

A LIBERDADE ARTÍSTICA É “SAGRADA”? UMA ANÁLISE ACERCA DOS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA

IS ARTISTIC FREEDOM A SACRED THING? AN ANALYSIS ON THE LIMITS OF FREEDOM OF ARTISTIC EXPRESSION

CRISTIANO PADIAL FOGAÇA PEREIRA ¹

RESUMO: Trata-se de uma análise a respeito da liberdade de expressão artística no mundo atual, percorrendo possíveis confrontos, em especial, com a religião, discurso de ódio e preconceito, bem como examinando-se a função do Estado como alocador de recursos e como regulador das manifestações culturais. Será examinada uma decisão proferida por um Magistrado da Comarca de Goiânia, Goiás, que proibiu a produção, venda e distribuição de obras de arte, por entender que feririam a fé Católica. A análise da decisão perpassará pela aplicação do princípio da proporcionalidade, na busca de uma melhor solução ao caso, de forma que verificaremos se haveria um desfecho mais adequado e que não coloque em risco a liberdade de expressão artística.

Palavras-Chave: Liberdade de expressão artística; princípio da proporcionalidade; religião.

ABSTRACT: This is an analysis about the freedom of artistic expression in today's world, covering possible confrontations, especially with religion, hate speech and prejudice. In addition, this article will examine the State function as resources allocator and as regulator of cultural manifestations. Further, this essay will analyze a judgment given in a lawsuit that prohibited the production and sale of sculptures that allegedly offended Catholic faith. The verdict's examination runs through the application of principle of proportionality, in the search for a better solution to this case, in order to verify if is there a more appropriate outcome and which do not endanger the freedom of artistic expression.

Keywords: Freedom of artistic expression; principle of proportionality; religion.

¹ Mestrando em Direito Comercial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Especialista em Processo Civil pelo COGEAE - PUC/SP. Advogado. E-mail: cristiano@fmsassociados.com.br

1. INTRODUÇÃO

O escopo do presente artigo é realizar uma exposição acerca da liberdade de expressão artística no mundo atual, perquirindo os possíveis embates, em especial, com a religião, preconceito e discurso do ódio, e utilizando-se como vetor de análise do tema o teor de decisão judicial proferida por MM. Juiz de primeira instância da comarca de Goiânia/Goiás, a respeito da proibição de produção e venda de esculturas pela artista Ana Smile.

O primeiro ponto elementar consiste no fato de examinar se eventual limitação ao direito fundamental da liberdade artística pode ser realizada mediante ação proibitiva e preventiva do Estado, ou se somente por meio de ação judicial que persiga a condenação ao ressarcimento dos danos civis causados a eventuais ofendidos.

Independentemente do suposto abuso praticado pelo artista, será de relevo analisar se permitir a ideia de uma espécie de censura prévia, mesmo que em casos extremos, contrariaria as noções de Estado Democrático de Direito ou se seria meio legítimo à prevenção de danos.

A expressão artística compreende as artes plásticas, teatro, literatura, desenho, humor, entre outras formas de arte, o que deixa a questão, a ser examinada aqui, sobremaneira palpitante, dado os caracteres desafiador, subversivo e construtivo da arte para a sociedade. O choque entre a liberdade artística e o sentimento religioso cria, muitas vezes, uma árdua questão jurídica que deve ser resolvida à luz do direito constitucional.

Também serão estudados os papéis do Estado, como alocador de recursos e como regulador do discurso artístico.

A metodologia utilizada neste estudo partirá de uma reflexão feita a partir de artigos e obras de autores consagrados, que já trataram sobre o tema, a fim de que se possa partir ao exame da decisão judicial em si, por meio do princípio da proporcionalidade.

2. LIBERDADE DE EXPRESSÃO: BREVES CONSIDERAÇÕES

O estudo a respeito da liberdade de expressão artística não poderia ter início, sem uma breve análise da liberdade de expressão no Brasil.

Consoante assegurado pelo art. 5º., incisos IV e IX, de nossa Lei Fundamental, o conceito de liberdade de expressão consiste no direito de todo e qualquer indivíduo de manifestar seu pensamento, opinião, atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, sem censura, conforme assegurado pelo art. 5º., incisos IV e IX, da Constituição Federal. Convém transcrever:

IV: é livre a manifestação do pensamento.

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

Diversos países da Europa no pós-Guerra e o Brasil, no recente período pós ditadura, detalharam de forma intensa a proteção cultural da liberdade de expressão. (BARROSO, 2012, p. 03). No caso da Carta Magna brasileira, a liberdade de expressão passa a ser compreendida como um conjunto de liberdades culturais, que envolve liberdade de opinião, de imprensa, artística e científica.

Assim, nota-se que a Constituição Federal de 1988 fez abranger sob a mesma rubrica de "liberdade de expressão", diversos aspectos que compõem o espectro de abrangência da livre manifestação do pensamento, seja este cultural, acadêmico, científico ou na área da comunicação.

Antes da Constituição Federal de 1988, a liberdade de expressão no Brasil era tutelada pela chamada lei de imprensa, Lei nº. 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, editada no auge da ditadura militar. Tal diploma legal tinha por escopo regular a liberdade de manifestação do pensamento e da informa-

ção. Essa lei impunha diversos limites e era justamente reputada como autoritária, porquanto o livre pensar restava subordinado à conveniente interpretação de um censor.

A fim de agravar ainda mais a limitação que se tinha à época da ditadura, a Constituição Federal de 1969, passou a disciplinar a liberdade de pensamento, subordinando-a à moral e aos bons costumes. Ora, não é difícil imaginar o quão subjetivo era o conceito de moral e bons costumes ao tempo dos Generais, em que o exercício da democracia do país estava seriamente comprometido.

Nos Estados Unidos da América, a Primeira Emenda à Constituição norte-americana estabeleceu que o Congresso fica proibido de editar qualquer lei no sentido de limitar a liberdade de expressão.

Para o jusfilósofo estadunidense Ronald Dworkin, o Direito é um conceito moral, baseado na interpretação dos princípios, por parte de Magistrados, que exercem o devido processo legal e promovem a integridade de seu entendimento. (DWORKIN, 2014, p. 04-06)

Para ele, a jurisprudência – da qual o Direito norte-americano decorre substancialmente, pois consuetudinário – é tecida, da mesma forma como romancistas escrevem, em conjunto, uma obra coletiva. Cada qual redige um capítulo da jurisprudência, mas mantendo uma lógica, um enredo que evolui paulatinamente.

Nesse sentido, defende o citado autor (DWORKIN, 2014, p.07-09), que os princípios constitucionais expressam considerações de justiça, equidade e moral. Assim, ele contradiz o que sustentavam os positivistas puros, porquanto entende que direito e moral são indissociáveis.

Por essa lógica, a liberdade de expressão é um direito moral abstrato, interpretado à luz da teoria da integridade do Direito. Para que, ao endossar esse entendimento, nossa opinião não soe como “moralizadora”, na acepção pejorativa do termo, importante esclarecer a relação entre Direito e Moral.

Direito e Moral podem caminhar juntos. Isso sem que se advogue pela construção do Direito apegado a costumes tradicionais de uma sociedade, tais como inclinações religiosas e dogmas conservadores, o que nos aproximaria dos conceitos autoritários de 1969. A teoria da integridade do Direito defendida por Ronald Dworkin professa que, na interpretação do Direito, os Juízes levem em consideração as circunstâncias do caso concreto, o fundamento das leis, a moral política da comunidade e as instituições jurídicas.

