

EXCELENTÍSSIMA SENHORA DOUTORA CÁRMEN LÚCIA,
MINISTRA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL,
EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR CARLOS VILHENA,
SUBPROCURADOR GERAL DA REPÚBLICA, EXCELENTÍSSIMO
SENHOR DOUTOR LUIS VIANNA, VICE-PRESIDENTE DA
ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL- OAB

A ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, OAB, Presidida pelo Dr. Felipe Santa Cruz, entidade livre, democrática e que não é sujeita a qualquer constrangimento, cerceio ou coerção no sentido de efetivamente representar a sociedade civil e interesses constitucionais da cidadania, como bem afirmou o ex Presidente Dr. Roberto Busato, nesse ato por intermédio da Comissão Especial de Cultura e Arte, presidida pelo Dr. Ricardo Bacelar, comparece respeitosamente perante Vossa Excelência, na pessoa da membro consultora para se manifestar nessa audiência pública, que colhe subsídios à análise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 614, que trata da liberdade de expressão artística, cultural, de comunicação e de informação e eventual limitação de seu exercício pelo Poder Público:

Encontrei o fundamento para a presente manifestação em obra de Autoria do Mestrando Dr. Wagner Buture Carneiro, orientado pelo Professor Dr. Marcelo Conrado, da Clínica de Direito e Arte da UFPR, e a seguir passo a mencionar trechos de seu brilhante trabalho, que servem para esclarecer alguns conceitos fundamentais sobre a matéria em voga.

O que é arte? Arte para quê? Para quem? Por quê? O que faz a arte? **Há limite para a arte?** Em todos os momentos da vida, os três conceitos – arte, direito e liberdade – convivem e se alternam como protagonistas dessa tensão positiva de possibilitar vozes igualitárias para maiorias e minorias, conferindo meios para a fruição da criatividade.

A Constituição Federal da República do Brasil, de 1988, em seu artigo 5º, inciso IX, dispõe que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, **independentemente de censura ou licença**” culminado com o inciso VI do mesmo artigo, “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 culto e a suas liturgias”; ou seja, confere direitos aos cidadãos brasileiros de terem asseguradas suas crenças e suas liberdades artísticas, sem serem censurados.

A liberdade de expressão não se esgota no dever de abstenção do Estado em praticar atos de censura, necessitando também, por parte dele e de seus agentes, a prática de ações positivas visando conferir eficácia à previsão constitucional e prover meios para aprofundar debates sobre os mais diversos aspectos da sociedade, como é a hipótese da Audiência Pública convocada por Vossa Excelência.

Em pleno século XXI, indiscutivelmente os meios de comunicação virtuais exercem impacto sobre as pessoas - positivos e negativos - cabendo atuações voltadas à não repressão de ideias, inclusive aquelas rejeitadas pela maioria e que circulem em plataformas virtuais.

Questão: HÁ LIMITES PARA A LIBERDADE DE EXPRESSÃO?

Os limites à liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicações (art. 5º, IX, c.c. o art. 220) estabelecidos na Constituição são os seguintes:

a) a vedação do anonimato (art. 5º, inciso IV), como meio necessário para assegurar eventual posterior responsabilização por danos causados a terceiros;

b) a ofensa à honra e à imagem de terceiros acarretará a possibilidade de direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem (inciso V do art. 5º);

c) o direito de crianças e adolescentes a diversões e espetáculos públicos adequados à sua faixa etária deverá ser regulado exclusivamente por lei federal, cabendo ao Poder Público “informar sobre a natureza deles, as

faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada”, sendo vedada “toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”;

d) o direito das pessoas e das famílias de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221 da Constituição Federal, bem como da publicidade de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente, também poderá ser objeto de regulação por lei federal, segundo na hipótese igualmente vedada a censura (art. 220, §§ 2º e 3º, inciso II);

e) defesa contra manifestações de caráter racista ou dirigidas à propagação do ódio (art.5º XLII);

Fora dessas hipóteses, é vedado ao legislador infraconstitucional estabelecer qualquer espécie de limitação à liberdade de expressão; e **restrições diversas ao direito, somente podem decorrer da ponderação com outros princípios constitucionais fundamentais.**

No direito constitucional brasileiro mais contemporâneo, assim como se verifica no direito comparado, a liberdade de expressão ocupa o que o Excelentíssimo ministro Luís Roberto Barroso denomina de “**posição de preferência**” com relação aos demais direitos fundamentais, isto é, uma “prioridade prima facie destas liberdades públicas na colisão com outros interesses juridicamente tutelados, inclusive com os direitos da personalidade”.

