

GABRIEL ALENCAR DE ABREU
GABRIEL HENRIQUE SILVA SANTOS

**LIMITES CONSTITUCIONAIS DA LIBERDADE ARTÍSTICA COM O ADVENTO DA
CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**

Ji-Paraná
2021

GABRIEL ALENCAR DE ABREU
GABRIEL HENRIQUE SILVA SANTOS

**LIMITES CONSTITUCIONAIS DA LIBERDADE ARTÍSTICA COM O ADVENTO DA
CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**

Artigo apresentado no curso de Direito do
Centro Universitário São Lucas Ji-
Paraná, como requisito para obtenção do
título de bacharel, sob orientação da
Prof^a. M^a. Kellyana Bezerra de Lima
Veloso.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação - CIP

A162l Abreu, Gabriel Alencar de.

Limites constitucionais da liberdade artística com o advento da Constituição Federal de 1988. / Gabriel Alencar de Abreu; Gabriel Henrique Silva Santos. – Ji-Paraná, 2021.

19 f. ; 30 cm.

Artigo Científico (Graduação em Direito) – Centro Universitário São Lucas Ji-Paraná, 2021.

Orientadora: Prof^a. M^a. Kellyana Bezerra de Lima Veloso.

1. Direitos Fundamentais. 2. Liberdade Artística. 3. Ponderação de Princípios. 4. Direito Constitucional. I. Santos, Gabriel Henrique Silva. II. Veloso, Kellyana Bezerra de Lima. III. Título.

CDU 342.7

**GABRIEL ALENCAR DE ABREU
GABRIEL HENRIQUE SILVA SANTOS**

**LIMITES CONSTITUCIONAIS DA LIBERDADE ARTÍSTICA COM O ADVENTO DA
CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**

Trabalho apresentado à banca examinadora do Centro Universitário São Lucas, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito.
Orientadora Prof^ª. M^a. Kellyana Bezerra de Lima Veloso.

Ji-Paraná, ____ de ____ de 2021.

Resultado:

BANCA EXAMINADORA

Resultado: _____

Título e nome
Centro Universitário São Lucas
de Ji-paraná/RO

Título e nome
Centro Universitário São Lucas
de Ji-paraná/RO

Título e nome
Centro Universitário São Lucas
de Ji-paraná/RO

LIMITES CONSTITUCIONAIS DA LIBERDADE ARTÍSTICA COM O ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Gabriel Alencar de Abreu¹

Gabriel Henrique Silva Santos²

Kellyana Bezerra de Lima Veloso³

RESUMO: Este artigo trata-se de um estudo sobre a evolução do conceito de arte e a liberdade que conquistou ao longo dos anos a sua qualificação enquanto direito, hoje prevista no artigo 5º, IX da Magna Carta. O trabalho tem como núcleo a análise sobre os limites constitucionais da liberdade artística frente à Constituição Federal e da forma utilizada pelo poder judiciário para a resolução de conflitos, pois apesar de ser uma garantia fundamental, não é um direito absoluto, afinal, nenhum direito é absoluto. Para a realização deste artigo utilizou-se do método dedutivo, com pesquisa bibliográfica em livros, artigos científicos, reportagens e julgados da jurisdição brasileira com o intuito de enriquecer o trabalho apresentando. A forma mais comum utilizada para resolver esses casos é a ponderação, que ocorre quando há a colisão de duas ou mais direitos fundamentais, porém dado o grau de dificuldade das lides que trata sobre tais assuntos, há casos em que o subjetivismo da temática posta acaba provocando interpretações jurisprudenciais parciais. Por fim, será analisado a jurisprudência pátria e como se porta a ponderação na prática.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais; Liberdade Artística; Ponderação de Princípios.

ABSTRACT: This article is a study on the evolution of the concept of art and the freedom that has gained its confirmation over the years, now provided by the Article 5, IX of the Federal Constitution. The article has as its core the analysis of the constitutional limits of artistic freedom in face of the Federal Constitution and the way used by the judiciary for the resolution of conflicts, because despite being a fundamental guarantee, it is not an absolute right, after all, no right is absolute. The most common way used to solve these cases is by weighting, which occurs when there is a collision of two or more fundamental guarantees, however given the degree of difficulty of the conflict with such matters, there are cases in which the subjectivism of the theme ends causing partial jurisprudential interpretations. For the realization of this article, the deductive method was used, with bibliographic research in books, scientific articles, reports and judges from the Brazilian jurisdiction in order to enrich the presented article.

