

Quais são os limites constitucionais da liberdade artística?



A liberdade artística é um espectro da liberdade de expressão que, como

esta, gera discussões acerca de seus reais limites. Não apenas no Brasil, mas também no Direito Comparado, trata-se de tema complexo, para o qual as cortes constitucionais, quando demandadas, em diversos casos precisam estabelecer critérios para separar o conceito de arte da prática de ato que configure algum ilícito ou agressão a terceiros.

Justamente esse ponto — a muitas vezes tênue linha entre arte e ato ilícito — é um dos temas mais debatidos no momento. Em Porto Alegre, a mostra *Queermuseu – Cartografias da Diferença na Arte Brasileira* foi cancelada após protestos que a associavam à promoção da blasfêmia, da pedofilia e da zoofilia[1]. Em Jundiaí (SP), a exibição da peça *O Evangelho segundo Jesus, rainha do céu*, que retrata Jesus Cristo como uma mulher transgênero, foi proibida por decisão judicial[2]. Em Campo Grande, quadro denominado *Pedofilia*, que integrava desde junho a exposição *Cadafalso*, no Museu de Arte Contemporânea local, foi apreendido pela polícia[3]. Em São Paulo, interação de criança com artista nu em performance artística no Museu de Arte Moderna viralizou na internet e gerou polêmica por eventual prática do crime de pedofilia[4].

É bem verdade que arte como fenômeno social envolve uma teia de relações, que reclamam “condições de segurança, de liberdade e de justiça para o seu desenvolvimento”[5]. Entre nós, a liberdade artística está assegurada na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, IX, que prescreve ser “livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”[6].

O texto constitucional brasileiro também estabelece que diversões e espetáculos públicos ficam sujeitos a regulamentações especiais[7]. No caso, interferência do poder público para informar sobre sua natureza e faixa etária[8], além de locais ou horários em que sua apresentação seria inadequada. Não há, em princípio, o ato de censura, comum no regime pré-1988.

Ainda que “tentativas de definir materialmente arte, para além de se revelarem pouco frutíferas, parecem

tornar o artista refém da qualidade que terceiros possam encontrar na sua obra”[9], a delimitação constitucional do conceito de *arte* e de *artista*, para daí apreciar seus limites, não é questão muito debatida no Brasil. Sua análise acaba por ser genérica, limitando-se a incluí-la como integrante da liberdade de expressão.

No Direito Comparado, a doutrina alemã — da qual a autora se vale, por seu histórico acadêmico — reporta ser praticamente em vão as tentativas de se desenvolver definição de arte universalmente aceita [10]. Todavia, estabelece critérios que podem ter validade entre nós.

Algumas considerações foram traçadas pelo Tribunal Constitucional Federal alemão no famoso caso Mephisto, de 24/2/1971, relacionado à publicação de romance de Klaus Mann, cuja personagem principal foi flagrantemente inspirada no falecido ator e diretor de teatro Gustaf Gründgen [11]. Nesse julgamento, a corte entendeu que:

“O essencial da atividade artística é a livre conformação criadora, na qual as impressões, experiências e vivências do artista são trazidas para a contemplação direta, por meio de uma determinada linguagem das formas. Toda a atividade artística é um entrelaçamento de processos conscientes e inconscientes que não podem ser dissolvidos racionalmente. Na criação artística atuam conjuntamente intuição, fantasia e compreensão da arte; não é primariamente comunicação, mas expressão, a expressão mais direta da personalidade individual do artista”[12].

Ainda que arte seja, substancialmente, liberdade, o direito à liberdade artística não pode ser ilimitado e encontra balizas em outros valores constitucionalmente assegurados [13]. No caso, a semelhança era tanta que não se podia distinguir realidade da liberdade de criação artística.

A doutrina alemã frisa ainda a importância do denominado *critério de reconhecimento por terceiros*, isto é, se a obra tem condições de ser vista como tal. Além disso, indica que, por haver amplo conceito de “arte”, há consenso de que esta deve ser interpretada “de maneira aberta e de também abranger formas expressivas fora do comum e surpreendentes” [14]. Do mesmo modo, o fato de a obra ter procurado um fim político ou religioso não altera sua classificação como “obra” [15].

Ressalte-se que a proteção não alcança apenas o artista, mas também todos os seus mediadores e destinatários. No caso Mephisto, a corte especificou que a “liberdade artística abrange não apenas a atividade artística, mas também a apresentação e divulgação da obra de arte” [16]. Aí estaria incluída a propaganda, a crítica, a mídia para divulgação e inclusive os espaços da instalação, ou seja, a “extensão fática” (*tatsächlichen Verbreitung*) da obra.