Assim, o autor norte-americano (DWORKIN, 2014, p.228) preconiza sobre a integridade do Direito:

Mostrarei que uma sociedade política que aceita a integridade como virtude política se transforma, desse modo, em uma forma especial de comunidade, especial num sentido de que promove sua autoridade moral para assumir e mobilizar monopólio de força coercitiva. Este não é o único argumento em favor da integridade, ou a única consequência de reconhecê-la que poderia ser valorizada pelos cidadãos. A integridade protege contra a parcialidade, a fraude ou outras formas de corrupção oficial, por exemplo.

Tal integridade deve ser buscada mediante interpretação de normas não necessariamente positivadas, como os princípios constitucionais.

Em suma, a hermenêutica das normas jurídicas deve ser realizada buscando-se os princípios que inspiraram e regem nosso ordenamento jurídico. Nesse sentido, é que a liberdade de expressão deve ser encarada.

3. LIBERDADE DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA

Antes de tudo, importante nos socorrermos do conceito de arte.

Segundo José Afonso da Silva, a arte é, por essência, uma manifestação de vanguarda, de modo que (SILVA, 2001, p. 58), em princípio, não poderia estar subordinada a nada. A função da arte é, muitas vezes, subverter os costumes da época.

O autor destaca que, por essa razão, a Constituição Federal de 1969 deixou de tratar da liberdade de expressão artística no art. 153, § 8º, a fim de não impor limites expressos à arte. Ou seja, até mesmo a Constituição não democrática preocupou-se em não submeter a manifestação artística ao conceito retrógrado de moral e bons costumes.

No entanto, os limites eram implícitos e foram impostos, na prática, mediante censores que restringiam a veiculação de peças teatrais, filmes, músicas de protesto e livros.

Na Constituição Federal de 1988, as diferentes liberdades de expressão são tratadas conjuntamente. O art. 5º., IX, da CF, já citado, impede que haja censura contra a expressão artística.

O art. 220, da Carta Constitucional estabelece: "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."

Tanto é assim que a solução encontrada pela Constituição Federal, em seu art. 5º., X foi o ressarcimento ao dano moral causado, em razão da manifestação artística, que venha a ofender terceiros. Ou seja, a reparação ao dano eventualmente causado e não a censura prévia.

O art. 215, por sua vez, prevê que o Estado garantirá o exercício dos direitos culturais, o acesso às fontes de cultura nacional e incentivará a difusão das manifestações culturais.

Importante, a respeito do tema do livre exercício das manifestações artísticas, refletimos sobre o direito à prática de atividade cultural, antes mesmo de se pensar se haverá suposto abuso desse direito ou não.

O Supremo Tribunal Federal, ao examinar o Recurso Extraordinário 414.426-SC, (BRASIL, STF, 2011) interposto pela Ordem dos Músicos do Brasil - OMB, compulsou questão similar. A ação foi proposta por Associação que questionava a necessidade de músicos estarem registrados perante a OMB, para que pudessem exercer a profissão no país.

Para a relatora Ministra Ellen Gracie, a liberdade artística é quase absoluta e somente se justificará qualquer restrição, para a proteção do interesse público. A nosso ver, embora o julgado em comento tenha caminhado para uma escorreita decisão, a justificativa final ao se referir meramente a "interesse público" açambarcou um conceito amplo, fluido e abstrato, que acaba por dar um "cheque em branco" ao hermeneuta que pretenda ceifar a liberdade artística.

No caso, como não haveria esse risco de afronta ao interesse público, a Ministra relatora votou pela desnecessidade de licença de músico.

Segundo o Ministro Celso de Mello, no bojo do julgado em questão, algumas profissões não dependem de regulamentação, porquanto não expõem os destinatários de seus serviços a risco:

Não é qualquer atividade profissional que poderá ser validamente submetida a restrições impostas pelo Estado. (...) Profissões, empregos ou ofícios cujo exercício não faça instaurar situações impregnadas de potencialidade lesiva constituem atividades insuscetíveis de regulação normativa por parte do Poder Público. (grifou-se)

Ao contrário de outras profissões, como médico, dentista, engenheiro e advogado, cujo exercício é carregado de potencialidade lesiva.

Conclui o aludido Ministro:

A liberdade de expressão artística não se sujeita a controles estatais, pois o espírito humano, que há de ser permanentemente livre, não pode expor-se no processo de criação, a mecanismos burocráticos que imprimam restrições administrativas, que estabeleçam limitações ideológicas ou que imponham condicionamentos estéticos à exteriorização do sentimento.

Em outras palavras, para tocar um instrumento e realizar uma apresentação que emocione o público, o músico não precisa ser registrado na Ordem dos Músicos do Brasil. No entanto, se pretender se tornar professor de música e lecionar teoria musical, certamente necessitará de registro, dada a potencialidade lesiva: ensinar equivocadamente a um aluno.

Particularmente, concordamos com o fundamento utilizado pelo Ministro Celso de Mello.

O fato de a liberdade de expressão artística não ser tratada em dispositivo isolado na nossa Constituição não retira desta sua importância autônoma.

A consagração da liberdade artística é uma forma de se garantir o pluralismo cultural. Pluralidade, aliás, deve ser tema central de nossa sociedade, seja no que concerne à liberdade de expressão em sentido amplo, seja no que pertine à constituição de família, identidade sexual etc.

Liberdade de expressão artística envolve o livre exercício da criação, produção e divulgação de obras de arte, sem submeter-se a censura.

Deve ser respeitada, ainda, a liberdade de iniciativa econômica nos campos das artes, o que perpassa pelo mecenato, patrocínio, venda e exploração econômica das obras de arte. Mesmo porque a veiculação é o objetivo final da arte, vez que manifestação artística que não dialogue com as pessoas tem seu intuito esvaziado.

3.1 Limites à liberdade artística

Seria de se questionar se existe um direito à liberdade artística sem limites. A resposta é negativa obviamente, pois, no Direito, não há direitos absolutos.

Dimitris Christopoulos e Dimitri Dimoulis afirmam que os artistas reivindicam uma liberdade de expressão quase absoluta para sua manifestação, ou seja, uma tutela privilegiada para seu direito, se comparado com os demais direitos. Todavia, claramente não apontam para uma falta de limitação. (CHRISTOPOULOS; DIMOULIS, 2009, p.02)

Embora a Constituição Federal não permita a censura, há pleitos postulados por quem defende que pessoas ofendidas por manifestações artísticas, poderiam requerer a proibição de sua veiculação e não somente a reparação por danos morais.

A nosso sentir, esses pleitos afiguram-se bastante temerários, pois assim agindo o Estado poderia caminhar para a formação de jurisprudência, que provavelmente acabaria por aniquilar os ideais democráticos.

Não é possível impedir a veiculação artística, sem se recair em censura. Sendo certo que a arte, como destacado acima por José Afonso da Silva, é um instrumento hábil a subverter os costumes da época, não se vislumbra legítimo ceifar esse instrumento via censura.

Por essa razão, os artistas, como cunhado por Dimitris Christopoulos e Dimitri Dimoulis, gozam de um direito de liberdade de expressão aparentemente mais amplo que os demais, dada a essência da arte, mas não se trata de direito absoluto.