KEY-WORDS: Fundamental Rights; Artistic Freedom; Weighting of Principles.

1. INTRODUÇÃO

¹ Acadêmico do curso de Direito do Centro Universitário São Lucas Ji-Paraná. Endereço eletrônico: lealabreu.16@gmail.com

² Acadêmico do curso de Direito do Centro Universitário São Lucas Ji-Paraná. Endereço eletrônico: contato.gabrielhenriquesilva@gmail.com

³ Orientadora Prof^a. M^a. Kellyana Bezerra de Lima Veloso. Docente do curso de Direito do Centro Universitário São Lucas Ji-Paraná. Endereço eletrônico: kellyana.veloso@saolucasjiparana.edu.br.

A arte, por ser algo existente desde o período neolítico, sofreu diversas alterações ao longo do tempo. Por volta de 8.000 a.C já era possível encontrar desenhos em cavernas de fatos marcantes, como por exemplo, quando foi descoberto o fogo.

Com o passar dos anos, o conceito do que é arte foi ganhando mais abrangência, sendo que, o que conhecemos hoje como seu termo definidor, difere-se muito das características a ela empregada pela comunidade artística.

Atualmente a arte é uma forma de expressar tudo aquilo que o artista está sentindo, essa expressão pode ser feita de diversas maneiras, como por exemplo a música, esculturas, teatro, dança, entre outras.

Como se trata de uma forma de expressar os sentimentos, de uma maneira que provoque reações do público, devemos questionar o que ocorre quando tais manifestações ferem os limites constitucionais e os direitos humanos ao serem deliberadamente expostas ao público?

Atualmente questiona-se os limites que o artista tem no uso do seu direito de liberdade artística, sendo que a Lei Maior proíbe a censura. Ademais, quando ocorre colisão com outros direitos fundamentais, o direito de liberdade artística pode sofrer limitações e, quando ocorrem situações conflituosas, é necessário utilizar a técnica da ponderação por ser esta a ferramenta adequada para resolução dos *hard cases*.

Seguindo esta linha de raciocínio, o objetivo desse artigo é delimitar o alcance dos direitos fundamentais e realizar uma análise aprofundada em relação à ponderação de dois ou mais direitos fundamentais que estão em conflito, com o intuito de buscar a resolução da demanda.

2. ENTENDIMENTO ACERCA DO QUE É ARTE

Antes de adentrarmos de fato no tema objeto do estudo se faz necessário buscar um conceito de arte, algo não tão fácil quanto aparenta, pois muito se discute sobre o seu real significado. A palavra, segundo Imbroisi (2020, p. 1), é derivada do

latim “*ars, artis*”, cujo significado se traduz por “maneira de ser ou de agir”, aptidão “natural ou adquirida”.

Na cultura greco-romana, ainda de acordo com o autor citado acima, a palavra remete ao sentido de habilidade ou ofício, nesse sentido a priori podemos entender a arte pelo seu aspecto executivo e manual.

Há inúmeras possibilidades de definição de arte. Não há como limitá-las a determinado estilo ou gosto. Variações conceituais foram atribuídas no tempo e no espaço. A palavra deriva do latim *ars, artis*, que significa maneira de ser ou de agir, profissão, habilidade natural ou adquirida, e, na cultura greco-romana, possuía o sentido de ofício, habilidade. Nessa concepção, a arte estava ligada ao propósito de fazer, ou seja, era concebida com base em um aspecto executivo e manual (IMBROISI, 2020, p.1).

A arte também é entendida como expressão, seu conceito pode depender do contexto cultural, da técnica aplicada bem como o processo que conduz à criação. O fator histórico também é determinante, por vezes objetos de outras épocas e antigas civilizações são apreciadas como arte, isto como bem descrito no seguinte trecho:

A definição de arte pode variar de acordo com determinado contexto cultural, isto é a existência, ou não, de um processo que conduz à criação de um objeto belo, com todas as suas implicações teóricas, técnicas pessoais e sociais, consequências da apreciação da beleza como parte essencial do resultado. Mas também é possível qualificar como arte objetos ou processos criativos de outras épocas ou civilizações, julgamento esse realizado à margem da avaliação concreta que teve para seu autor ou para a sociedade à qual pertencia. A mera apreciação estética posterior desse objeto ou processo já era suficiente para que seja intitulado como arte. Tal qualificação é que possibilita hoje chamar de arte obras pré-históricas, em outras épocas consideradas primitivas (IMBROISI, 2020, p.1.).