A liberdade artística não se restringe aos conhecidos publicamente por ter a arte como sua profissão, mas é garantida também ao particular, quando por meio dela queira se expressar [17]. Algumas limitações são claras. Para proteção à criança e ao adolescente, o direito à liberdade artística pode ser limitado para evitar a divulgação de obras que tenham material perigoso à juventude. Em feriados religiosos, apresentações artísticas nas ruas podem ser canceladas [18]. De qualquer forma, a arte sempre se reinventa e se concretiza inclusive a ponto de alterar os limites do que não é considerado arte [19].

Entre nós, poucos são os julgados do Supremo Tribunal Federal em que a liberdade artística foi apreciada. Em 1968, a 2ª Turma, em caso sobre apreensão de revistas consideradas pornográficas ao

público infanto-juvenil, teceu considerações sobre a caracterização da obscenidade em razão do público-alvo.

Nas palavras do redator para o acórdão, ministro Aliomar Baleeiro, “o conceito de obsceno, imoral e contrário aos bons costumes é condicionado ao local e à época. Inúmeras atitudes aceitas no passado são repudiadas hoje, do mesmo modo que aceitamos sem pestanejar procedimentos repugnantes às gerações anteriores”. No mesmo sentido, ministro Evandro Lins e Silva, para quem o “conceito de obscenidade é variável no tempo e no espaço. O que era considerado obsceno, há bem pouco tempo, deixou de o ser, com a mudança de costumes e o conhecimento que a juventude passou a ter de problema que lhe eram proibidos estudar e conhecer, até recentemente”[\[20\]](#).

O caso restou assim ementado, no que interessa:

“II – À falta de conceito legal do que é pornográfico, obsceno ou contrário aos bons costumes, a autoridade deverá guiar-se pela consciência de homem médio de seu tempo, perscrutando os propósitos dos autores do material suspeito, notadamente a ausência, neles, de qualquer valor literário, artístico, educacional ou científico que o redima de seus aspectos mais crus e chocantes.

III- A apreensão de periódicos obscenos cometida ao juiz de Menores pela Lei de Imprensa visa à proteção de crianças e adolescentes contra o que é impróprio à sua formação moral e psicológica, o que não importa em vedação absoluta do acesso de adultos que o queiram ler. Nesse sentido, o Juiz poderá adotar medidas razoáveis que impeçam a venda aos menores até o limite de idade que julgar conveniente, desses materiais, ou a consulta dos mesmos por parte deles”[\[21\]](#).

Essas considerações foram reproduzidas pelo ministro Gilmar Mendes em Habeas Corpus de decisão que denegara a ordem para trancamento de ação penal, requerida sob justificativa de atipicidade da conduta praticada pelo réu. No caso, em questão estava atitude de teatrólogo que, ao ser vaiado ao final da apresentação de sua peça, mostrou as nádegas para o público e simulou ato de masturbação. A denúncia então oferecida contra o paciente tipificava sua conduta como ato obsceno, nos termos do artigo 233 do Código Penal[\[22\]](#).

Em seu voto-vista, o ministro Gilmar Mendes refutou os argumentos até então utilizados e indicou que, “em razão da evolução cultural, a nudez humana tem-se apresentado constantemente nos veículos de comunicação, mas nem por isso pode ser considerada ofensiva ao público”. Ressaltou que o local e as circunstâncias em que o ato foi praticado — dentro de um teatro, às duas horas da manhã, para um público adulto — evidenciam que a plateia não deve ter ficado chocada com a atitude do artista.

Discordou da ocorrência do crime descrito na conduta e asseverou que, “ainda que se cuide, talvez, de manifestação deseducada e de extremo mau gosto, tudo está a indicar um **protesto** ou uma reação — provavelmente grosseira — contra o público”. Apontou que jornal de grande circulação descrevera a situação como uma forma de protesto: “Fazendo graça, o Diretor gesticulava para a audiência, pedindo mais. Para mostrar desprezo, fingiu que se masturbava, e saiu de cena”.

O ministro Gilmar Mendes apontou que o gesto não estaria completamente fora do contexto da peça teatral então objeto da vaia. No próprio espetáculo, uma das atrizes, durante a apresentação, simulou masturbar-se. Com isso, “não se pode olvidar o contexto no qual se verificou o ato incriminado, além de

que um exame objetivo da querela há de indicar que a discussão está integralmente inserida no contexto da liberdade de expressão, ainda que inadequada ou deseducada”. Ademais, lembrou que a sociedade moderna dispõe de “mecanismos próprios e adequados para esse tipo de situação, como a própria crítica”, o que tornaria dispensável o enquadramento penal.

