foi a de que esses jogos afetam a saúde das crianças e jovens, atentando contra a previsão do art. 227 da Constituição Federal, no qual prevê a proteção integral à criança, bem como art. 79 da Lei nº 8.089.

Destarte, já é possível encontrar traços de inconstitucionalidade e inconveniência em tal decisão, uma vez que não apenas viola o direito à liberdade de expressão e manifestação artística, como se trata de fundamentação extremamente seletiva e arbitrária do que constituiria influência negativa para a “saúde e bem-estar da criança e do adolescente”.

Na mesma lógica do magistrado, os ditos *fast-foods* haveriam de ser proibidos por servirem um produto que está diretamente relacionado à obesidade infantil. Ou então proibir as escolas de samba de se apresentarem por frequentemente estarem associadas à nudez.

Existem diversas temáticas que poderiam vir a ser argumentadas como “corruptoras da juventude”. Talvez a filosofia socrática, por exemplo, também deveria vir a ser proibida por potencialmente “corromper a juventude” brasileira? É legítimo que o Estado censure uma obra filosófica sob essa mesma argumentação? De certo que não.

Em razão disso, evidencia-se que essa linha argumentativa é insustentável juridicamente, não obstante violadora de direitos fundamentais e humanos.

Todavia, há de se fazer uma importante observação: como se disse anteriormente, uma classificação etária não constitui censura prévia, e isso sim poderia ser argumentado como medida de proteção à infância e juventude. Todavia, proibir o CONTEÚDO de um jogo, seja ele violento e imoral ou não, é simplesmente contrário às normas constitucionais e convencionais.

Felizmente, a decisão do magistrado não fora mantida pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que veio a liberar os jogos então proibidos<sup>4</sup>.

Assim, é evidente que, diante dos casos apresentados, a liberdade de expressão, direito tão batalhado e necessário para o pleno desenvolvimento do Estado Social Democrático de Direito, fora violado, mesmo em uma época em que a proteção aos direitos fundamentais e humanos se encontra mais explícita do que tem tempos passados do país.

Talvez, em uma breve reflexão, não haveria de se tomar direitos como garantidos, uma vez que, mesmo que garantidos pela letra da lei, por vezes, o próprio Estado, por meio de elaboradas e furtivas interpretações que mal fundamentam as decisões judiciais, pode vir a minar esses mesmos direitos. É dever da doutrina, bem como os operadores do direito num geral, de batalhar e fazer valer esses direitos frente à tirania hermenêutica por parte de magistrados como o referido acima. Seria o mínimo dever que a presente geração teria para com as gerações que pagaram o último preço em favor do direito do ser humano se expressar de forma livre e sem o medo de perseguição, desde que se respeite a liberdade e demais direitos.

#### 4.2.2 Dos casos estrangeiros

Para explorar ainda melhor o assunto, seria interessante abordar um caso hipotético em que poderia haver uma decisão similar em razão do conteúdo.

Um meio de entretenimento audiovisual muito popular entre o público infantil, jovem e até mesmo adulto são os *animes*.

Tratam-se de desenhos animados produzidos no Japão englobando diversos gêneros, envolvendo temáticas como luta, mistério, vida cotidiana, terror, militar, entre muitos outros. Todavia, assim como outras formas de entretenimento, os *animes* também tratam acerca de temas como sexualidade e erotismo, incluído aspectos tidos como imorais a ele relacionados, tais como incesto, pedofilia e estupro.

A terminologia para esse tipo de animação japonesa se dá pelo nome de *hentai*, expressão japonesa que literalmente significa “comportamento incomum” ou “atitude estranha”. Trata-se de animações de sexo explícito. Assim como a pornografia

---

<sup>4</sup> REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. Leia a decisão que proibiu venda de jogos eletrônicos violentos, ConJur, 2008. Disponível em: < [https://www.conjur.com.br/2008-jan-28/leia\\_decisao\\_proibiu\\_venda\\_jogos\\_violentos](https://www.conjur.com.br/2008-jan-28/leia_decisao_proibiu_venda_jogos_violentos) >. Acesso em: 18 out. 2017.

em geral, também engloba diversos temas. Alguns exemplos de gêneros de *hentai* seriam o *yaoi*, ou seja, relacionamentos homossexuais entre homens; o *yuri*, que seria o relacionamento homossexual entre mulheres; o *futanari*, que retrata travestis e transexuais; *shotacon*, no qual adultos sentem-se atraídos por garotos mais novos; *lolicon*, no qual adultos sentem-se atraídos por garotas mais novas e, talvez ainda mais polêmico, o *toddlercon*, que trata de cenas eróticas envolvendo bebês e crianças de até 6 anos de idade.

Há de se ressaltar que nem todas as classificações necessariamente estariam adstritas ao *hentai*. É possível, por exemplo, uma história de *yaoi* sem nenhum tipo de sexo explícito, tal como o *anime* “*Yuri!!! on Ice*”, que aborda a história de dois patinadores que desenvolvem um relacionamento homossexual ao longo da trama.

De certo é que esses gêneros de *anime* são controversos e, para a quase totalidade da sociedade, seria considerado imoral, sobretudo os gêneros *shotacon*, *lolicon* e *toddlercon*, uma vez que tratam de crianças em cenas de sexo e erotismo explícito.

É interessante considerar que, tal como o *A Serbian Film – Terror sem Limites*, esses gêneros de *anime* são inteiramente fictícios, ainda mais que o filme sérvio. Ora, os *animés* são animações, desenhos animados provenientes do imaginário humano. Sequer há aparição de pessoas de verdade durante a animação. Nesse sentido, seria, de forma análoga, a mesma problemática que fora abordada anteriormente em relação a jogos eletrônicos com temáticas violentas e controversas.

Como dito anteriormente, não há de se questionar a latente imoralidade por parte desses gêneros. Isto é certo. O que há de se questionar na presente obra são os aspectos jurídicos e legais por trás dessa forma de entretenimento.

Ora, como foi também abordado anteriormente, quaisquer representações de atos de violência, ou qualquer tipo de ação ou omissão que seja considerada uma violação a bens jurídicos e direitos, não implica que o produtor de determinada obra advogue tais ideias, podendo se tratar tão somente da narrativa de uma história que envolve tais temas, bem como não seria razoável argumentar que os destinatários virtuais de tais condutas venham a ser considerados para fins de sanções.

Nesse sentido, seria interessante abordar um exemplo desse tipo de mídia, com o intuito de demonstrar de forma mais coerente a presente argumentação.