Importante asseverar, portanto, que há limites ao direito de liberdade de expressão artística. Todavia, em vista do sistema de nossa Constituição Federal, as consequências para o suposto abuso seriam aplicadas *a posteriori*, mediante condenação à reparação por perdas e danos.

A aplicação de limites depende da análise de duas teorias, a saber, a teoria externa e a interna.

A teoria externa é aquela segundo a qual, os limites aos direitos fundamentais não estão expressos no texto constitucional, nem mesmo em normas infraconstitucionais. Assim, quando os direitos fundamentais entrarem em colisão, deve-se aplicar o princípio da proporcionalidade, considerando que cada direito fundamental emana de um princípio, o qual consiste em um mandamento de otimização.

O princípio da proporcionalidade surgiu com muita força nos julgados do Tribunal Constitucional Alemão e foi desenvolvido por diversos autores, dentre eles, Robert Alexy.

O jurista alemão assim preconiza (ALEXY, 2012, p 117):

Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, a exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão. Visto que a aplicação de princípios válidos- caso sejam aplicáveis- é obrigatória, e visto que para essa aplicação, nos casos de colisão, é necessário um sopesamento, o caráter principiológico das normas de direito fundamental implica a necessidade de um sopesamento quando elas colidem com princípios antagônicos, isso significa, por sua vez, que a máxima da proporcionalidade é dedutível do caráter principiológico das normas de direito fundamental.

Assim, de acordo com doutrina cunhada pelo citado autor alemão (ALEXY, 2012, p. 586), princípios são mandamentos de otimização, eis que “*são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes*”. Por outro lado, regras são de aplicação absoluta, já que ou se enquadram ao caso concreto ou não.

A teoria externa, portanto, prega que, na hipótese de colisão entre direitos fundamentais, representados por princípios, como o direito à liberdade, direito à vida, direito à dignidade da pessoa humana, direito à privacidade, estes sejam submetidos às três subcritérios da proporcionalidade, quais sejam, adequação, necessidade e ponderação. Ao final, o hermeneuta poderá concluir qual direito fundamental deve prevalecer.

Sobre a adequação e a necessidade, Robert Alexy (2012, p.588-590) leciona que esses critérios da adequação e da necessidade expressam a exigência, contida na própria definição de princípio, de uma máxima realização em relação às potencialidades fáticas. Significa dizer que, com o quesito da adequação busca-se excluir meios inadequados e, com o da necessidade escolhe-se o meio menos gravoso aos demais princípios envolvidos.

Por outro lado, o critério de sopesamento ou ponderação assim é definido por: “Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”. (ALEXY, 2012, p. 593)

Por outro lado, a chamada teoria interna é aquela segundo a qual a liberdade individual é ordenada e conformada com outros direitos fundamentais. Assim, analisando à luz da Constituição, os limites não seriam externos, mas sim fronteiras próprias de cada direito, de forma que existiriam delimitações dentro do direito fundamental, a dividir o alcance de cada norma.

Interpretamos que a ideia central da teoria interna seria representada pela imagem de um painel em mosaico, no qual cada peça é uma norma, de modo que seus limites estão previamente estabelecidos. Isto é, haveria fronteiras visíveis entre os direitos.

A teoria interna não permite a concepção de limitações externas, bem como a colisões entre os direitos (PULIDO, 2008, p. 44). Segundo Carlos Bernal Pulido, há várias teorias internas, sendo que a proposta por Jürgen Habermas, se destacaria, inclusive como crítica à fórmula de pesos proposta por Robert Alexy. Na lógica da teoria interna os limites são chamados de limites imanentes, ou seja, fronteiras que fixam os contornos do âmbito de proteção constitucional do direito fundamental.

Segundo a teoria interna, portanto, não seria necessário ponderar-se os bens jurídicos envolvidos em determinado confronto de interesses, pois cada qual já teria, previamente, seus limites demarcados, que dariam a pronta solução ao caso concreto.

Para se compreender melhor, a distinção que ambas as teorias proporcionam, importante mirar um caso hipotético. O exemplo extremo seria a situação pela qual um ator de uma peça teatral

é obrigado pelo *script* a ser crucificado em cena, durante 30 minutos, correndo o risco de agonizar e, até, de morrer asfixiado.

Analisando-se o caso pela teoria externa, percebe-se que existem direitos fundamentais em rota de colisão: a liberdade de manifestação artística, a apoiar o produtor e o diretor da peça; e o direito à vida, à integridade física e à dignidade da pessoa humana, a ampararem o ator que seria pregado à cruz.

Realizando-se a ponderação dos valores em jogo, por meio do princípio da proporcionalidade, com toda a cautela que a questão requer, chegar-se-ia à conclusão de que os direitos fundamentais que socorrem o ator devem prevalecer em detrimento do direito à liberdade artística do autor ou diretor da obra teatral. Mesmo que o ator a ser crucificado, concordasse e renunciasse a seu direito à vida, à integridade e à dignidade, haveria que se questionar a respeito do direito à liberdade religiosa e à dignidade da plateia, que poderia incomodar-se com a crucificação e com a agonia do ator, bem como acerca da prática de crime, como a tortura, por exemplo, caso a crucificação fosse involuntária.

Examinando-se a mesma questão, sob a teoria interna, a decisão exigiria um ônus argumentativo muito menor, uma vez que, diriam os adeptos dessa corrente, que o direito à liberdade de expressão artística já possui limites imanentes, que impedem que se arrisque a vida de alguém em cena. "Arte não pode atentar contra a vida", diriam em uma única frase sintética possivelmente.

Como se infere dos parágrafos acima, pode-se atingir conclusões idênticas lançando-se mão das duas teorias distintas, mas o ônus argumentativo empregado será sempre muito diverso.

Filiamo-nos, portanto, à teoria externa, haja vista que a colisão de direitos fundamentais deve ser resolvida mediante ponderação e não por meio de limites supostamente pré-existentes aos próprios direitos. Até porque a criação de limites imanentes pode levar a uma incorreta hierarquização *a priori* de direitos fundamentais (como: vida em primeiro lugar, liberdade em segundo etc.) ou à análise de que os limites podem ser, em certos casos, obscuros.

Não se olvide, porém que os limites à liberdade artística serão sempre aplicados *a posteriori*, sem censura, assim como, de que não existem direitos fundamentais absolutos ou previamente mais relevantes que outros.

Uma liberdade absoluta aproximaria o indivíduo do anarquismo, que seria o extremo oposto ao autoritarismo ou à falta total de liberdade. Assim preconiza Norberto Bobbio (BOBBIO, 1992, p.22-27):

O termo anarquismo, ao qual frequentemente é associado ao de anarquia, tem origem precisa do grego *anarcia*, sem governo. (...)

O anseio pela liberdade absoluta é próprio de todas as épocas históricas.

(...) As concepções libertárias só tiveram desfecho irrevogável no mundo político no século XVIII, como primeira forma de reação e união simultânea em relação ao racionalismo iluminista, provocando e aprofundando a discussão sobre o conceito de autoridade.

3.2. Discurso do ódio

O discurso do ódio, expressão decorrente da doutrina norte-americana (*hate speech*), consiste na utilização da liberdade de expressão para inferiorizar ou humilhar determinado grupo de pessoas, já estigmatizado em razão de sua origem social, orientação sexual, cor da pele, crença etc.