“A primeira e mais conhecida delas é a presunção de **primazia da liberdade de expressão no processo de ponderação**. Ela se funda na ideia de que as colisões com outros valores constitucionais (incluindo os direitos da personalidade) devem se resolver, em princípio, em favor da livre circulação de ideias e informações. **Isso não significa, por evidente, que a liberdade de expressão ostente caráter absoluto.** Excepcionalmente, essa prioridade poderá ceder lugar à luz das circunstâncias do caso concreto.

Uma segunda presunção se refere à suspeição de todas as medidas legais, administrativas, judiciais ou mesmo privadas – que limitem a liberdade de expressão. Tais restrições deverão, por isso, submeter-se a um controle mais rigoroso, no qual se proceda a uma espécie de inversão da presunção de constitucionalidade das normas restritivas e se atribua um ônus argumentativo especialmente elevado para que se possa justificá-las.

Por fim, a terceira presunção é a da **proibição da censura** e, conseqüentemente, da primazia das **responsabilidades posteriores pelo exercício eventualmente abusivo da liberdade de expressão**. A proibição prévia de divulgação de uma ideia, informação ou obra representa a violação mais extrema deste direito, vez que implica a sua total supressão.

Havendo abuso no exercício da liberdade e dano a direito de terceiros, portanto, **a regra adotada pela Constituição é a da responsabilização ulterior do autor da expressão**. Isto porque o art. 220, § 1º, faz remissão expressa aos incisos V e X do art. 5º, que tratam justamente do direito de resposta e da responsabilização civil, ambas garantias exercidas posteriormente à difusão da mensagem ofensiva.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA

Na doutrina constitucional brasileira, **a liberdade de expressão é tratada como um “direito-mãe”**, a partir do qual são desenvolvidas as **liberdades comunicativas específicas** (artística, científica, religiosa etc.), guardando cada qual as suas especificidades, mas todas sujeitas ao mesmo tratamento constitucional geral. O âmbito de proteção da liberdade abarca: “(...) um conjunto diferenciado de situações, cobrindo, em princípio, uma série de liberdades (faculdades) de conteúdo espiritual, incluindo expressões não-verbais, como é o caso da expressão musical, da comunicação pelas artes plásticas, entre outras. (...) o âmbito da proteção da liberdade de expressão deve ser interpretado como o mais extenso possível, englobando tanto a manifestação de opiniões, quanto de ideias, pontos de vista, convicções, críticas, juízos de valor sobre qualquer matéria ou assunto e mesmo proposições a respeito de fatos. Neste

sentido, em princípio todas as formas de manifestação, desde que não violentas, estão protegidas pela liberdade de expressão (...). (conforme Ingo Sarlet, Curso de Direito Constitucional, São Paulo, Saraiva, 2016, p. 493).

“Em primeiro lugar a arte não se limita à manifestação de pensamento. Inclui ações (...) e envolve manutenção de estruturas de produção (teatro, cinema). Em segundo lugar, a arte tem formas e justificativas de exercício diferentes das demais espécies de manifestação do pensamento. Os artistas reivindicam uma liberdade quase absoluta, isto é, uma tutela particularmente intensa privilegiada de seu direito em comparação com os demais titulares de direitos de liberdade de expressão. Aquilo que em condições normais seria ato obsceno deixa de ser percebido como tal se for representado em uma tela ou no teatro. E uma peça humorística reivindica uma liberdade de expressão cuja amplitude seria impensável para um jornalista ou cientista”. (de acordo com Dimitri Dimoulis e Dimitris Christopoulos, “O direito de ofender: sobre os limites da liberdade de expressão artística” in Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, v. 3, n. 10, pp. 49-65).