O *anime Kodomo no Jikan*, cuja tradução literal do título se dá por “O Tempo de uma Criança”, fora produzido pelo *Studio Barcelona* e conta como diretor o sr. Eiji Suganuma. Fora veiculado entre os dias 12 de outubro de 2007 e 28 de dezembro 2007, com um total de 12 episódios. O *anime* fora parcialmente censurado na televisão japonesa em razão do conteúdo controverso.

Trata-se de uma história na qual um professor do primário, Daisuke Aoki, começa sua carreira na Escola Elementar Futatsubashi, ficando responsável pela turma da 3º série da sala 3-1. Lá, encontra uma aluna, Rin Kokonoe, que lhe chama a atenção em razão do comportamento não usual para a idade dela, tal como linguajar adulto. Inicialmente, Rin Kokonoe começa a se aproximar mais de Daisuke Aoki, clamando ser sua namorada.

O professor acredita que se trata apenas de uma brincadeira de uma criança levada, até que Rin Kokonoe começa a fazer avanços de teor sexual para com o professor. Chocado, ele começa a deduzir que Rin Kokonoe vem de um lar problemático e procura a ajudar a descobrir o que há de errado com sua aluna, numa tentativa de ajudá-la.

Acaba por descobrir que a mãe de Rin Kokonoe morreu em razão de uma doença, deixando-a sob os cuidados de um primo, Reiji Kokonoe, que se torna seu guardião.

Ele, Reiji Kokonoe, possui traumas em razão da morte da mãe de Rin, pela qual tinha sentimentos e chegou a se relacionar amorosamente. Em razão desse trauma, possui episódios de violência e paranoia, muitas vezes levando-o a restringir a liberdade de Rin Kokonoe, sobretudo quando descobre que ela tem sentimentos pelo seu professor.

Considerando esse ser um brevíssimo resumo da trama, há de se considerar que, ao longo dela, há vários momentos onde Rin Kokonoe faz avanços sexuais para com seu professor, o que o enfurece e o faz recusar, sobretudo porque isso poderia levar não somente à ruína de sua carreira, como até mesmo se tornar um caso criminal.

Ressalta-se que o lançamento desse anime causou uma grande polêmica no mercado norte-americano, que mostrou grande rejeição em razão da temática tabu<sup>5</sup>.

Assim, associando a presente obra audiovisual às perspectivas doutrinárias abordadas nessa obra, seria razoável considerar que, apesar de o *anime* abordar temáticas controversas, tais como a pedofilia, há de se observar que não há lesão a bem jurídico algum, uma vez que não há presença de pessoas reais. Trata-se tão somente de um desenho proveniente do imaginário do artista, dentro de sua liberdade para se expressar.

Também não haveria de se considerar que o autor está a fazer apologia à prática de atos que violem a dignidade sexual de menores, tanto que na própria trama o professor Daisuke Aoki fica horrorizado ao ser confrontado por Rin Kokonoe, que inclusive ameaça o professor de gritar pedindo ajuda, levando às pessoas nas proximidades a acreditar que se trata de um predador sexual. É importante ressaltar que a temática da pedofilia se trata de um dos elementos narrativos acerca de uma história focada em abordar problemas familiares, abandono e maus tratos de menor, mesmo que em dados momentos o desenho apresente situações bem-humoradas.

Como argumentado anteriormente, o mero retrato de cenas controversas e até mesmo criminais, desde que sua produção não tenha como meio a prática de crimes, não haveria de ser considerado uma prática criminosa em si. Também, o ato de instigar envolve um clamor, um chamamento de uma ou mais pessoas para a prática de uma determinada conduta.

Mesmo em uma situação na qual são passadas na tela instruções ao consumidor do entretenimento que, *ipsis literis*, seja a prática de um crime, disso não se deduz que o autor da obra busca instigar o consumidor a praticar tais atos na vida real, como argumentado no caso da franquia de jogos *Grand Theft Auto* e *Call of Duty*. O intuito é que o consumidor pratique tais atos dentro do ambiente virtual.

Assim, no caso do *anime*, seria diferente se os produtores, por exemplo, quebrassem a quarta parede e se expressassem aos telespectadores através de verbos imperativos ou sugestivos, para que estes cometam práticas delituosas. Todavia, em nenhum momento na obra se encontra presente essa situação, o que

---

<sup>5</sup> ICV2. "This issue must be addressed". Jason DeAngelis of Seven Seas on "Nymphet", ICv2, 2007. Disponível em: <<https://icv2.com/articles/comics/view/10662/jason-deangelis-seven-seas-nymphet>>. Acesso em 15 out. 2017.

haveria de vir a ser considerado lícito a reprodução de tal animação em solo pátrio, dada a respectiva restrição etária.

Ainda dentro da seara dos *animes*, haveria também se abordar os *eroges*, que são uma junção dos termos em inglês *erotic games*, isto é, jogos eróticos. Tratam-se de jogos tipicamente suportados por consoles de videogame e computadores que possuem como característica marcante a estrutura narrativa, podendo ou não ser linear, bem como possibilitando ou não a interação do jogador em tarefas dentro do jogo através de um controle ou *mouse*, apesar de muitas constituírem apenas textos e diálogos. Todavia, todos os *eroges* necessariamente haverão de ter natureza erótica.

Tal como acontece com os *animes*, os *eroges* possuem diversos gêneros, alguns dos quais controversos, como por exemplo os *eroges lolicons*, isto é, jogos eróticos envolvendo situações nas quais adultos se encontram atraídos por crianças do sexo feminino.

De certo é que se trata de tema controverso e, para muitos, ultrajante e também vindo a considerar o conteúdo potencialmente ilícito.

Todavia, a mesma argumentação permanece: moral ou imoral, trata-se de uma extrapolação do direito de liberdade de expressão artística? Ora, de certo é que nenhuma pessoa está sendo vitimada com a produção de uma obra de conteúdo questionável. Não há pessoa humana alguma sendo violentada. Tampouco o produtor de tal jogo incita os jogadores a praticarem isso no mundo real, apesar das instruções em relação ao mundo virtual.

Se a interpretação se desse restritivamente, diversas obras audiovisuais, e até mesmo as de natureza não audiovisuais, haveriam de ser proibidas. A título de exemplo, tal atitude recorreria na interpretação, *data vênia*, inconsistente e absolutamente inconstitucional de proibir a Bíblia Sagrada (PINTO, 1965, p. 67) por conter passagens, notadamente no pentateuco, prevendo a pena de morte em resposta a determinadas práticas consideradas proibidas, como se exemplifica com o seguinte versículo: “Guardai o meu sábado, porque êle deve ser santo para vós. Àquele que o violar, será castigado com a morte. Se algum trabalhar neste dia, perecerá do meio do seu povo”.

Nesse sentido, haveria de ser razoável a interpretação de que a Bíblia Sagrada incita os devotos do cristianismo a praticar homicídio contra todo aquele que não guardar o sábado? De certo que não.