Tal manifestação de vontade, eivada de ódio, não contribui com a formação coletiva do pensamento humano, uma vez que não aventa questões a serem debatidas, além do que somente faz agravar o preconceito já existente contra algumas pessoas ou grupos.

Infelizmente, há na história recente, vários exemplos de *hate speech*, perpetrados cruelmente pelos seres humanos, tais como manifestações promovidas pela Klu Klux Klan no sul dos Estados Unidos da América, entre 1870 a 1960, ou seja, desde a fase de reconstrução daquele país, pós-guer-

ra civil, até a luta pelos direitos civis dos negros.

A forma de atuar da Ku Klux Klan consistia em intimidar os negros, impondo uma cultura do medo, chegando em alguns casos a utilizar bombas em escolas de crianças negras e outros atentados graves.

Pela via da intimidação, os integrantes desse grupo costumavam marchar com suas roupas brancas, com capuz cobrindo os rostos, ostentando tochas acesas. Muitas vezes, eles cravavam uma cruz de madeira no solo para colocá-la em chamas, como símbolo da “ideologia” daquela espécie de seita, que representavam. Uma manifestação dessa espécie feita em uma praça de um bairro de maioria sabidamente afrodescendente configuraria discurso do ódio, mesmo que não houvesse derramamento de sangue ou ameaça expressa.

A mensagem transmitida pelo grupo era clara: “cuidado, negros, estamos bem próximos de vocês”. Saliente-se que há relatos (de acordo com Daniel Sarmiento) de cruzes em chamas instaladas no quintal da casa de famílias afrodescendentes, com o evidente intuito de intimidar ou assustar aquelas pessoas, cujos direitos civis ainda sequer eram garantidos. Ou seja, essas manifestações configuram, sob nossa visão, discurso do ódio. (SARMENTO, 2006, p. 215)

Importante examinarmos doravante o discurso do ódio e a arte. Os liberalistas defendem que essas manifestações agressivas, em verdade, poderiam propiciar o debate de ideias, de forma que as pessoas ofendidas poderiam, mediante exposição de todos os lados da questão, demonstrar as falhas de argumentação de quem criou e divulgou determinada obra de arte.

O liberalismo clássico foi defendido por John Stuart Mill, filósofo britânico do século XIX (MILL, 2000, p. 35 e 78), segundo o qual, sendo certo que o conhecimento humano é construído coletivamente, não se poderia calar nenhuma parte envolvida no debate de ideias, de sorte que se determinada ideia for mal fundamentada ou inverídica, somente por meio do debate, que esta será infirmada e desvelada.

Para Owen Fiss, jurista norte-americano (FISS, 2005, p. 40 e 46), no entanto, o discurso do ódio provoca o *efeito silenciador do discurso* do grupo afetado, em vista da diminuição de autoestima e da afronta à imagem deste na sociedade – já estigmatizada, o qual acaba por não conseguir ser ouvido ou, até mesmo, não conseguir mais reagir, debatendo. Para o autor, o Estado não deve proibir o discurso de ódio, mas deve promover meios para que o grupo afetado manifeste-se com robustez.

Tendemos a compreender a questão, filiando-nos à opinião de Owen Fiss, isto é, no sentido de que em nada contribui ao salutar debate de ideias, a manifestação de ódio, pura e simples, a qual somente irá provocar ainda mais ódio, discriminação e estigmatização.

Todavia, sendo certo que a Constituição Federal de 1988 e nosso ordenamento jurídico optaram pelo modelo da posterior indenização e pela eventual responsabilização criminal do artista, e não pela censura, não é de se aceitar a atuação do Estado na hipótese de discurso do ódio na arte, na direção de proibir sua veiculação. A vedação de sua exposição seria censura.

A regulação do Estado, neste caso, deve ser no intuito de dar espaço aos grupos que se sentiram ofendidos, a fim de que se manifestem.

Não concordamos com o entendimento dos liberalistas clássicos, como John Stuart Mill, portanto, de que o debate se resolveria por si. Entretanto, da mesma forma, a censura também não pode ser a solução. O caminho do meio, apontado por Owen Fiss, afigura-se o mais adequado.

Nessa linha, há de se ponderar os valores e contravalores envolvidos. Os contravalores que se opõem ao discurso do ódio, mesmo que de cunho artístico, são: a própria liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana, que guarnecem as vítimas.

Para Owen Fiss: “se liberdade é importante, pois pelo debate livre se atinge a igualdade, o contrário também é verdadeiro, somente em ambiente de igualdade, somos livres.” (FISS, 2005, p. 48)

A invocada igualdade perpassa pela atuação do Estado, de promover palco de atuação aos grupos minoritários, atingidos pelo *hate speech*, isto é, dar voz a eles.

Manifestações artísticas que promovam uma real discussão sobre questões relevantes refe-

rentes a determinado grupos, nacionalidades, religiões etc., não configuram discurso de ódio, mesmo que venham a ferir suscetibilidades.

Fundamental, assim, analisar-se algumas manifestações artísticas, a fim de perquirir se houve ou não abuso por parte dos artistas que as conceberam.

A charge dinamarquesa que retratava Maomé, publicada no jornal Jyllands-Posten que atrelava a imagem do profeta muçulmano a terroristas é um interessante caso a ser examinado. Como se sabe, os muçulmanos ortodoxos não toleram a publicação da imagem de Maomé, por entenderem que os dogmas de sua religião devem ser professados por palavras e não por imagens religiosas.

Assim, além de publicar uma imagem de Maomé, a charge dinamarquesa associa essa representação ao terrorismo, pois o turbante usado pelo profeta confunde-se com uma bomba, cujo pavio está aceso.

Não configura discurso do ódio, pois, sob nossa ótica, a charge teve a intenção de despertar a todos para o debate a respeito da interpretação questionável que muçulmanos fundamentalistas conferem ao Alcorão. Não foi intuito do desenhista afirmar que todo muçulmano é terrorista, eis que isso seria um absurdo. Parece ter sido sua intenção dizer que os terroristas se utilizam da religião para tentar dar fundamento à barbárie. Entretanto, há de se convir que o desenho em questão – e os que se seguiram a ele publicados pela revista francesa Charlie Hebdo – pecam pela falta de sutileza e por tocarem em assuntos extremamente delicados, de forma nua e crua, assumindo certos riscos, portanto.

Outro exemplo interessante aparece na clássica obra de Monteiro Lobato, *O Sítio do Picapau Amarelo*, em especial, no livro *Memórias de Emília* (LOBATO, 1978, p. 125), em que a personagem Emília mostra-se bastante preconceituosa para com Tia Nastácia:

“(Emília) - Perdemos o anjinho só por sua culpa. Burrona! Negra beijuda! Deus, que te marcou, alguma coisa em ti achou. Quando ele preteja uma criatura é por castigo. Tia Nastácia rompeu em choro alto – tão alto que Dona Benta veio ver o que era. (...) – Emília! Respeite os mais velhos! Não abuse! (...) – Como está ficando insolente! – murmurou Dona Benta.”

Fundamental, nessas situações, analisar se as falas em questão configuram o caráter do personagem que as disse, bem como se a tônica do livro depende desse diálogo. Ou seja, a personagem Emília é uma pessoa racista e assim seguidamente age durante a obra? O enredo do livro trata da atuação de uma pessoa racista? A par disso, se o autor manifesta-se racista.