Podemos entender que a expressão humana de ordem estética, produzida por artistas que, tenham por objetivo impactar emocionalmente e/ou gerar ideias a espectadores, pode ser entendida como arte.

[...] Atividade humana ligada a manifestações de ordem estética, feita por artistas a partir de percepção, emoções e ideias, com o objetivo de estimular esse interesse de consciência em um ou mais espectadores, e cada obra de arte possui um significado único e diferente [...] (IMBROISI, 2020, p.1).

Compreendido num primeiro momento o significado do vocábulo supracitado, cabe adentrarmos a fundo no tema, tratarmos sobre o conceito de liberdade artística, sendo esta uma espécie de liberdade de expressão presente no texto constitucional ora estudado.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; (BRASIL, 1988).

A arte, por ser um modo de expressão, é tutelada pela liberdade artística, esta, por sua vez, trata-se de um dos pilares do Estado Democrático de Direito, bem como da dignidade da pessoa humana.

Liberdade e igualdade formam dois elementos essenciais do conceito de dignidade da pessoa humana, que o constituinte erigiu à condição de fundamento do Estado Democrático de Direito e vértice do sistema dos direitos fundamentais. (MENDES; BRANCO, 2018, p. 388).

Logo, pelo exposto, a manifestação artística é, sem sombra de dúvidas, acolhida como fundamental e basilar na Constituição da República Federativa do Brasil de 1998.

Quaisquer que sejam os meios e os instrumentos de transmissão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, veda-se de forma absoluta a censura e a licença. A licença é um ato prévio à manifestação da atividade, e a censura, conforme sua modalidade, pode ser a ela anterior ou posterior (MOTTA, 2018, p. 243).

Por estar prevista no rol de direitos e garantias fundamentais, a liberdade artística possui o *status* de cláusula pétrea, isto é, não pode sofrer revogação, há inclusive na nossa Magna Carta, uma vedação expressa no inciso V, § 4º art. 60, conforme se vê a seguir: “§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] V - os direitos e garantias individuais”.

Pelo exposto acima, a arte, por ser uma forma de expressão, seja através de um artesanato, canção, pintura, performance teatral, dentre outros, sem sombra de dúvidas é tutelada pela nossa Lei Maior, uma vez que cabe ao Estado Democrático de Direito garantir a proteção dos direitos fundamentais.

3. A LIBERDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL DE PRIMEIRA DIMENSÃO E LIBERDADE ARTÍSTICA COMO SUB GÊNERO

A priori, entendemos ser de extrema importância esclarecermos acerca da terminologia “direitos fundamentais”, ainda que na contemporaneidade exista um entendimento intrínseco em relação ao tema, ou seja, acerca da sua essência, para melhor elucidarmos acerca deste, podemos entender que, para a nossa CRFB que busca proteger o desenvolvimento da pessoa, tais direitos positivados são, sem sombra de dúvidas, essenciais ao nosso Estado Democrático de Direito.

O peso jurídico atribuído a uma norma fundamental é, sem sombra de dúvidas, proporcional ao valor que a ele o Estado impusera, na legislação pátria os direitos fundamentais por força principiológica possuem um grande peso, isso levando em conta que, para o legislador pátrio, tais direitos funcionam como base, ou seja, são os pilares do Estado Democrático de Direito.

Os direitos fundamentais, por sua vez, são os direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico doméstico. Significam a positivação, pelo Estado, dos direitos morais das pessoas. Isto se dá por previsão expressa ou implícita no texto constitucional, ou no chamado bloco de constitucionalidade. (BARROSO, 2020 p. 511).

Uma vez superada a introdução do tema posto, cabe falarmos acerca da primeira dimensão dos direitos humanos, tendo em mente que, a existência de diferentes dimensões relativas aos direitos humanos e fundamentais é ocasionada devido a própria natureza mutável do direito.

Ao longo da História, assistiu-se à consagração dos direitos civis, dos direitos políticos, dos direitos sociais básicos e econômicos, dos direitos coletivos e, mais modernamente, dos direitos das minorias, do direito ao desarmamento etc. A existência de várias dimensões é perfeitamente compreensível, já que decorrem da própria natureza humana: as necessidades do Homem são infinitas, inesgotáveis, o que explica estarem em constante redefinição e recriação, o que, por sua vez, determina o surgimento de novas espécies de necessidades do ser humano. Daí falar em diversas dimensões de projeção da tutela do Homem, o que só vem corroborar a tese de que não há um rol eterno e imutável de direitos inerentes à qualidade de ser humano, mas sim, ao contrário, apenas um permanente e incessante repensar dos Direitos. (TAVARES, 2020, p. 442-443).