Dentro dessa linha de raciocínio, porque haveria de ser diferente com outras obras, inclusive aquelas voltadas ao entretenimento e com caráter audiovisual? Não seria cabível um direito fundamental e humano ser interpretado à discricionariedade do Estado, seja para atender fins do próprio Estado ou de grupos através da atuação estatal.

É exatamente em razão do repúdio da sociedade em considerar que existam pessoas que retiram prazer a partir de entretenimento controverso e imoral perante os olhos dessa mesma sociedade que se justifica a importância de discorrer acerca da legitimidade ou não de determinadas formas de entretenimento, de modo a evitar que, por clamor social, direitos humanos e fundamentais venham a ser restringidos pelo próprio Estado.

Mesmo que haja aprovação popular, é razoável que o Estado venha a suprimir garantias constitucionais pétreas?

Por fim, cabe abordar mais um exemplo de obra de entretenimento dentre o meio audiovisual. Dessa vez, um caso emblemático que fora julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, o órgão judicial do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos. Trata-se do caso “A Última Tentação de Cristo vs. Chile”.

Destarte, é necessário fazer um breve resumo do caso a ser abordado.

O objeto da controvérsia é o filme *A Última Tentação de Cristo*, dirigido por Martin Scorsese, sendo que o filme é baseado numa obra literária escrita por Nikos Kazantzakis. Em poucas palavras, a obra retrata uma história alterativa na qual Cristo de Nazaré não teria sido crucificado no Calvário e teria tido uma vida tida como comum, constituindo família. De certo, trata-se de uma enorme divergência da narrativa que se encontra na Bíblia Sagrada, uma vez que Jesus de Nazaré teria sido crucificado em razão de perseguição das autoridades da época contra seus ensinamentos, considerado inclusive herético pelas autoridades clericais de sua época.

Em primeiro momento, a *United International Pictures Ltd.* peticionou para que o Conselho de Classificação Cinematográfica do Estado do Chile permitisse a veiculação do filme em território chileno. O pedido foi inicialmente negado.

Então, outra petição fora enviada, mas dessa vez o Conselho de Classificação Cinematográfica do Estado do Chile permitiu a veiculação, mediante

votação majoritária, desde que fosse reclassificado para ser exibida para o público acima da idade de 18 anos.

Todavia, setores católicos da sociedade chilena peticionaram para a Corte de Apelação de Santiago para que a decisão do Conselho fosse anulada. A Corte de Apelação se direcionou em tal sentido, proibindo em absoluto a veiculação do filme, de forma a anular a sentença do Conselho. A argumentação para tal decisão era de que o Chile se trata de Estado confessional e cujos valores derivam da imagem de Cristo, sendo que o filme seria uma distorção inaceitável do mesmo. Não obstante, argumentou a Corte de Apelação que essa distorção da imagem de Cristo levaria à destruição do credo alheio, bem como seria um impeditivo para a “liberdade de expressão” do indivíduo.

O presidente chileno na época, o sr. Eduardo Frei Ruiz-Tagle, propôs uma emenda à constituição chilena, buscando substituir o sistema de censura cinematográfica para o sistema de classificação indicativa. Todavia, a Suprema Corte de Justiça do Chile manteve a decisão da Corte de Apelação, proibindo a veiculação do filme em todo o território chileno.

Em resposta a isso, a *Asociación de Abogados por las Libertades Públicas A.G*, em português Associação de Advogados pelas Liberdades Públicas A.G, por meio de seus advogados, protocolou uma petição na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão consultivo do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos.

No caso específico, o sr. Colombara López, advogado privado, todavia sendo também empregado pela Universidade Católica do Chile, alega que ele se sente prejudicado pela proibição da veiculação do filme. Em consequência disso, sentiu-se violado de seu direito de formar opinião acerca do filme, bem como teve seu direito de acesso à informação lesado. Também, o sr. Insuza Tagle, em seu quarto ano de estudos jurídicos, alegou também estar sendo impedido de se desenvolver intelectualmente em razão desse impedimento por parte do Estado chileno, de modo que está sendo violado de seu direito de formar sua opinião de forma independente e autônoma.

Então, a Câmara dos Deputados adota a emenda constitucional, autorizando o Conselho de Classificação Cinematográfica do Estado do Chile monitorar a exibição, bem como classificação das obras. Nesse sentido, haveria de ser possível o Estado chileno censurar conteúdos tidos como impróprios.

Após a petição ter sido enviada para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, esta considerou admissível o caso, entendendo que o Estado do Chile violou direitos previstos no Pacto de San José da Costa Rica, do qual é signatário e já ratificado em seu ordenamento jurídico. No caso, foi entendido que o Estado violou os artigos 12 e 13, prevendo os direitos de consciência e credo e direito de liberdade de pensamento e expressão, respectivamente.

Assim, a Comissão recomendou que o Estado do Chile deixasse de censurar esse e quaisquer outros filmes, devendo modificar as normas de seu ordenamento jurídico em conformidade com a previsão normativa do tratado internacional de direitos humanos vigente em território chileno, permitindo que os seus cidadãos pudessem acessar livremente o conteúdo, bem como a reparação às vítimas e ressarcimento de custas processuais. O Estado do Chile não cumpriu tais recomendações, o que justificou a submissão do caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Corte veio entender de forma unânime que o artigo 13 do Pacto de San José da Costa Rica fora violado pelo Estado do Chile, apesar de entender, também de forma unânime, que não houvera violação ao artigo 12 do mesmo Pacto, uma vez que, apesar de censurados e efetivamente impedidos de livremente buscar informações para poderem desenvolver individualmente suas próprias opiniões, as vítimas não foram coagidas, tampouco impedidas de terem suas próprias religiões e credos, ou a ausência destes. Assim, o artigo 13, que prevê o direito de liberdade de pensamento e expressão fora violado, relacionando-se inclusive ao artigo 1.1 e 2 do Pacto, no sentido de que o Estado tem a obrigação de respeitar os direitos do Pacto, bem como adequar suas normas internas em conformidade ao Pacto.

Convém apresentar as disposições normativas do artigo 1 e 2 do Pacto de San José da Costa Rica:

Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos

1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

Artigo 2. Dever de adotar disposições de direito interno Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e

com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades

Todavia, convém ressaltar que o caso não teve opiniões idênticas entre todos os julgadores. Dentre os magistrados que compuseram a Corte, o juiz Carlos Vicente de Roux Rengifo entendeu, em opinião apartada, que não houve violação ao artigo 12 porque as vítimas não apresentaram evidências específicas para que fosse demonstrado que seus direitos de crença e consciência foram violados em razão da censura ao filme, isto sendo fato consumado.