Não é o caso. Trata-se de falas isoladas de uma determinada personagem, conhecida por sua rebeldia, tanto que chamada de “torneirinha de asneiras” por Dona Benta e que não podem ser consideradas a opinião do autor ou, mesmo, a tônica da obra. Nessa condição, não se trata de discurso do ódio na arte e a manifestação cultural - de tão importante quilate - não deve sofrer qualquer reparo.

Daniel Sarmiento estabelece que os direitos que o discurso do ódio afrontam (dignidade da pessoa humana) e a liberdade de expressão artística devem ser ponderados, por meio da teoria da proporcionalidade, a fim de sabermos qual deve prevalecer. Ou seja, aponta para a direção que sustentamos acima, de acordo com a teoria externa dos limites a direitos fundamentais. (SARMENTO, 2006, p. 223).

Ainda, segundo Daniel Sarmiento, na tentativa de tornar a ponderação o mais objetiva possível, deve-se dar um peso maior a determinadas situações entre as quais, destacam-se (SARMENTO, 2006, p. 260-262):

- Excessos comunicativos de membros hegemônicos contra minorias estigmatizadas, tem peso maior de expressões idênticas feitas por essas minorias contra os membros

hegemônicos – capacidade de causar efeito silenciador do discurso.

- Quando a arte afetar a liberdade religiosa deve-se ter um peso maior. No entanto, não se pode admitir censura de uma manifestação artística que, em tese, ofenda expressões religiosas, pois o Estado laico não pode ser árbitro da legitimidade dos dogmas de fé.

- Se a arte aparentemente veicular hate speech, deve-se analisar com ponderação essa questão, para não se recair em levianas desconstruções subjetivas da obra, dando-lhe outra interpretação. Além disso, deve-se levar em conta o valor artístico da obra. Ex.: “Mercador de Veneza” (acusado de antissemitismo) de William Shakespeare.

- Dor psíquica e a angústia que a manifestação de ódio e intolerância provoca em suas vítimas.
- Meio empregado para o discurso, se por mídia de massa ou livros, por exemplo.

No tocante à relação entre arte e religião, certamente, como ressaltam os constitucionalistas Dimitris Christopoulos e Dimitri Dimoulis, os artistas reivindicam uma liberdade extrema e os religiosos defendem um respeito sagrado a suas crenças. Como equacionar essa tensão? (CHRISTOPOULOS; DIMOULIS, 2009, p. 02)

O fato de o Estado brasileiro ser laico, certamente, não o impede de proteger determinada religião de sofrer ofensas injustificadas. Cabe ao Estado, mesmo laico, garantir a prática de todas as religiões e credos do país.

Os autores citados sustentam que a razão para certos Estados coibirem afronta a religiões não seria pelo fato de se tratar de questão de fé ou de foro íntimo, mas sim por conta de ser presumível que esse aviltamento a assuntos religiosos provocaria, na maioria das vezes, reações incontroláveis, por vezes, muito violentas.

De todo modo, embora, no Brasil, a afronta a alguma religião cause uma pena mais grave do que a injúria comum (injúria racial pelo Código Penal) ou eventualmente motive uma indenização cível também acentuada, o cerne religioso não justifica cerceamento de manifestação artística, sequer sob fundamento de interesse público.

Como ensina Ronald Dworkin, não há garantia, na democracia, de que não seremos ofendidos. Voltamos a realçar que o Estado Democrático de Direito situa-se no intermédio entre o anarquismo e o autoritarismo. (DWORKIN, 2006, p. 414)

A obra *Piss Christ* do fotógrafo Andrés Serrano, que consiste em fotografia de um crucifixo submerso em pote de vidro com urina, foi altamente contestada à época de sua divulgação. O autor da obra defendeu, em entrevista ao jornal *Huffington Post*, que é católico e que a intenção era demonstrar de que forma o crucifixo perdeu seu significado original, ao longo do tempo. Passou de símbolo do horror e da intolerância a sinônimo de paz e de compaixão. (HUFFINGTON POST, 2014)

Ao dizer “símbolo do horror”, entendemos que André Serrano tenha desejado dizer que a crucificação representa toda a barbárie, intolerância e estupidez que Jesus Cristo sofreu em sua condenação. Pretendeu destacar, ainda, como é curioso observar que esse símbolo de agonia e tortura tenha se transformado em símbolo da paz.

Embora a descrição fria da obra feita acima faça parecer de que se trate de algo de mau gosto, relevante dizer que a fotografia cuidadosamente sacada pelo artista destaca toda a luz do momento, por meio da qual o crucifixo parece estar envolto a partículas de ouro, que não deixa de transmitir um conceito de arte.

Por mais que se deva considerar o que preleciona Daniel Sarmiento de que a religião merece uma atenção especial dos artistas em face da sensibilidade que existe por parte dos dogmas de fé, sendo a obra apreciável do ponto de vista da arte e podendo provocar um debate saudável na sociedade, não deve ser considerada ofensiva, pois não pretendeu aviltar os cristãos. Além do que, a obra pretende provocar um debate sobre o símbolo do crucifixo.

Exemplo de manifestação artística que não promove discurso saudável e que se afigura como

discurso do ódio é a obra de um artista alemão, que consiste na transcrição do Alcorão em um papel higiênico. Mesmo que não passível de censura, essa expressão artística poderia ser interpretada como injúria (simples ou qualificada), haja vista a evidente e rasa intenção de desqualificar a crença muçulmana. (CHRISTOPOULOS; DIMOULIS, 2009, p. 09)

Como se vê, a análise a respeito dos limites da liberdade artística funda-se em terreno aparentemente movediço, pois deve-se ter cautela para não se recair em interpretações sobremaneira subjetivas acerca dos fatos.

3.3 A arte e o insulto intencional

Segundo Ronald Dworkin, há uma importante distinção entre a ofensa deliberada e a insensibilidade culposa, de forma que, no caso da primeira, se houver ofensa e prática de discriminação, o autor deve responder civil e criminalmente como, por exemplo, no caso da injúria racial. Já na hipótese de ato não intencional, mas que não levou em consideração a "sensibilidade" dos interlocutores, deve haver mera reparação civil, pois estaríamos diante da culpa em sentido estrito. (DWORKIN, 2006, p. 407)

Suponhamos uma situação em que se trate de voluntária ofensa à honra de determinada pessoa, que puder, no caso concreto, causar um efeito devastador na imagem desta na sociedade e em sua autoestima e esfera psíquica, de forma que o dano seja de difícil e incerta reparação. Poderá determinada obra ou manifestação artística ter sua veiculação proibida, por decisão judicial?

Entendemos que não pode haver regulação nesses casos, devendo o ofendido obter ressarcimento por danos morais ou ainda valer-se de ação penal por crime contra a honra.

Exemplo concreto dessa situação são as charges feitas nas portas dos banheiros do bar do ex-jogador Romário, na Barra da Tijuca, Rio de Janeiro, que retratavam Zico e Zagalo, membros da comissão técnica da Confederação Brasileira de Futebol em 1998. Enquanto Zagalo é retratado sentado no vaso sanitário, Zico o aguarda, de forma submissa, segurando um rolo de papel higiênico. As charges foram encomendas por Romário como crítica à atuação da equipe técnica, após a Copa do Mundo de Futebol de 1998, para a qual o mesmo não foi convocado.