Numa consulta feita por escritos de doutrinadores pátrios, ficou evidenciado que a primeira dimensão trata principalmente do princípio da liberdade, dando ênfase aos direitos individuais e políticos, num primeiro momento temos então uma proteção que abrange, dentre outros, a liberdade e a propriedade privada, além, é claro, do direito de votar e ser votado, garantias essas previstas na Lei Maior.

[...] os direitos de primeira geração correspondem ao Estado liberal, ligados à autonomia privada (direitos e liberdades individuais) e à autonomia pública

(direitos de participação política). Consistem, portanto, nos direitos à vida, à liberdade, à igualdade formal, bem como os direitos de votar e ser votado. (BARROSO, 2020, p. 521).

No mais, inicialmente o que se esperava com o surgimento desses direitos fundamentais foi uma abstenção das ações do Estado, um “não agir” com o intuito de livrar o indivíduo as amarras do poderio Estatal.

Os direitos fundamentais de primeira geração, diretamente vinculados à ideologia liberal, são essencialmente direitos de defesa do indivíduo perante o Estado, pois objetivam não uma prestação positiva do Estado, mas uma atuação negativa, um não agir por parte do Estado em benefício da liberdade do indivíduo, no sentido de que o ente estatal não interfira nas esferas jurídicas individuais. Buscam, basicamente, assegurar a liberdade do indivíduo na arena política e, precipuamente, em seus negócios privados. (MOTTA, 2018, p. 211).

Compreendido, num primeiro momento, o tema supracitado, visto ser o direito de liberdade classificado na primeira dimensão de direitos, cabe elucidarmos acerca da liberdade artística, sendo esta uma espécie de liberdade de expressão presente no texto constitucional ora estudado.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença. (BRASIL, 1988).

A arte, por ser um modo de expressão, é tutelada pela liberdade artística, esta, por sua vez, trata-se de um dos pilares do Estado Democrático de Direito, bem como, da dignidade da pessoa humana.

Liberdade e igualdade formam dois elementos essenciais do conceito de dignidade da pessoa humana, que o constituinte erigiu à condição de fundamento do Estado Democrático de Direito e vértice do sistema dos direitos fundamentais. (MENDES; BRANCO, 2018, p. 388).

Logo, pelo exposto, a manifestação artística é, sem sombra de dúvidas, acolhida como fundamental e basilar na Constituição da República Federativa do Brasil de 1998.

Quaisquer que sejam os meios e os instrumentos de transmissão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, veda-se de forma absoluta a censura e a licença. A licença é um ato prévio à manifestação da atividade, e a censura, conforme sua modalidade, pode ser a ela anterior ou posterior. (MOTTA, 2018, p. 243).

Por estar prevista no rol de direitos e garantias fundamentais, a liberdade artística possui o status de cláusula pétrea, isto é, não pode sofrer revogação, há, inclusive, na Constituição uma vedação expressa no inciso V, § 4º artigo 60.

4. NORMA NÃO ABSOLUTA: LIMITAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O conceito do que vem a ser uma norma é uma peça fundamental da ciência do direito, talvez até a mais importante. Pelo fato de não ter um conceito definido e ser muito abrangente, algumas decisões podem variar, dependendo do que o cada um entende como norma.

Toda definição desse conceito implica decisões sobre o objeto e o método da disciplina, ou seja, sobre seu próprio caráter. Dessa forma, a fundamentação daquilo que se sustenta variará conforme se entenda norma como o "sentido (objetivo) de um ato pelo qual se ordena ou se permite e, especialmente, se autoriza uma conduta" ou uma "expectativa de comportamento contrafaticamente estabilizada", 'como um imperativo' ou um modelo de conduta que ou é respeitado ou, quando não, tem como consequência uma reação social, como uma expressão com uma forma determinada' ou uma regra social. (ALEXY, 2008, p.52).

O posicionamento defendido por Alexy é de que os direitos fundamentais são normas. Por esse motivo, o conceito de direito fundamental compartilha de todos os impasses a que se refere o conceito de norma.