Em opinião concorrente, Antônio A. Cançado Trindade, juiz e também presidente da Corte, entendeu que este caso se tratava do primeiro caso em que a Corte delibera acerca de uma violação ao direito de liberdade de pensamento e expressão, o que justificaria vir a ser considerado um caso emblemático. Nesse sentido, argumentou o juiz que leis domésticas que venham a violar direitos humanos são, por si só, uma violação contínua de direitos humanos, não havendo nenhum impeditivo que as normas do Pacto de San José da Costa Rica venham a ser diretamente e imediatamente aplicadas num caso concreto, uma vez que se trata de norma válida e aplicável desde já. Havendo vítimas, o Estado também se encontra na obrigação de reparar todo dano e tomar medidas para que o mesmo não ocorra novamente em uma situação futura.

Apesar desses dois pensamentos, nas demais decisões, a Corte permaneceu unânime ao condenar o Estado do Chile por violação ao direito de liberdade de pensamento e expressão, vindo a imputar ao Estado as seguintes medidas assecuratórias de satisfação e não-repetição de violações: a-) readequação das normas domésticas, eliminando quaisquer formas de censura; b-) pagamento de US\$ 4,290 para as vítimas, bem como seus representantes, bem como as custas processuais.

A condenação fora cumprida por parte do Estado do Chile, pagando a importância imputada, bem como adequando as normas internas por meio da adoção da emenda constitucional proposta pelo então presidente Frei Ruiz-Tagle, eliminando a censura, apesar de manter o sistema de classificação etária, com o intuito de proteger menores, não se tratando de violação a nenhum direito humano. Cumprido o que determinava a condenação, o caso fora encerrado e as vítimas notificadas do cumprimento.

Esse é um breve resumo dos fatos relacionados ao Caso *La Última Tentación de Cristo vs. Chile*.

Convém agora estabelecer algumas observações em relação ao julgado da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Ora, seria razoável considerar que a Corte entendeu que quaisquer formas de pensamento e manifestação, que não constituam ilícitos frente a outros direitos, não haveriam de ser censuradas em razão de conteúdo, por mais ultrajante que seja.

De certo é que os setores mais tradicionalistas e religiosos da população chilena consideraram um ultraje a trama do filme, clamando para que o governo não permitisse que o filme fosse exibido em território chileno.

Fazendo uma breve conjectura: num caos hipotético, considerando que a esmagadora maioria da população chilena apoiasse a medida autoritária por parte do Estado chileno em censurar obras em razão do sentimento de ofensa por parte do público religioso, isso justificaria e legitimaria a medida estatal? Se a esmagadora maioria da população apoiasse uma violação de direitos humanos, seria legítima a atitude por parte do Estado? Poderia um povo, sob a justificativa de autodeterminação de seu povo, vir a desrespeitar as previsões convencionais que foram previamente assinadas e ratificadas?

Aqui há de se entender que não seria admissível tal argumentação, uma vez que o objetivo final dos direitos humanos, salvo melhor juízo, é a proteção da dignidade do ser humano enquanto pessoa.

O Estado Democrático frequentemente é tido como sendo a representação dos anseios da maioria de uma população.

Todavia, considerar tão somente essa linha de raciocínio levaria ao que o filósofo inglês John Stuart Mill denomina como “tirania da maioria”.

A relação entre a presente linha argumentativa e a perspectiva de John Stuart Mill (1963, p.20) pode ser melhor expressa no seguinte trecho:

Vamos supor, portanto, que o govêrno está inteiramente de acôrdo com o povo, não pensando nunca em exercer qualquer poder de coerção a menos que seja de acôrdo com o que supõe seja a voz do povo. Nego, porém, o direito de o povo exercer tal coerção, seja por êle próprio, seja pelo govêrno. O poder em si é ilegítimo. O melhor govêrno não tem mais direito a êle do que o pior. É tão prejudicial ou mais prejudicial quando exercido de acôrdo com a opinião pública do que quando em oposição a ela. Se todos os homens menos um fôssem da mesma opinião, aquêles não teriam mais razão de

impor silêncio a êste, do que a êste, se tivesse fôrças, se justificaria fazendo silenciar todos os demais. Se uma opinião fôsse possessão pessoal valiosa tão-só para o possuidor, se o impedimento ao gozo dela fôsse simplesmente injúria privada, não haveria diferença se se infligisse a injúria a poucas pessoas somente ou a muitas. Mas o mal peculiar inerente ao silenciamento da expressão de uma opinião consiste em que se está roubando a raça humana, tanto a posteridade quanto a geração existente - os que discordam da opinião, ainda mais do que quantos a sustentam

Assim, mesmo que por aprovação popular e baseando-se na moralidade majoritariamente aceita em sociedade, um Estado não teria legitimidade de censurar e violar um direito humano, e no caso do Brasil, fundamental, sob tal alegação. A sociedade poderia, contudo, vir a demonstrar insatisfação através desse mesmo direito de liberdade de se expressar que o suposto ofensor se valeu.

Obviamente, tratando-se do abuso desse direito como um meio para cometer ilícitos, é certo que caberia ao Estado restringir esse direito visando proteger outros direitos igualmente importantes na hierarquia constitucional.

Todavia, não foi o que se encontrou no Caso *La Última Tentación de Cristo* vs. Chile. O Estado, motivado não apenas pela moralidade advogada pelo próprio Estado do Chile, uma vez que se trata de estado confessional, professando como religião oficial do Estado a Igreja Católica Apostólica Romana, mas também por muitos dos cidadãos, acabou por violar um direito convencionalmente previsto, sendo condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos por tal violação.

Aplicando essa observação aos demais casos abordados na presente obra, é razoável e consistentemente sólido o raciocínio de que, tanto a Constituição Federal, quanto o Pacto de San José da Costa Rica, bem como as correspondentes jurisprudências são claras em considerar que o conteúdo de uma obra, por mais imoral, repudiante e ofensivo que possa ser aos olhos de alguns, não haveria de ser censurada pelo Estado, quando não há, no caso concreto, violação a qualquer outro direito constitucional ou convencional.

Assim, esse mesmo entendimento há de se aplicar a formas similares de entretenimento, tais como jogos e desenhos animados, os quais encontram ainda mais imersos no elemento de fantasia e simulação virtual, podendo ser considerados, de um certo ponto de vista, ainda mais improváveis de causar danos do que um filme que envolva pessoas reais, em razão do próprio elemento de fantasia e computação gráfica.

De certo é que muitos argumentariam, tal como já ocorrera em outras situações, que determinados jogos incitam a violência e comportamentos antissociais, responsáveis por diversas situações trágicas, tanto nacionalmente quanto internacionalmente, e isto seria razão legítima para censura em razão do conteúdo.