O ex-jogador Romário foi condenado em ações cíveis por reparação de danos propostas por cada um dos atingidos. Deve-se levar em conta, ainda, a grande repercussão do caso à época e a finalidade econômica que as charges tiveram, no sentido de promover o bar de Romário, que passou a receber enorme quantidade de pessoas, não só em homenagem à figura ilustre de seu sócio proprietário, mas em função da satírica crítica que todos os frequentadores já sabiam que iriam encontrar no banheiro.

Obviamente a capacidade de provocar algum debate acerca do tema que a aludida charge possui torna-se bastante diminuída diante da força deletéria que tem no sentido de denegrir voluntariamente a reputação das duas figuras públicas retratadas no desenho.

A questão assemelha-se à injúria, como destacado por Ronald Dworkin acima, de forma que a gratuidade da agressão e a falta de profundidade da discussão, a nosso ver, equiparam o desenho a um xingamento.

Mesmo assim, o ato não merece vedação, mas deve submeter-se à possibilidade de reparação por danos morais e quiçá a uma ação penal.

3.4 Estado Alocador e Regulador

O Estado dispõe de dois importantes papéis frente à liberdade de expressão: a saber, o papel alocador de recursos e o papel regulador. O primeiro consiste na possibilidade de empregar recursos

públicos às manifestações artísticas, promovendo a arte. No segundo caso, cabe ao Estado regular o discurso, ou seja, equalizar as vozes de um debate para que este seja livre e democrático.

Para que haja liberdade e igualdade, o debate público deveria poder garantir que todos os indivíduos ouvissem todas as vozes dissonantes da sociedade. É preciso impedir que o discurso dos mais poderosos abafe o dos mais fracos.

Para Owen Fiss, como já dito, a fim de propiciar a igualdade em todo e qualquer debate, não basta que o Estado propicie meios aos menos favorecidos no debate, deve ainda regular, ou seja, reduzir, as vozes dos mais poderosos. (FISS, 2005, p. 50)

A questão que se coloca é se regular as vozes dos mais poderosos, no caso da arte, não seria uma espécie de censura?

Para o aludido autor, o contravalor em questão não seria a ordem pública ou a igualdade, mas a própria democracia. Apreciamos essa interpretação, sobretudo na medida em que apelar para o bem comum ou ordem pública é, no mais das vezes, prestigiar um discurso fluido e vazio, como já dito.

Por essa razão, o Estado, na função de regulador, pode sim diminuir a força das vozes daqueles que apregoam o discurso do ódio, por exemplo. Para permitir que o Estado aja como regulador, nos Estados Unidos da América, foi necessário afastar o entendimento do liberalismo clássico e interpretação clássica da 1ª Emenda à Constituição estadunidense.

Da mesma forma, para que possa atuar como alocador do discurso (nas hipóteses em que o Estado financia a arte), é preciso afastar-se do liberalismo clássico também. Owen Fiss demonstra que isso não afronta a Primeira Emenda à constituição norte-americana, pois consiste em moderna interpretação.

O que se questiona é se poderia o Estado escolher entre um artista (agente de discurso) e outro. E se, dessa forma, não estaria ele tomando um "partido" e elegendo a manifestação que considera correta.

O debate público deve ser livre e plural. Deve fomentar uma discussão robusta, no sentido de ser quantitativo, mas também qualitativo, isto é, optar pelo artista que traga questões relevantes e enriqueça o debate, além logicamente de incentivar a arte de excelência.

Não pode o Estado alocador escolher por fomentar apenas debates "neutros"; ou de temas polêmicos, mas sempre pelo aspecto conservador, pois, nesse caso, estaria influenciando a capacidade das pessoas tomarem suas conclusões.

Em suma, para ser democrático, o Estado não pode direcionar o discurso, calando posições menos ortodoxas. Deve garantir a pluralidade.

No Brasil, a crítica que se faz à lei federal de incentivo à cultura (Lei Rouanet, Lei no. 8.313-91), reside na questão de que o fomento à cultura nacional seria questionável, uma vez que o Ministério da Cultura aprovaria projetos culturais que, em tese, não precisam de recursos, pois já consagrados pelo grande público.

Exemplo disso seriam os shows da cantora e compositora Rita Lee e do jovem e consagrado cantor sertanejo Luan Santana e o blog de poesia na internet de Maria Betânia, que receberam recentemente apoio da Lei Rouanet. Ademais, tal projeto de incentivo apoiou manifestações artísticas consideradas duvidosas, com o filme sobre a vida de Leonel Brizola, em ano eleitoral.

Em suma, não caberia ao Estado, por meio da chamada Lei Rouanet, fomentar apenas temas neutros ou posições majoritárias na sociedade, mas sim estender a mão a artistas novos ou que ainda vivem à margem do grande público, bem como ajudar a financiar artistas que tragam discussões pouco vistas na sociedade.

Esse seria a função do Estado alocador. Não se pode confundi-la com o papel de alguém que escolhe e determina o que é arte de qualidade. Caso contrário, estaríamos diante de um Estado censor, às avessas.

4. CRÍTICA À DECISÃO JUDICIAL DO MAGISTRADO DE GOIÂNIA, A QUAL PROIBIU A PRODUÇÃO DE ESCULTURAS E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Uma artista plástica, conhecida como Ana Smiles, produzia e comercializava esculturas de personagens da cultura pop, como super-heróis, Minnie, Frida Khalo, Galinha Pintadinha entre outros, em formato de imagens de santos. A Arquidiocese de Goiás ajuizou ação a fim de proibir a produção e comercialização das tais esculturas, uma vez que essas aviltariam a fé cristã.

O Magistrado da 9ª Vara Cível de Goiânia, Dr. Abílio Wolney Aires Neto, deferiu tutela antecipada, com o fito de impedir que a aludida artista fabrique e venda as esculturas. A decisão ordena, ainda, que se retire da *internet* um perfil no *facebook* mantido pela artista denominado “Santa Blasfêmia.”

O Juiz de Direito considera que há um “conflito” entre direitos fundamentais, a saber, o direito à liberdade artística ao lado da artista Ana Smiles; e “dignidade pessoal, à honra, e à vida privada, que no caso a Igreja Católica, a Santa Sé, é pessoa jurídica de direito público por constituir um país soberano, o Vaticano, logo goza da proteção Constitucional por possuir personalidade jurídica”. (BRASIL, Tribunal de Justiça de Goiás, 2016)

Há diversos pontos a serem destacados da decisão judicial sob comento.

Primeiramente, não há que se falar em conflito entre direitos fundamentais. Conforme demonstrado no presente arrazoado, trata-se de colisão entre princípios que representam direitos fundamentais. O conflito ocorre entre regras, isto é, a chamada antinomia.

A par disso, Sua Excelência ao relatar os direitos fundamentais em colisão, aloca a dignidade da pessoa humana, vida privada e honra como direitos fundamentais dos religiosos. Ora, quer nos parecer que os direitos ofendidos seriam a liberdade religiosa. De fato, no núcleo dessa liberdade supostamente aviltada está a dignidade humana.

Em terceiro lugar, denota-se grave falha na argumentação da decisão, qual seja, mesmo identificando valores em colisão, o Magistrado não realiza ponderação ou aplicação do princípio da proporcionalidade. Simplesmente, define que a liberdade artística, neste caso, afrontaria a Santa Sé.

Dá-nos a impressão de que o Magistrado adotou a teoria interna de limitação aos direitos fundamentais, considerando que os limites imanentes da liberdade artística impedem que se flerte, por meio de ironias, com dogmas religiosos, qualquer que seja a circunstância. Ora, isso seria hierarquizar *a priori* os direitos fundamentais, fato que o Magistrado expressamente diz não ser possível. Daí decorre um contrassenso.