Apesar de a liberdade de expressão artística estar elencada no rol de direitos fundamentais, não é um direito absoluto, afinal, nenhum é.

Quando há uma colisão de dois ou mais direitos fundamentais é necessário realizar a ponderação, esta, por sua vez, nada mais é do que uma análise dos direitos com o objetivo de buscar o equilíbrio, delimitando cada um deles.

Quem faz essa análise é o Supremo Tribunal Federal, que inclusive já manifestou seu posicionamento a respeito do assunto conforme se destaca: "O entendimento de que a liberdade de expressão não é um direito fundamental absoluto foi reafirmado em julgamento proferido pela 2.ª Turma do STF [...] (LENZA, 2020, p. 783).

Seguindo o entendimento firmado, assevera-se que, no caso concreto, onde haja uma lide envolvendo direitos fundamentais, não há como falarmos em direito absoluto.

O constituinte brasileiro, no art. 220 da Lei Maior, ao tempo em que proclama que não haverá restrição ao direito de manifestação de pensamento, criação, expressão e informação, dizendo, também, no § 1º, que “nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social”, ressalta que assim o será “observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV”. Dessa forma, admite a interferência legislativa para proibir o anonimato, para impor o direito de resposta e a indenização por danos morais e patrimoniais e à imagem, para preservar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, e para que se assegure a todos o direito de acesso à informação. (MENDES; BRANCO, 2018, p. 399).

Um direito fundamental pode ser considerado erroneamente como intocável, entretanto, essa noção equivocada demonstra-se fragilizada no caso concreto onde, dada as peculiaridades de cada case, um conflito entre duas os mais normais fundamentais trata-se de uma hipótese real.

Por mais forte que uma norma seja, não há como chamá-la de absoluta, como por exemplo a dignidade da pessoa humana. Quando ela está diante de outro princípio possui um peso enorme na ponderação, visto que geralmente possui precedência em relação aos demais. No entanto, se de fato existisse uma norma absoluta não faria sentido utilizar da ponderação já que aquele princípio quando confrontado não receberia nenhuma limitação jurídica.

Na prática, podemos observar que o STF tem utilizado a técnica de ponderação para a resolução de conflitos. No entanto, não há como chegar em uma uniformidade na hora de julgar, tendo em vista que há dois lados na balança e um acaba sobrepondo o outro.

Por isso, é necessário fazer uma análise concreta de cada processo, pois não existe fórmula para julgar, ora vencerá o direito da coletividade, ora o direito individual do artista.

5. TÉCNICAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS: ENTRE A LIBERDADE ARTÍSTICA E OUTROS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Antes de adentrar de fato às formas de ponderação, é necessário antes estabelecer a diferença de regra e princípio, pois essa distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para resolução dos problemas referentes aos direitos fundamentais.

Essa distinção constitui um elemento fundamental não somente da dogmática dos direitos de liberdade e de igualdade, mas também dos direitos a proteção, a organização e procedimento e a prestações em sentido estrito. (ALEXY, 2008, p. 85).

Primeiro, é preciso estabelecer que tanto as regras quanto os princípios são normas, sendo cada uma sua própria espécie de norma. O principal método para a distinção é quanto a generalidade da norma, sendo a generalidade das regras inferior à dos princípios, quase como se a regra fosse uma ramificação do princípio.

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. (ALEXY, 2008, p. 90).

Os princípios, apesar de não serem absolutos, sempre serão satisfeitos independente de colidir com outra norma, não importa o que aconteça o princípio não perderá a sua eficácia, tampouco sofrerá alteração determinando a criação de uma cláusula de exceção. Ou seja, o fato de um princípio se sobrepôr a outro no sopesamento, não fará com que este perca sua eficácia.

Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. (ALEXY, 2008, p. 90).

Já as regras são diferentes, caso ocorra a colisão de duas regras é certo que existem dois caminhos, ou uma delas será considerada inválida ou será determinada a criação de uma cláusula de exceção que elimine o conflito.

Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. (ALEXY, 2008, p. 91).

Sobre isso, temos a definição clássica de Robert Alexy (2008), que consiste no seguinte exemplo: uma escola possui uma regra que os alunos somente poderão sair após o sinal tocar. No entanto, existe uma exceção em caso de emergência como é o caso de um incêndio, sendo assim, poderão sair antes de tocar o sinal e sem violar nenhuma regra.