Ora, em contraponto a esse argumento, ressalta-se o exemplo dado em relação a Bíblia Sagrada: se um livro que, em linhas expressas, ordena a execução de pessoas por trabalharem no sábado não inspira no coração da esmagadora maioria dos cristãos o sentimento de matar em nome desse comando divino, qual seria o elemento diferenciador em relação a formas de entretenimento? Se um livro envolvendo pessoas reais não incita tal sentimento, o que dirá de um meio no qual os personagens na história sequer existem?

Adicionando à argumentação dois relatos: acerca das alegações de suicídio decorrente da obra “Os Sofrimentos do Jovem Werther” de Johan Wolfgang von Goethe e da controvérsia em relação à obra “O Apanhador no Campo de Centeio” de Jerome David Sallinger, sendo que uma cópia da obra estava na posse de Mark David Chapman no dia do assassinato do ex-*Beatle* John Lennon em frente ao edifício Dakota, alegando aquele que uma das motivações do assassinato seria o conteúdo do livro, junto com a intolerância religiosa que tinha em relação às declarações de John Lennon em relação à Deus e à religião de modo geral.

Seria uma linha de raciocínio razoável considerar a censura de tais obras em razão de supostas influências para a prática de atos de violência? E mesmo considerando que fosse, de fato, uma influência para a prática de tais atos, seria razoável proibir uma determinada obra frente a tantos outros casos de pessoas que são expostas a esse mesmo conteúdo e não apresentam comportamento similar? De certo é que muitas pessoas gozam de jogos eletrônicos de conteúdo extremamente violento, como *Counter-Strike* ou jogos da série *Mortal Kombat*. Todavia, para os milhares de consumidores desse produto do entretenimento digital espalhados ao redor do mundo, percebe-se que são extremamente limitados e determinados os casos nos quais supostamente essas mídias teriam sido uma motivação ou então uma influência para a prática de um ilícito.

Questiona-se também se esse tipo de linha argumentativa não ignora outras variantes para o caso, tais como problemas psicológicos prévios, desestrutura familiar, uso de entorpecentes e psicotrópicos, psicoses, entre outras fortes influências que poderiam vir a contribuir com o resultado.

É coerente a argumentação de que uma mídia, apesar de poder vir a servir de influência num caso concreto isolado, não justifica a censura desse mesmo conteúdo por parte do Estado, uma vez que a interpretação subjetiva do agente pode não ser a mesma de outros milhares de sujeitos expostos ao mesmo conteúdo. Ademais, o Estado não teria legitimidade para censurar uma obra em razão do conteúdo em razão de força normativa constitucional e convencional.

O agente violador alegar tal influência também não implica que o produtor de determinada obra estaria advogando a prática de tais atos. Assim, se um atirador hipotético alegasse que algum jogo da franquia *Call of Duty* serviu de inspiração para um massacre, não haveria de ser uma implicação lógica de tal alegação que a companhia advogou o ato praticado pelo atirador. É razoável considerar que essa influência alegada é uma interpretação única e exclusivamente da mente muito provavelmente transtornada de tal pessoa, visto que o mesmo conteúdo não leva outros milhares a cometerem tais atos.

## 5 CONCLUSÃO

Ante o exposto, é possível concluir que, ao analisar a história por trás dos direitos humanos tal como hoje se conhece, muitas mudanças sociais, políticas e econômicas ocorreram, gerando, no processo, muito sofrimento, abusos e maus-tratos justificados por diversas fontes, como estamento, etnia, religião e renda.

A primeira dimensão de direitos humanos detém o espírito de liberdade humana, tornando o homem não apenas um sujeito de direitos, mas também de uma imposição ao Estado para que este se abstenha de tutelar todos os aspectos da vida em sociedade. Todavia, como observado, liberdade tão somente é uma capacidade de realizar as próprias razões, desconsiderando qualquer implicação social de tal atuação. Em razão das vicissitudes que hão de vir junto com os bons frutos da liberdade, tornou-se necessária uma segunda ótica para analisar os direitos das pessoas. Dentre outros documentos referentes a essa dimensão, destacam-se a Magna Carta, a *Bill of Rights*, a Constituição norte-americana e francesa.

A segunda dimensão, inspirada pelas ideologias críticas ao regime capitalista, detém o espírito de igualdade entre as pessoas, de modo que as desigualdades sociais não sejam uma razão para ainda mais abusos e atos de crueldade. De certo que muitas das ideologias que inspiraram essa segunda dimensão, por si mesmas, mostram desprezo ao estado democrático de direito, advogando sua destruição. Todavia, não se torna uma dimensão menos necessária para que a dignidade das pessoas seja preservada, ao menos em um mínimo existencial. Entre os documentos de maior destaque, encontram-se a Constituição mexicana de 1917 e a Lei Fundamental da República de Weimar.

Por fim, a terceira dimensão surge a partir das cinzas de um mundo destruído e marcado pelos horrores indescritíveis da Segunda Grande Guerra Mundial. Tarde demais o ser humano passou a perceber que uma nação livre e igual, por si só, também não impede que a dignidade humana seja minada. Torna-se inútil países livres e iguais combatendo entre si ao ponto de reduzir cidades a cinzas. Em razão disso, a Organização das Nações Unidas é fundada para que se mantenha a paz entre os Estados, procurando evitar que tragédias como as que marcaram o século XX não se repitam. Documentos de relevância para essa dimensão, dentre outros, são a Carta da ONU e a Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU.

Dentre os direitos que constituem os pilares de um Estado Democrático de Direito, encontra-se a liberdade de expressão, que por sua vez se trata de uma manifestação da primeira dimensão de direitos humanos, que fora positivada no rol de garantias fundamentais e liberdades individuais do art. 5º da Carta da República.

É de entendimento majoritário que não se trata de um direito absoluto, uma vez que não seria admissível que a liberdade de expressão e manifestação fosse um veículo para a prática de crimes e outros atos ilícitos. Não há hierarquia entre a proteção constitucional dada para o direito de pensamento e liberdade de expressão e outros direitos e garantias fundamentais, devendo o juiz ponderar no caso concreto. Não se tratam de normas mutuamente exclusivas, como se dá com regras.

A fim de tornar mais didática a leitura conclusiva da presente obra, convém expor, de forma resumida os pontos abordados na exposição doutrinária na forma de tópicos. Assim, seguem-se as seguintes conclusões:

A-) Liberdade se trata de um termo polissêmico, ou seja, portador de múltiplos sentidos. Juridicamente falando, convém a definição de que liberdade se trata da capacidade de realizar vontades, estando essa capacidade limitada quando dentro de uma sociedade, regida por normas. Expressão se trata do ato de manifestar algo através de um determinado meio. Assim, liberdade de expressão é uma capacidade de expressar os pensamentos e sentimentos de um indivíduo para outros indivíduos através da linguagem em seus mais diversos meios.