Com isso, concluiu, na mesma linha do ministro Aliomar Baleeiro, que o conceito de obsceno, imoral, contrário aos bons costumes é condicionado ao local e à época. Votou, então, pela concessão do Habeas Corpus, para determinar o trancamento da ação penal, no que foi acompanhado pelo ministro Celso de Mello, e, com empate, a ordem acabou sendo concedida[23].

Já em caso sobre a necessidade de inscrição de músicos em conselho nacional como pressuposto de exercício profissional[24], o Plenário entendeu pela não obrigatoriedade de tal cadastro. Nessa hipótese, aventaram-se quais qualificações profissionais seriam exigidas para a manifestação do talento artístico. Chegou-se então a comentar que em breve poderia ser organizado concurso para músico com seleção a partir de critérios estatais, em flagrante tom jocoso.

Como alerta, o ministro Celso de Mello ressaltou que “a **excessiva** intervenção do Estado **no âmbito** das atividades profissionais, **notadamente** daquelas de natureza intelectual e artística, **além do perigo** que essa intrusão governamental significa para as liberdades do pensamento, **também pode constituir indício revelador de preocupante tendência autocrática em curso** no interior do próprio aparelho estatal”.

Com especial enfoque na censura, o STF, ao analisar a obrigatoriedade de prévia autorização de pessoas cujas vidas são biografadas por terceiros, ponderou valores relacionados à liberdade de criação intelectual e artística do autor da obra (biógrafo); à liberdade de expressão do público, que inclui o interesse na história narrada, bem como a proteção da memória e da história nacional; e, claro, ao direito à esfera privada do biografado[25]. Tratava-se de ação direta de inconstitucionalidade para dar interpretação conforme a Constituição aos artigos 20 e 21 do Código Civil[26], relativos à divulgação de escritos, à transmissão da palavra, à produção, à publicação, à exposição ou à utilização da imagem[27].

O pedido acabou julgado procedente para declarar a inconstitucionalidade sem redução de texto, no sentido de não ser necessário pedido de prévia autorização à pessoa biografada relativa a obras literárias ou audiovisuais sobre sua vida. Levou-se em consideração, portanto, a observância aos direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, afastando-se a censura prévia, mas não a possibilidade de buscar-se eventual reparação posterior.

A liberdade artística também foi mencionada em ação que declarou inconstitucional a proibição de veiculação ou produção, pelas emissoras de rádio e de televisão, a partir de 1º de julho do ano de eleição, de “truncagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que, de qualquer forma, degradem ou ridicularizem o candidato, partido ou coligação” (artigo 45, II, Lei 9504/97)[28].

O receio então era que programas humorísticos, charges ou caricaturas pudessem ser eventualmente proibidos. Ao deferir a cautelar, confirmada pelo Plenário, para suspender os efeitos desse dispositivo, o relator, ministro Ayres Britto, consignou a ideia de que “humor jornalístico” inclui o conceito de pensamento crítico, de informação e de criação artística.

Como visto, o conceito de liberdade artística é extremamente amplo e variável. A adequação da conduta ao tempo, ao local e ao contexto em que praticada é essencial para sua caracterização. Ainda assim, há de se proteger manifestações que hoje podem ser consideradas chocantes pela maioria, uma vez que a liberdade artística, como liberdade de expressão, é um dos instrumentos utilizados pelo ser humano como forma de manifestação para própria evolução de ideias. Afinal, *o sentido e a razão* do direito fundamental de liberdade de expressão é “assegurar o combate intelectual de opiniões” (*den geistigen Kampf der Meinung zu gewährleisten*)[29].

Daí a perceber-se que a linha interpretativa dos limites da liberdade artística é bastante tênue. Os julgadores precisam ponderar e valer-se do princípio da proporcionalidade nas hipóteses em que esse direito colida com outros, constitucionalmente garantidos, sem deixar de considerar a flexibilidade conceitual inerente à atividade artística, em constante desenvolvimento.

[1] Conferir: www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2017/09/1917269-apos-protesto-mostra-com-tematica-lgbt-em-porto-alegre-e-cancelada.shtml

[2] www.conjur.com.br/2017-set-16/juiz-proibe-peca-representa-jesus-mulher-transgenero

[3] Conferir: veja.abril.com.br/entretenimento/obra-que-denuncia-pedofilia-e-tirada-de-museu-acusada-de-incita-la/

[4] Conferir: www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2017/09/1922810-na-internet-museu-e-acusado-de-pedofilia-apos-performance-com-nudez.shtml