Além disso, na legislação brasileira temos outros três critérios chamados de antinomias. São eles o critério cronológico, especial e hierárquico, dentre eles existe

uma classificação de superioridade, sendo o critério hierárquico o mais forte e o especial o mais fraco.

Após os conceitos apresentados acima, podemos seguir a diante para as técnicas de resolução de conflitos. Existem diversas técnicas, no entanto a mais utilizada em nosso ordenamento jurídico é a de ponderação, que inclusive é defendida por Alexy.

Esse é o método mais compatível com o nosso sistema jurídico piramidal, já que a pirâmide de Hans Kelsen determina a hierarquia das normas do ordenamento jurídico conforme exposto abaixo:

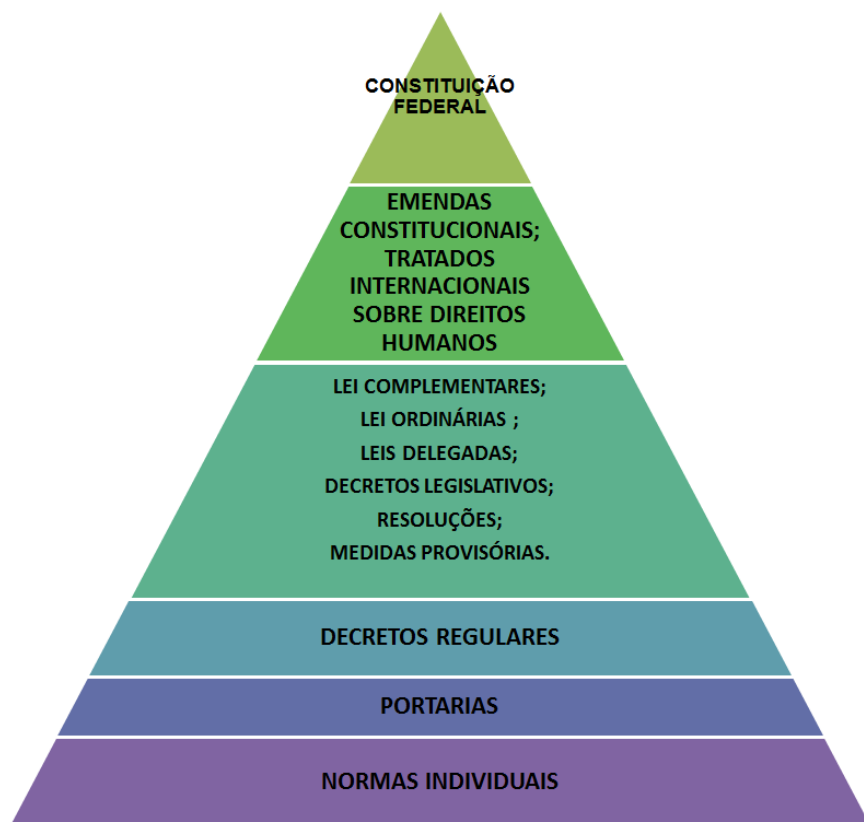


Figura 1 - Hierarquia de normas segundo o jurista Hans Kelsen (Fonte: Pirâmide de Kelsen, 18 de julho de 2017, disponível em: <<https://direitoaojus.blogspot.com/2017/07/piramide-de-kelsen.html>>. Acesso em 05 de maio de 2021)

A liberdade de expressão artística se encaixa no topo da pirâmide por ter força de norma constitucional, já que está presente na Constituição Federal, em seu art. 5º, IX.

Dito isso, qualquer outra garantia fundamental prevista na Constituição que venha a colidir com a liberdade de expressão, será resolvido por meio da ponderação. A ponderação ou sopesamento é uma técnica antiga para a resolução de conflito entre

direitos fundamentais, foi desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Alemão e foi usada pela primeira vez em 1958, no caso do Luth x Van Harlan.

Neste caso, Luth, com o apoio da Igreja Cristã, entrou com uma liminar pedindo que fosse proibido a exibição de seus filmes nos cinemas e realizou diversos boicotes. Harlan foi um cineasta alemão muito popular durante a Segunda Guerra Mundial, muitos de seus filmes tinham referências de caráter discriminatório e antissemita.

O juízo de primeiro grau entendeu que o boicote seria um ato ilícito e contrário aos bons costumes. Inconformado com tal decisão, Luth recorreu à Corte Constitucional Alemã, que através da ponderação entendeu que o direito ao boicote estava protegido pelo princípio da liberdade de expressão.