B-) A liberdade de expressão constitui um direito humano historicamente afirmado e pertencente, originalmente, à primeira dimensão de direitos fundamentais, a qual garante os direitos individuais e políticos das pessoas. Todavia, esse direito incide em outras dimensões de direitos humanos, como de acesso à informação e o acesso à Internet. Esse direito, na história do país, vem sido constantemente cerceado e, em alguns regimes, sistematicamente limitada à conveniência das autoridades, sendo a presente constituição o documento legal mais garantista no que tange à proteção de direitos humanos e fundamentais.

C-) A liberdade de expressão e manifestação do pensamento não se trata de um direito absoluto e ilimitado, uma vez que o uso indiscriminado da liberdade de expressão poderia trazer uma série de inconvenientes e até mesmo danos a outros direitos, pessoas e coisas. Por exemplo, os crimes contra a honra, apresentação de conteúdo adulto em horários e canais impróprios e exposição de códigos nucleares e

segredos de Estado ao público de modo a colocar em risco a segurança de uma nação inteira.

D-) No presente ordenamento, de acordo com as normas previstas na Constituição Federal de 1988, no rol de direitos e garantias fundamentais do art. 5º, incisos IV, VI, IX, é expressamente garantido que é livre a manifestação do pensamento, com vedação ao anonimato, estando protegidas a liberdade de consciência e crença, bem como a expressão artística, intelectual, científica e de comunicação, sendo inclusive vedada a censura prévia ou licença, independentemente de conteúdo exposto. Trata-se de norma constitucional inovadora e garantista, uma vez que frente a todo o passado histórico do Brasil, o direito de liberdade de expressão encontrava-se frequentemente limitado e por vezes cerceado pelo próprio estado, até mesmo com amparo constitucional em seus respectivos tempos.

E-) O presente ordenamento também encontra previsões normativas em tratados internacionais de direitos humanos assinados e ratificados pelo Brasil, tais como o Pacto de San José da Costa Rica, o Pacto Internacional de Direitos Civis de 1966 e a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial de 1969, apesar dessa última apresentar algumas incompatibilidades com a Constituição Federal de 1988.

F-) Por não ser um direito absoluto e ilimitado, é possível restringir algum desses direitos dentro das hipóteses previstas na Constituição Federal, uma vez que norma infraconstitucional alguma pode limitar a Constituição, a norma tópica e superior do ordenamento jurídico pátrio.

G-) Dentre as hipóteses, destacam-se a proteção do art. 5º, inciso X da Constituição Federal, garantindo o direito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas. Nesse sentido, a liberdade de expressão não pode ser invocada para justificar a violação dessas garantias de igual valor constitucional.

H-) Não constitui uma atuação ilegítima do Estado limitar a faixa etária referente a um determinado conteúdo, como por exemplo, faixa etária para filmes eróticos ou violentos, sendo legítima a vedação da veiculação de tal conteúdo sem a classificação indicativa adequada ao público alvo ao qual o conteúdo se destina, visando garantir a proteção a outros direitos constitucionais.

I-) A liberdade de expressão constitui uma ferramenta essencial e nuclear ao processo democrático e participação cidadã, pois é o instituto que permite aos cidadãos investigar seus governantes, criticá-los e expor opiniões.

J-) Quanto à manifestação de ideologias odiosas e intolerantes: pelo presente ordenamento, haveriam de ser toleradas enquanto forem meras manifestações do pensamento humano. A partir do momento em que houver qualquer tipo de instigação, práticas discriminatórias, injúrias, atos atentatórios à ordem constitucional e democrática, entre outros já abordados, o direito de se manifestar pode ser cerceado pelo Estado, uma vez que o direito não é absoluto e está sendo usado com a finalidade de violar demais direitos, inclusive os garantidos constitucionalmente.

K-) Algumas previsões normativas penais encontram-se em conflito com a presente ordem constitucional, sendo desejável mudanças legislativas no sentido de retirar tais normas do ordenamento jurídico, como por exemplo o crime de escrito ou objeto obsceno, apologia ao crime ou criminoso, crime de propaganda de atos contra a segurança nacional previsto na Lei de Segurança Nacional e crimes contra o sentimento religioso, entre outros.

L-) Direitos fundamentais podem conflitar em casos concretos, mas os direitos, em si e por si só, não se excluem em definitivo, não estando os direitos fundamentais, portanto, submetidos às regras de resolução de conflitos normativos pelos critérios cronológicos, hierárquicos e de especialidade para direitos fundamentais. Assim, deve o juiz, no caso concreto, se valer da ponderação para solucionar a lide, observando os requisitos de necessidade, adequação e ponderação propriamente dita, sopesando os valores em jogo para que se chegue ao melhor resultado possível.

As jurisprudências constitucionais também vêm caminhando no sentido de que o conteúdo jamais é um motivo para censura, apesar de poder ser exigido a indicação classificativa do filme, bem como restrição etária para salvaguardar outros direitos, o que se entende como tranquilamente lícito e legítimo, não constituindo censura prévia por parte do Estado.

Em relação à jurisprudência internacional, a Corte Interamericana de Direitos Humanos também aparenta ser bem clara quanto a esse entendimento. O Estado não tem legitimidade alguma de censurar uma obra artística em razão de seu conteúdo frente aos direitos humanos do Pacto. Argumenta-se que mesmo que uma

parcela majoritária da população venha a mostrar objeção, repúdio e até mesmo hostilidade em relação à determinada forma de entretenimento, o Estado não poderia, sob o argumento de exercer a vontade popular, vir a violar os direitos previstos no Pacto, bem como as garantias fundamentais previstas na Constituição em nível nacional.

Dessa forma, percebe-se que diversos argumentos frequentemente utilizados, sobretudo nos discursos midiáticos, pressionando o Estado para tomar alguma providência em relação a determinados tipos de conteúdo, tem origem em motivações ideológicas e interesses de determinados segmentos da sociedade. Como dito anteriormente, não há de se admitir que em razão da opinião de um grupo, mesmo que majoritário, um Estado tome medidas que venham a violar direitos humanos e fundamentais. Qualquer pessoa tem todo o direito de se valer da liberdade de expressão para criticar, condenar e até mesmo debochar de um determinado conteúdo. O que não seria admissível é um determinado segmento da sociedade querer incitar ou induzir o Estado a violar direitos constitucionalmente garantidos em razão do apelo popular.