Similar ao exemplo dado neste estudo, no sentido de que a prevalecer a teoria interna, um ator não poderia ser crucificado em cena, mesmo se concordasse, pois a arte não aceita o sofrimento humano. Da mesma forma, aplicando esse subterfúgio retórico de que lançou mão o MM. Magistrado, equivaleria a dizer que a religião não admite ofensas, mesmo que artísticas.

Outra questão que salta aos olhos foi o fato de a decisão determinar a vedação da própria produção ou fabricação das esculturas. Importante seria a distinção entre produção e venda ou cessão gratuita. No entanto, o Magistrado foi além e violou de morte o direito à liberdade artística e, até mesmo, à intimidade da artista. Isso porque, a prevalecer esse entendimento, caso a artista produza novas esculturas dentro de seu estúdio de trabalho, para deleite próprio e haja uma denúncia anônima, tal poderia ser reputado como ato de desobediência à ordem judicial, resultando em crime, até mesmo.

Também foi vedada pela referida decisão a doação, ou seja, cessão gratuita das obras de arte. A artista não pode, a prevalecer a decisão, sequer fabricar novas peças ou doar a um familiar, peças já produzidas.

O derradeiro ponto a se salientar na decisão - antes de ingressar-se àquilo que entendemos ser o raciocínio correto sobre a questão -, é a alusão à Igreja Católica como pessoa jurídica de direito público, pois representada pelo Estado do Vaticano, como se Arquidiocese de Goiânia fosse uma

sucursal de uma empresa multinacional.

Com o devido respeito, é equivocada essa colocação, eis que a Igreja Católica não é titular de direito sobre imagens santas, nem mesmo da fórmula estética de fabricação artística destas.

Ademais, tivesse o douto Magistrado adotado a teoria interna, teria o mesmo que anunciar a metodologia empregada na decisão, bem como deveria fazer referências apropriadas ao uso da aludida corrente.

De fato, conforme dito algumas vezes neste artigo, a liberdade artística por definição deve ter poucas restrições e essas, quando cabíveis, devem ser realizadas mediante ressarcimento por perdas e danos e não por meio de vedação à produção e comercialização. Realmente, a colisão ora examinada é de difícil ponderação, eis que os religiosos também reivindicam uma proteção especial a seus dogmas de fé.

Para situações como a presente, aplica-se o "princípio dos princípios" (GUERRA FILHO, 2001, p. 153) ou princípio da proporcionalidade. Os princípios em colisão, no caso concreto, são a liberdade artística, o direito ao desenvolvimento da personalidade e a livre iniciativa de um lado e, de outro, a liberdade religiosa e a dignidade da pessoa humana.

Paulo Bonavides assim leciona (BONAVIDES, 2006, p. 434):

Em nosso ordenamento constitucional não deve a proporcionalidade permanecer encoberta. Em se tratando de princípio vivo, elástico, prestante, protege ele o cidadão contra os excessos do Estado e serve de escudo à defesa dos direitos e liberdades constitucionais. De tal sorte que urge, quanto antes, extraí-lo da doutrina, da reflexão, dos próprios fundamentos da Constituição, em ordem a introduzi-lo, com todo o vigor, no uso jurisprudencial.

A aplicação da proporcionalidade perpassa pela análise de adequação, necessidade e, por fim, a ponderação ou proporcionalidade em sentido estrito, de sorte que cada requisito é subsidiário do outro, vale dizer, somente se passa a analisar os demais requisitos se a resposta for afirmativa ao anterior.

Inicia-se com o teste de adequação, ou seja, se o ato é capaz de fomentar o princípio que visa proteger (SILVA, 2002, p.15). Assim: a produção e comercialização de esculturas é suficiente para proteger a liberdade artística? A resposta é positiva.

A intenção da artista plástica, sob nossa ótica, com a criação e venda das esculturas parece ser questionar a capacidade da cultura pop atual em criar mitos e imagens de culto por parte de fãs e seguidores (para utilizar termo típico das redes sociais), que ironicamente se assemelham às imagens santas do catolicismo. A reflexão artística que as obras propõem parece caminhar para uma espécie de iconoclastia metafórica, ou seja, quebra do caráter superior dado a ícones da cultura mundial. A intenção não é ofender o sentimento religioso, ao contrário, é valer-se da força desse sentimento para ironizar a cultura pop, que remete a objetos de adoração.

A par disso, questiona-se se a proibição que a Arquidiocese de Goiânia visa obter é suficiente para proteger a liberdade religiosa. Sim, pois a proibição incluiria até a produção artística de Ana Smile, isto é, garantiria a proteção do sentimento religioso que estaria supostamente em risco.

A próxima verificação trata da necessidade, ou seja, examinar se dentre os meios possíveis, este é o meio menos gravoso para se atingir o fim. Assim, dentre os possíveis meios de expressão artística, o meio escolhido pela artista atinge o fim colimado (expressão de arte) com uma razoável e abstrata capacidade de ofensa à liberdade religiosa, sob hipótese. No entanto, o meio de proteção escolhido pela Arquidiocese de Goiânia tenta ferir de morte a liberdade artística, para se proteger, não sendo o meio menos gravoso.

A Arquidiocese poderia ter movido ação indenizatória por danos morais, postulando alto valor,

de modo a desestimular a artista a prosseguir com o trabalho.

Pretender proibir a produção e circulação de obras de arte equivale a violar a liberdade de expressão em sentido amplo e afronta o direito ao desenvolvimento da personalidade de forma livre e autônoma, calando a artista e impedindo que esta faça aquilo que dá sentido à sua vida. Além disso, veda-se também a livre iniciativa, eis que a artista não poderá comercializar suas esculturas, exercendo, assim, seu ofício.

Destarte, o meio escolhido pela "Igreja" não foi *necessário*, de modo que a análise da proporcionalidade termina nesse ponto, pois não passa sequer pelo teste da necessidade, sendo, portanto, dispensável o exame da ponderação propriamente dito.

O outro meio possível à preservação do sentimento religioso apontado acima (ação indenizatória) seria considerado *adequado e necessário*, ou seja, fomentaria seu interesse com menor onerosidade ao bem em colisão? Sem dúvida que sim, porquanto o libelo por uma condenação a ser postulada ao Magistrado poderia incluir o caráter reparador e punitivo/pedagógico.

Em outras palavras, uma ação de indenização poderia objetivar, ao menos em tese, a condenação da artista em danos morais que considerassem a suposta dor das pessoas afetadas pelas imagens, bem como um valor punitivo (*punitive damages*), a fim de desestimular a repetição da conduta.

A nosso ver, provavelmente não seria cabível a condenação em *punitive damages* no caso em análise, no entanto, a pretensão nesse sentido fere em medida sobremaneira menos onerosa os direitos fundamentais da artista, do que a proibição de produção e circulação das obras de arte.

O conceito de *punitive damages* decorre do *Common Law*, desde o século XIII, na Inglaterra (STOCCO, 2011, p. 1.923-1.924), em que há registros de casos de lesões pessoais causadas intencionalmente, nos quais, o Magistrado poderia condenar o réu a um ulterior pagamento a título de condenação punitiva, ou seja, além do caráter de reparação ou compensação do dano experimentando, já havia a tentativa de desencorajar novas condutas no mesmo sentido no futuro, é o âmago pedagógico da condenação.