Nesse sentido, a ponderação é uma ferramenta que possibilitou a resolução de diversos conflitos presentes em nosso ordenamento jurídico, inclusive alguns muito emblemáticos que foram divisores de águas a respeito da ponderação, como é o caso que será exposto no próximo tópico, da ADI nº. 4815/DF que trata da liberdade de expressão e da censura.

6. LIBERDADE ARTÍSTICA E SEUS REFLEXO

A liberdade artística, como discutida nos tópicos anteriores, trata-se de uma garantia fundamental de primeira dimensão positivada na Constituição Federal com o *status* de cláusula pétrea.

Uma vez compreendido a importância que o legislador pátrio atribuiu à ela, bem como o poderio jurídico outorgado à Magna Carta de um Estado, é notório que uma lide envolvendo este e outro direito do mesmo pário causaria, indubitavelmente, uma grande repercussão no judiciário, é o caso, por exemplo, da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4815, julgada em 10 de junho de 2015.

Discutiu-se na ADI supracitada o aparente conflito entre dois princípios positivados na Constituição pátria, um deles trata-se justamente do princípio da liberdade de expressão, de informação, artística e cultural, em contrapartida o segundo princípio envolvido nesse julgamento foi justamente a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (artigo 5º, inciso X, da CRFB).

EMENTA: ação direta de inconstitucionalidade. arts. 20 e 21 da lei n. 10.406/2002 (código civil). preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada. requisitos legais observados. mérito: aparente conflito entre princípios constitucionais: liberdade de expressão, de informação, artística e cultural, independente de censura ou autorização prévia (art. 5º incs. IV, IX, XIV; 220, §§ 1º e 2º) e inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (art. 5º, inc. X). adoção de critério da ponderação para interpretação de princípio constitucional. proibição de censura (estatal ou particular). garantia constitucional de indenização e de direito de resposta. ação direta julgada procedente para dar interpretação conforme à constituição aos arts. 20 e 21 do código civil, sem redução de texto. (BRASIL, 2016, pág. 1-2).

Verifica-se no caso posto a clara utilização da técnica da ponderação mencionada nos tópicos anteriores para a resolução desta lide envolvendo dois princípios positivados no nosso ordenamento jurídico.

O Supremo Tribunal Federal, nos termos do voto da relatora Min^a. Cármen Lúcia decidiu, por unanimidade, declarar não ser necessário o consentimento da pessoa biografada relativamente à obras biográficas literárias ou audiovisuais, tal decisão também recaiu nas pessoas retratadas como coadjuvantes.

O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto da Relatora, julgou procedente o pedido formulado na ação direta para dar interpretação conforme à Constituição aos artigos 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível o consentimento de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo por igual desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas). Falaram, pela requerente Associação Nacional dos Editores de Livros - ANEL, o Dr. Gustavo Binenbojm, OAB/RJ 83.152; pelo amicus curiae Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro - IHGB, o Dr. Thiago Bottino do Amaral, OAB/RJ 102.312; pelo amicus curiae Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB, o Dr. Marcus Vinicius Furtado Coelho, OAB/PI 2525; pelo amicus curiae Instituto dos Advogados de São Paulo - IASP, a Dra. Ivana Co Galdino Crivelli, OAB/SP 123.205-B, e, pelo amicus curiae INSTITUTO AMIGO, o Dr. Antônio Carlos de Almeida Castro, OAB/DF 4107. Ausente o Ministro Teori Zavascki, representando o Tribunal no simpósio em comemoração aos 70 anos do Tribunal de Disputas Jurisdicionais da República da Turquia, em Ancara. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 10.06.2015. (BRASIL, 2016, pág. 267).

O voto da Min^a. Cármen Lúcia, redigido em mais de 120 páginas, além de citar o caso Luth x Van Harlan, também explanou sobre a ponderação durante a sua fundamentação, tal técnica aplicada também foi citada pelos demais ministros.