Também, como já demonstrado anteriormente, um conteúdo ser meramente imoral não o torna (e nem deve tornar-se) um ilícito, salvo se também constituir a prática de um ilícito, como por exemplo, se valer de um meio de expressão para injuriar alguém.

A mera retratação de cenas de violência a direitos também não implica que aqueles que produziram a obra compactuam com o que é praticado pelos personagens em tela. Deixaria de se tratar de liberdade de expressão a partir do momento que a produtora incita os telespectadores a se comportar de uma determinada forma, vindo a praticar ilícitos e atos de discriminação, sendo, portanto, passíveis de sofrerem sanções. Toda incitação e induzimento pressupõe que não mais se trata de mera expressão, mas uma expressão visando à prática de condutas determinadas para produzir resultados no mundo concreto.

De maneira similar, não incorreria em crime a prática de um ato criminoso contra personagens virtuais, pois não se tratam de pessoas capazes de ser sujeitos passivos do ato dentro de um ambiente virtual. Seria impropriedade absoluta do objeto, como por exemplo tentar matar um morto, ou furtar algo que já pertence à pessoa.

Assim, tendo em vista que a parcela esmagadora do entendimento majoritário da doutrina, bem como os entendimentos jurisprudenciais abordados, inclusive em nível internacional com a decisão emblemática pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, é certo que tais argumentações encontram-se juridicamente infundadas, muitas vezes tratando-se de mero sensacionalismo midiático e tentativas de minar direitos humanos e fundamentais em razão de motivações ideológicas e políticas, o que não seria legítimo dentro do Estado Social Democrático de Direito e em consonância com as garantias fundamentais e direitos humanos previstos em tratados internacionais assinados e ratificados.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A SERBIAN FILM. **TERROR SEM LIMITES**. Direção: Srđan Spasojević. Contra Film, 2010.

APTHEKER, Herbert. **Uma nova história dos Estados Unidos: a revolução americana**. Tradução de Fernando Autran. Editora Civilização Brasileira: Rio de Janeiro, 1969.

ARISTÓTELES. **Os Pensadores**. Editora: Nova Cultural. 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Dicionário do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1994.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. **Constituição Federal da República federativa do Brasil (1988)**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html)>. Acesso em 10 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1967. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm) >. Acesso em 10 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. **Emenda Constitucional n.1, de 24 de janeiro de 1969**. Brasília, 1969. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm) >. Acesso em 10 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 5.250, de 09 de fevereiro de 1967. **Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação**. Brasília: Senado, 1967.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Brasília: Senado, 1940.

\_\_\_\_\_. Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. **Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor**. Brasília: Senado, 1989.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. **Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação**. Brasília: Congresso Nacional, 1992.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 65.810 de 8 de dezembro de 1969. **Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial**. Brasília: Congresso Nacional, 1969.

BURNS, Edward Mccnall. **História da civilização ocidental**. Tradução de Lourival Gomes Machado, Lourdes Santos Machado e Leonel Vallandro. 3. ed. Porto Alegre: Globo, 1974.

CALÍGULA. Direção: Tinto Brass. **Filme**. Itália/Estados Unidos, 1979.

CALL OF DUTY: MODERN WARFARE 2. **Desenvolvimento: Infinity Ward**.  
Publicação: Activision. 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed.  
Coimbra: Almedina, 2003.

CARTAS do assassino de John Lennon ao policial que o prendeu vão a leilão. **Site O GLOBO**. Matéria disponível em: < <http://g1.globo.com/musica/noticia/2013/02/cartas-do-assassino-de-john-lennon-ao-policial-que-o-prendeu-vao-leilao-1.html> >. Acesso em 04 out. 2017.

CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CASTRO, Flávia Lages de. **História do direito: geral e do Brasil**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

COUNTER-STRIKE. **Desenvolvimento: Valve Software**. 2000.

DANTON. **O PROCESSO DA REVOLUÇÃO**. Direção: Andrzej Wajda. Filme. França/Polônia, 1983.

DINIZ, Arthur José Almeida. **A crise de nossos dias**. Revista da Faculdade de Direito, Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, a. xxvii, n. 21, maio 1979.

DONNINI, Oduvaldo. **Imprensa livre, dano moral, dano à imagem, e sua quantificação à luz do novo código civil**. São Paulo: Método Editora, 2002.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1996.

\_\_\_\_\_. **Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa conforma a nova ortografia**. Coordenação Marina Baird Ferreira, Margarida dos Anjos. 4. ed. Curitiba: Ed. Positivo: 2009.

FILME sobre a morte de John Lennon estreia no Reino Unido. **Site O GLOBO**. Matéria disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Cinema/0,,MUL209625-7086,00-FILME+SOBRE+A+MORTE+DE+JOHN+LENNON+ESTREIA+NO+REINO+UNIDO.html>>. Acesso em 04 out. 2017.

FISS, Owen M. **A ironia da liberdade de expressão: Estado, regulação e diversidade na esfera pública**. Tradução e prefácio de: Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GRAND THEFT AUTO: SAN ANDREAS. **Desenvolvimento: Rockstar North**. Publicação: Rockstar Games. 2004

HIRSCH, Andrew von. **Censurar y castigar**. Título original: Censure and Sanctions. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

HOBBSAWN, Eric J. **A Era das Revoluções**. Europa 1789-1848. Trad Maria Tereza Lopes Teixeira e Macus Penchel. 17. ed. Rio de Janeiro. Paz e Terra. 2003.

HORTA, José Luiz Borges. **História do Estado de Direito**. São Paulo: Alameda, 2011.

HUXLEY, Aldous Leonard. **Admirável Mundo Novo**. Tradução de Vidal de Oliveira e Lino Vallandro. 12. ed. Porto Alegre, Rio de Janeiro: Globo, 1982

ICV2. "This issue must be adressed". Jason DeAngelis of Seven Seas on "Nymphet", **ICv2**, 2007. Disponível em: <<https://icv2.com/articles/comics/view/10662/jason-deangelis-seven-seas-nymphet>>. Acesso em 15 out. 2017.

KODOMO NO JIKAN. **Direção: Eiji Suganuma**. Studio Barcelona. 2007.

LAO-TSÉ. **Tao Te Ching: o livro que revela Deus**, [tradução e notas Humberto Rohden]. – 5. ed. – São Paulo: Martin Claret, 2013 – (Coleção a obra-prima de cada autor; 136)

LE GOFF, Jacques. **Em Busca da Idade Média (1924)**. Colaboração de Jean-Maurice de Montremy; Tradução de Marcos de Castro. 3.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Título original: **Two Treatises of Government**. Editora Martin Claret, São Paulo, 2002.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. Atualizado pelo prof. Miguel Alfredo Malufe Neto. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARTINS, Leonardo. **Liberdade e Estado Constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2012.