Na doutrina e jurisprudência de vários países se cristalizaram **quatro** critérios de definição sobre o conceito jurídico de arte:

- a) **Material** - arte consiste no trabalho criativo que permite se expressar dentro de uma tradição que usa determinadas formas de expressão;
- b) **Formal** - possibilidade de classificar certa produção em uma categoria de obras que são reconhecidamente artísticas (pintura, teatro, dança etc.);
- c) **Significado** - a obra permite várias interpretações, oferecendo sempre novas informações, ideias e estímulos;
- d) **Reconhecimento** - Atribuição do predicado “arte” a certa obra por terceiros, que têm conhecimentos na área. Uma manifestação artística: **“Deve ser interpretada de maneira aberta e também**

de forma a abranger formas expressivas fora do comum e surpreendentes (são exemplos, ‘happening’, autocolante satírico, provocação pornográfica, prova de cheiros em que os participantes estão com os olhos vendados, grafite, etc.). Do mesmo modo, o fato de a obra ter procurado um fim político ou religioso não altera sua classificação como ‘obra’”. (conforme Beatriz Bastide Horbach).

LIBERDADE DE CRIAÇÃO ARTÍSTICA

- a) a liberdade de criar (produzir) e a de não criar, independentemente do talento ou gênio do artista;
- b) o direito de divulgar a obra;
- c) a liberdade de escolha do gênero, das técnicas e dos meios de manifestação artística, bem como o de fazer surgir novas modalidades de intervenção artística;
- d) a liberdade de acompanhar ou de dissentir das tendências e movimentos artísticos;
- e) a proteção contra intromissões não consentidas, relativas ao tempo da criação, ao seu conteúdo (significante), ao seu objeto (significado) e os direitos a reagir e a exigir defesas contra as mesmas ingerências;
- f) o direito a ver acompanhada a exteriorização da obra pelo reconhecimento do vínculo desta com a personalidade do artista, por forma a ver respeitada a paternidade e a integralidade da obra;
- g) o direito a introduzir modificações sobre a obra produzida;
- h) o direito de acesso aos meios necessários à criação artística;
- i) o direito de praticar atos jurídicos concernentes quer ao processo criativo, quer ao seu resultado;

j) o direito ao segredo sobre a atividade criadora e sobre a obra não divulgada;

k) o direito a não ser privado da atividade artística;

l) garantia contra os efeitos discriminatórios por conta de apreciações não artísticas da obra de arte;

m) garantia contra apreciações estéticas negativas da obra, lesivas da atividade artística (a liberdade artística não pode depender da qualidade da obra, nem ser reservada aos autores de reconhecido talento) (de acordo com Eduardo André Folque Ferreira).

A expressão corporal e os chamados “comportamentos expressivos” também são compreendidos no âmbito de proteção da liberdade de expressão.

CONCLUSÃO

As manifestações artísticas dependem de um trabalho de interpretação, e uma visão geral do trabalho do artista constitui elemento indispensável dessa interpretação. Por conseguinte, não é permitido remover partes individuais de uma obra de arte do seu contexto e sujeitá-las a um exame independente, para determinar se devem ser consideradas como delitos. Uma pessoa que desconhece as formas pelas quais a arte se manifesta, não pode definir os padrões quando se trata de entender a arte. Por outro lado, no entanto, também não é possível tomar como referência uma pessoa com uma educação abrangente em arte em qualquer caso, especialmente quando a manifestação é dirigida a uma audiência aleatória e em um local público.

Os limites contidos em dispositivos constitucionais que servem para proteger outros interesses fundamentais, também podem incidir sobre a liberdade artística. Isso se aplica, em particular, aos direitos de personalidade.

Cumprido salientar que a prova de redação do último domingo do ENEM, cujo tema foi Democratização do acesso ao cinema no Brasil, realizada por mais de 5 milhões de estudantes, comprova o impacto que as

produções culturais tem em nosso País, fazendo com que jovens discutam políticas culturais do setor.

SE temos que democratizar a produção cultural, como limitar a liberdade de criação artística?

Assim para preservar o sistema democrático de direito não podemos aceitar qualquer outra restrição a liberdade de expressão e artística, observando os critérios acima detalhadamente explanados