Por ser fundamental a discussão, cabe citar um trecho da ADI analisada na qual o Min. Luís Roberto Barroso explicou acerca da técnica, vejamos:

[...] a ponderação, embora existam diversos autores que tratem do assunto, tal como eu a pratico, é uma forma de estruturação do raciocínio que se

desenrola em três etapas. Na primeira delas, verificam-se quais são as normas que postulam incidência sobre aquela hipótese. No nosso caso concreto, são as normas que protegem a liberdade de expressão e o direito de informação, e as normas que protegem a privacidade, a imagem e a honra. A segunda etapa da ponderação exige que se verifiquem quais são os fatos relevantes. E, na terceira e última etapa, testam-se as soluções possíveis. E o ideal é que se produza a concordância prática das normas em conflito, eventualmente com concessões recíprocas. No limite, porém, muitas vezes, na hipótese de colisão de direitos fundamentais, é inevitável que se façam determinadas escolhas. Essa ponderação pode ser feita pelo legislador, em tese, ou pode ser feita pelo aplicador da lei, pelo juiz ou tribunal, em cada caso concreto. (BRASIL, 2016, pág. 142).

É perceptível o quão impactante pode ser um case que envolva um conflito de garantias fundamentais positivadas, a temática de certa forma afeta todo o poder jurídico, pois é perceptível que uma decisão desse nível refletirá em decisões futuras.

CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente artigo apresentou a mutação sobre o conceito de arte e as variadas formas de se expressar, além disso, trouxe a liberdade de expressão como um direito fundamental presente no ordenamento jurídico brasileiro e o que acontece quando ocorre a colisão entre este e outros direitos fundamentais positivados na Constituição Federal.

Conflitos conforme aludido são os chamados *hard cases* e a forma comumente utilizada para a resolução destes é a ponderação. Partindo do princípio de que não existe nenhum direito absoluto, mesmo que esteja elencado no topo da pirâmide hierarquia de normas, é plausível afirmar que, sucedendo a colisão de dois ou mais princípios, ocorrerá a aplicação de técnicas resolutivas no caso concreto, tendo em vista a inafastabilidade da jurisdição.

É inegável a qualquer pessoa o direito de ação, logo, não há como lides que envolvem conflitos principiológicos positivados como fundamentais na Constituição deixem de ser apreciados pelo poder judiciário.

Casos como a ADI nº. 4815, conforme o exposto, são extremamente importantes para a manutenção do direito pátrio, pois trazem a discussão figuras como o Presidente da República, Presidente do Congresso Nacional, Advocacia-Geral da União, Ministros, entre outros, que juntos fizeram parte nessa lide e, consequentemente, fazem parte da criação de um norte para casos futuros.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. Disponível para download em: <<http://noosfero.ucsal.br/articles/0010/3657/alexey-robert-teoria-dos-direitos-fundamentais.pdf>> Acesso em: 08/05/2021.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Disponível em: <<https://forumturbo.org/wp-content/uploads/wpforo/attachments/55824/4539-Curso-de-Direito-Constitucional-Contemporaneo-Luis-Roberto-Barroso-2020.pdf>>. Acesso em: 25/09/2020

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 24/09/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI n. 4815 / DF - Distrito Federal**. Tribunal Pleno, Publicação 01/02/2016. – Jurisprudência do STF. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>>. Acesso em: 06/05/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. Habeas-Corpus. Publicação de Livros: Anti-semitismo. Racismo. **Habeas-Corpus nº 82.424-2**. Tribunal Pleno do Estado de Rio Grande do Sul, 17 de setembro de 2003. – Jurisprudência do STF, p. 687-689. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em: 18/11/2020.

IMBROISI, Margaret; MARTINS, Simone. **O que é Arte. História das Artes**, 2020. Disponível em: <<https://www.historiadasartes.com/olho-vivo/o-que-e-arte/>>. Acesso em 25/09/2020.

MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Disponível para download em: <<https://forumninja.org/wp-content/uploads/wpforo/attachments/44447/3985-Curso-de-Direito-Constitucional-Gilmar-Mendes-2018.pdf>>. Acesso em: 25/09/2020.

MOTTA, Sylvio. **Direito Constitucional: Teoria, Jurisprudência e Questões**. 27 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018. Disponível para download em: <<https://forumninja.org/wp-content/uploads/wpforo/attachments/2/1720-Direito-Constitucional-Sylvio-Motta-2018.pdf>>. Acesso em: 25/09/2020.

PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020. Disponível para download em: <<https://forumninja.org/wp-content/uploads/wpforo/attachments/2/3650-Direito-Constitucional-2020-Rodrigo-Padilha.pdf>>. Acesso em: 25/09/2020.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 18 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Disponível para download em: <<https://forumturbo.org/wp-content/uploads/wpforo/attachments/61474/4961-Curso-de-Direito-Constitucional-18-edio-Andr-Ramos-Tavares-2020.pdf>>. Acesso em: 25/09/2020.