MARX, Karl. **Manifesto do Partido Comunista**. Tradução Luciano Cavini Martorano – São Paulo: Martin Claret, 2014.

MCCORMICK, Jessica. **“The Last Temptation of Christ” (Olmedo Bustos et al.) v. Chile.** Disponível em: <  
[https://iachr.ils.edu/sites/iachr.ils.edu/files/iachr/Cases/The\\_Last\\_Temptation\\_Of\\_Christ\\_v\\_Chile/mccormick\\_last\\_temptation\\_of\\_christ\\_olmedo\\_bustos\\_et\\_al.\\_v.\\_chile.pdf](https://iachr.ils.edu/sites/iachr.ils.edu/files/iachr/Cases/The_Last_Temptation_Of_Christ_v_Chile/mccormick_last_temptation_of_christ_olmedo_bustos_et_al._v._chile.pdf)  
 > Acesso em 30 set. 2017.

MILL, John Stuart. **Da Liberdade.** Tradução de E. Jacy Monteiro. São Paulo: Ibrasa. 1963.

MONTESQUIEU. **Do espírito das Leis.** Vol. 01. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

MORTAL KOMBAT. **Desenvolvimento: Midway Games.** Publicadora: Midway Games. 1992.

NUNES JR., Vidal Serrano. **A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística.** Editora FTD, 1997.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Estados Unidos: Nova York, 1948.

OS Sofrimentos do Jovem Werther. **Site ABRIL.** Disponível em: <  
<https://super.abril.com.br/comportamento/os-sofrimentos-do-jovem-werther/>>.  
 Acesso em 04 out. 2017.

PÉREZ-LUÑO, Antonio-Enrique. **Los derechos fundamentales.** Editorial Tecnos: Madrid, 1984.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Direitos humanos.** Coordenação geral Fábio Vieira Figueiredo, Fernando F. Castellani, Marcelo Tadeu Cometti. – 2. ed. - São Paulo: Saraiva, 2010. – (Coleção OAB nacional. Primeira fase)

PINTO, Felipe Chiarello de Souza. **Os símbolos nacionais e a liberdade de expressão.** São Paulo: Max Limonad, 2001.

PINTO, José Alberto L. de Casto. **Bíblia Sagrada.** Tradução do Padre Antônio Pereira de Figueiredo. Edição Barsa: Rio de Janeiro, 1965.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional.** 9. ed. rev., ampl. E atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

PLAUTUS, Titus Maccius. **Asinaria.** Disponível em <  
<http://www.thelatinlibrary.com/plautus/asinaria.shtml> >. Acesso em 23 mar. 2017.

POKÉMON RED VERSION. **Desenvolvimento: Game Freak.** Publicação: Nintendo. 1996.

POLO SABAU, José Ramón. **Libertad de expresión y derecho de acceso a los medios de comunicación.** Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid, 2002.

POPPER, Karl Raimund. **A sociedade democrática e seus inimigos**. Título da edição original inglesa: *The open society and its enemies*. Traduzido da edição de 1957 – Routledge & Kegan Paul, Londres. Tradução de Milton Amado, Belo Horizonte, Editora Itatiaia Limitada, 1959.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. Leia a decisão que proibiu venda de jogos eletrônicos violentos, **ConJur**, 2008. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2008-jan-28/leia\\_decisao\\_proibiu\\_venda\\_jogos\\_violentos](https://www.conjur.com.br/2008-jan-28/leia_decisao_proibiu_venda_jogos_violentos)>. Acesso em: 18 out. 2017.

ROMANCE de Goethe causa suicídios na sociedade alemã no séc. 18. **Site FOLHA**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/livrariadafolha/898978-romance-de-goethe-causa-suicidios-na-sociedade-alema-no-sec-18.shtml>>. Acesso em 04 out. 2017.

SALDANHA, Nelson Nogueira. **O chamado "Estado Social"**. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, n. 62, p. 55-81, jan. 1986

SALIBA, George. **A History of Arabic Astronomy: Planetary Theoris during the Golden Age of Islam**. New York University Press. 1994

SANKIEVICZ, Alexandre. **Liberdade de expressão e pluralismo: perspectivas de regulação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

SILVA, Alexandre Assunção e. **Liberdade de expressão e crimes de opinião**. Editora Atlas. São Paulo. 2012.

SOUTH PARK. Direção: Trey Parker e Matt Stone. **Série de desenho animado**. 1997.

STAR WARS: EPISÓDIO III. **VIGANÇA DOS SITH (STAR WARS EPISODE IV, REVENGE OF THE SITH)**. George Lucas. Produção: LucasFilm/ Rick McCallum. Estados Unidos.2004.DVD.

STAR WARS: EPISÓDIO IV. **UMA NOVA ESPERANÇA (STAR WARS EPISODE IV, A NEW HOPE)**. George Lucas. Produção: LucasFilm/ FoxFilm.Estados Unidos/ Inglaterra. 1977. DVD.

STAR WARS: EPISODIO V. **O IMPÉRIO CONTRA-ATACA (STAR WARS EPISODE V, THE EMPIRE STRIKES BACK)**. Direção: Irvin Kershner. Produção: LucasFilm. Estados unidos/ Inglaterra.1980.DVD

STAR WARS: EPISÓDIO VI. **O RETORNO DO JEDI (STAR WARS EPISODE VI, RETURN OF THE JEDI)**. Direção: Richard Marquand. Produção: LucasFilm. Estados Unidos/ Inglaterra.1983.DVD.

SUN-TZU. **A Arte da Guerra: os treze capítulos originais**. Tradução e adaptação de Nikko Bushidô. São Paulo: Jardim dos Livros, 2007. Título original: Sun zi bing fa.

SUPER MARIO WORLD. **Desenvolvimento: Nintendo EAD.** Publicação: Nintendo. 1990.

THOREAU, Henry David. **A desobediência civil e outros escritos.** Título original em inglês: Resistance to Civil Government. Editora Martin Claret: São Paulo, 2001.

TUNSTALL, Peter. **The Saga of Hervor & King Heidrek the Wise** (ed. and trans.), 2005. Disponível em: <<http://www.germanicmythology.com/FORNALDARSAGAS/HervararSagaTunstall.html>>. Acesso em 23 mar. 2017.

VEJA a repercussão do ataque à revista francesa 'Charlie Hebdo'. **Site O GLOBO.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/01/veja-repercussao-do-ataque-revista-francesa-charlie-hebdo.html>>. Acesso em: 15 set. 2017.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos de História do Direito.** 4 ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2009.

ZISMAN, Célia Rosenthal. **A liberdade de expressão na Constituição Federal e suas limitações: os limites dos limites.** São Paulo: Livraria Paulista, 2003.