[5] FERREIRA, Eduardo André Folque. "Liberdade de criação artística, liberdade de expressão e sentimentos religiosos". In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Coimbra Editora, vol. XLII, n.1, 2001, p. 229. Este mesmo autor elenca sete finalidades principais que levam o Direito, em geral, e o Estado, em especial, a interessarem-se pela Arte, ora como limitação desse mesmo poder, ora como instrumento de regulação, ora como enquadramento institucional de fomento e expansão do fenómeno artístico: a) político-ideológicas; b) filosóficas e religiosas; c) económicas e sociais; d) técnico-funcionais; e) científicas e educativas; f) estéticas; e, g) de desenvolvimento da personalidade. FERREIRA, Eduardo André Folque. Liberdade de criação artística, liberdade de expressão e sentimentos religiosos. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Coimbra Editora, vol. XLII, n.1, 2001, p. 231. A atividade artística é considerada o principal elemento do chamado Estado Cultural. Sobre o tema: SILVA, José Afonso da. Liberdade de expressão cultural. In: *Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais*, p. 38. HÄBERLE, Peter. Verfassungsrechtliche Aspekte der Kulturellen Identität. In: *Revista latino-americana de estudos constitucionais*, n. 6, p. 637-648, jul./dez. 2005. HÄBERLE, Peter. Verfassungslehre als Kulturwissenschaft. In: *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n. 4, p. 99-115, jul./dez. 2004. FERREIRA, Eduardo André Folque. Liberdade de criação artística, liberdade de expressão e sentimentos religiosos. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Coimbra Editora, vol. XLII, n.1, 2001.

[6] A liberdade de expressão, essencial a qualquer regime democrático, não é entre nós adotada como gênero que englobe a livre manifestação de pensamento, a liberdade de consciência e de crença, a livre expressão de consciência, e outras manifestações similares. De qualquer forma, é inevitável que, pelo caráter de tais liberdades, elas sejam tratadas em conjunto (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos

Tribunais, 2012, p. 435).

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

§ 1º – Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º – É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística. § 3º – Compete à lei federal: I – regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada; II – estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

[8] Conforme discutido na ADI 2.404, rel. min. Dias Toffoli, julg. em 31/8/2016.

[9] FERREIRA, Eduardo André Folque. "Liberdade de criação artística, liberdade de expressão e sentimentos religiosos". In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Coimbra Editora, vol. XLII, n.1, 2001, p. 255.

[10] PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 293. PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte Staatsrecht II*. Heidelberg: C.F. Müller, 2008, p. 153.

[11] BVerfGE 30, 173 – de 24.2.1971.

[12] BVerfGE 30, 173 – de 24.2.1971. SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Montevideu: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., p. 481.

[13] Conferir MENDES, Gilmar Ferreira. "Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem". *Revista dos Tribunais*, nº 5 out/dez de 1993.

[14] PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 298. PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte Staatsrecht II*. Heidelberg: C.F. Müller, 2008, p. 155.

[15] JARASS, Hans D.; PIEROTH, Bodo. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*. Munique: C.H. Beck, p. 208.

[16] BVerfGE 30, 173 – de 24.2.1971. SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Montevideu: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., p. 496.

[17] JARASS, Hans D.; PIEROTH, Bodo. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*. Munique: C.H. Beck, p. 209.

[18] JARASS, Hans D.; PIEROTH, Bodo. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*. Munique: C.H. Beck, p. 211.

[19] MICHAEL, Lothar; MORLOK, Martin. *Grundrechte*. Baden-Baden: Nomos, 2008, p.140.

[20] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RMS 18.534, min. Aliomar Baleeiro, j. em 1º/10/1968 – 2ª Turma.

[21] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RMS 18.534, min. Aliomar Baleeiro, j. em 1º/10/1968 – 2ª Turma.

[22] Art. 233, Código Penal: Praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público: Pena – detenção, de três meses a um ano, ou multa.

[23] A ministra Ellen Gracie, que seguiu o voto do relator, asseverou, todavia, que o ato pareceu demonstrar um desprezo pela opinião desse público, que é a única e maior razão da existência das artes

cênicas. Figuras bem mais qualificadas — refiro-me apenas a Victor Hugo na estreia do Ernani, onde houve inclusive uma batalha campal — adotaram postura de humildade diante daqueles que não compreenderam, na época, as inovações introduzidas em suas criações. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 83.996, rel. min. Carlos Velloso, redator para acórdão min. Gilmar Mendes, j. em 17/8/2004. [24] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 414.426, rel. min. Ellen Gracie, julgamento em 1º/8/2011. [25] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.815, rel. min. Cármen Lúcia, julgamento em 10/6/2015. [26] Código Civil, “Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes. Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”. [27] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.815, rel. min. Cármen Lúcia, julgamento em 10/6/2015. [28] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.451-MC, rel. min. Ayres Britto, julgamento em 2/9/2010. [29] PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. Grundrechte Staatsrecht II. Heidelberg: C.F. Müller, 2007, p. 137.

Date Created

07/10/2017