Os *punitive damages* têm sido aplicados nos Estados Unidos com desenvoltura e vêm ganhando força aos poucos no Brasil, nos casos de danos morais, como relata Silvio de Salvo Venosa (VENOSA, 2001, p. 340):

Não se trata, portanto, de mero ressarcimento de danos, como ocorre na esfera dos danos materiais. Esse aspecto punitivo da verba indenizatória é acentuado em muitas normas de índole civil e administrativa. Aliás, tal função de reprimenda é acentuada nos países do Common Law.

Não há que se falar em enriquecimento sem causa, uma vez que além de desestimular a conduta do agente, a condenação punitiva tem condão de servir de exemplo aos demais. Essa condenação pedagógica, no entanto, somente seria possível, caso houvesse elementos, na prática, que fossem comprobatórios da intenção da artista em ofender terceiros. Não parece ser o ocorre no caso sob comento.

Superado o exame de adequação e necessidade, passa-se a examinar se o meio menos gravoso (pedido de indenização) é proporcional. O pleito indenizatório tem o condão de proteger a liberdade religiosa em nível consideravelmente forte, ao passo que fere o direito fundamental à livre expressão artística de forma moderada, pois provoca desestímulo indireto.

Um pedido indenizatório seria, portanto, um meio proporcional, pelo menos hipoteticamente, eis que promove mais ganhos do que perdas. Conclui-se, assim, que o meio empregado pela Arquidiocese de Goiânia e acolhido, por antecipação de tutela, pelo MM. Juiz de Direito não é um meio proporcional. A bem da verdade, como dito, sequer é necessário.

Com efeito, a decisão em análise não é adequada e, por consequência, não é proporcional. À luz da teoria dos direitos fundamentais proposta por Robert Alexy, claramente pode-se afirmar que a decisão é equivocada, sob vários aspectos.

Em que pese o exercício realizado a título de análise da proporcionalidade, o qual inclui a análise de meios menos gravosos, é de se salientar que, a nosso sentir, não seria cabível sequer a condenação em indenização por danos morais, com base na análise das fotografias das esculturas e dos relatos contidos nos autos. Como dito acima, a reflexão artística provocada pelas obras de arte consubstancia uma observação legítima e valiosa acerca da cultura de massa produzida mundo afora, a chamada cultura pop, bem como propicia uma reflexão acerca dos objetos de adoração, católicos ou não; religiosos ou não.

Sendo certo que o pedido feito pela Arquidiocese era pela condenação em obrigação de não fazer, o MM. Juiz deveria ter julgado improcedente a ação de plano, em razão da desproporcionalidade do pedido (ou até por sua *desnecessidade*).

Em suma, a decisão judicial padece de uma argumentação sólida que utilize um método consistente de análise dos direitos fundamentais; reconhece uma legitimidade da Arquidiocese de Goiânia sob o fundamento equivocado de ser esta *longa manus* do Vaticano; proíbe a produção, venda e cessão gratuita das obras de arte, o que é temerário e inconcebível, pois assemelha-se à censura do próprio direito ao desenvolvimento pessoal e parece reconhecer a existência de titularidade da Igreja Católica sobre esculturas de gesso. Ou seja, uma sucessão de erros.

De outro giro, não há que se obter, ao contrário do que alguns poderiam pensar, de que o Estado-Juiz ao realizar alguma ingerência em questões religiosas feriria o Princípio da Laicidade. Isso porque o princípio da liberdade de religião e de culto preconiza que todos os credos podem ser professados no país, ficando garantida a pluralidade, sem que o Estado adote uma religião oficial. Interferir em questões de suposta ofensa a uma religião não significa que o Estado irá adotar uma religião oficial, ao contrário, quer dizer que protege a todas igualmente.

5. CONCLUSÃO

A intenção deste artigo foi examinar a liberdade de expressão artística, à luz da Constituição Federal e da doutrina nacional e internacional, a fim de refletir-se a respeito dos limites que o Direito poderia vir a impor a esses direitos fundamentais.

Para ilustrar as análises, este trabalho enfrentou alguns casos concretos, sendo o mais emblemático destes, a decisão de um MM. Juiz da Comarca de Goiânia que proibiu a produção, venda ou cessão gratuita de esculturas feitas pela artista plástica, Ana Smile, por entender que ofende a Igreja Católica.

Importante compreender, portanto, como são detectados os eventuais excessos praticados pelos artistas, bem como esclarecer como se dá a imposição de limites às manifestações culturais, em sentido amplo.

A análise da atuação do Estado, nesse contexto, também é de suma relevância. Para garantir a igualdade e a liberdade no debate, nem sempre a melhor postura estatal é a inércia. É fundamental a concepção de que o Estado deve regular as vozes envolvidas no debate – mesmo quando este partir de manifestação artística - para que este seja amplo, plural e livre, evitando-se o efeito silenciador, descrito por Owen Fiss.

A aplicação do princípio da proporcionalidade a casos em que ocorre grave colisão entre o direito fundamental da livre expressão artística e a liberdade religiosa é o método de interpretação mais acertado, que poderá, como demonstrado neste estudo, apontar para o meio mais equânime a fomentar o valor que esse direito persegue, com a menor onerosidade aos direitos que caminham em rota de colisão.

De fato, os artistas reivindicam uma liberdade quase absoluta, como destacam Dimitris Christopoulos e Dimitri Dimoulis, mas tal pode encontrar limites. Da mesma forma, o peso que deve ser atribuído ao sentimento religioso que se coloca em polo contrário a essa expressão, também deve ser especial, como destacado por Daniel Sarmento. A finalidade dessa criteriosa ponderação deve ser evitar a dissipação do ódio na sociedade, bem como a estigmatização de certos grupos sociais, sem, entretanto, ceifar a expressão artística, que é uma das molas propulsoras da evolução cultural e social da humanidade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, tradução Virgílio Afonso da Silva da 5ª Edição alemã, 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros.

BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. Brasília: Ed. UNB, 11. Ed., 1992.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Goiás, Ação de Obrigação de Não Fazer, processonº. 201600958448 (95844-36.2016.8.09.0051), MM. 9ª Vara Cível de Goiânia, 2016.

CHRISTOPOULOS, Dimitris; DIMOULIS, Dimitri. *O direito de ofender. Sobre os limites da liberdade de expressão artística*. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, 2009.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 3ª edição, 2014.

DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar. 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da Ciência Jurídica*. São Paulo: ed. Saraiva, 2001.

HUFFINGTON POST. Entrevista. Disponível em: <http://www.huffingtonpost.com/udoka-okafor/exclusive-interview-with-_18_b_5442141.html>. 2014.

LOBATO, Monteiro, *O Sítio do Picapau Amarelo: Memórias de Emília*, 1978.

MILL, John Stuart. *A liberdade*. São Paulo, Martins Fontes, 2000.

SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, José Afonso. *Ordenação constitucional da cultura*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2001.

SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Recebido em: 03/04/2017

Aprovado em: 10/08/2017

Como citar este artigo (ABNT):

PEREIRA, Cristiano Padial Fogaça. A Liberdade Artística é "Sagrada"? Uma Análise Acerca dos Limites da Liberdade de Expressão Artística. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.32, p.59-75, maio/ago. 2017. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2017/10/N.32-04.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.