

O CONTROLE JURISDICIONAL DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO: VER, OUVIR E DECIDIR DEPOIS

7

Freedom of speech's jurisdictional control: see, hear e ruling afterwards

LUIS GUSTAVO GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO

Pós-Doutor pelo Instituto de História e Teoria das Ideias da Universidade de Coimbra (Portugal). Coordenador-Geral de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Gama Filho-RJ.

DEBORAH SZTAJNBERG

Mestre em Direito pela Universidade Candido Mendes-RJ. Doutoranda na Universidade Estácio de Sá. Professora da FGV-RJ.

Recebido em: 08.07.2012
Aprovado em: 25.08.2012

ÁREA DO DIREITO: Constitucional

RESUMO: O presente estudo se propõe a analisar a proibição judicial da obra audiovisual "Serbian Movie" dentro da realidade do ordenamento jurídico brasileiro, aproveitando o ensejo para fazer um breve histórico comparativo sobre a censura no cinema. Igualmente consiste objeto do estudo a acepção da liberdade de expressão e suas diversas formas e manifestações. O conceito de arte e cultura também não poderiam faltar, principalmente quanto à tônica da liberdade de

ABSTRACT: This study aims to analyze the legal prohibition of the audiovisual work "Serbian Movie" into the reality of the Brazilian legal system, taking the opportunity to make a brief comparative historical film about censorship. Object of study is also the meaning of freedom of expression and its various forms and manifestations. The concept of art and culture also could not miss especially as the keynote of freedom of expression and the consequences

expressão e as consequências de sua violação. A jurisdição constitucional voltada para a questão em debate é um dos temas efervescentes no direito contemporâneo. Por fim temos a ponderação de interesses que sempre deve ser considerada no âmbito da justiça constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Censura – Liberdade de expressão – Manifestação – Artística – Proibição – Judicial – Ponderação de interesses.

of its violation. The constitutional court turned to the question at issue is one of the themes in contemporary law effervescent. Finally we have the balance of interests that should always be considered in the context of constitutional justice.

KEYWORDS: Censorship – Freedom of expression – Artistic work – Judicial prohibition – Balance of interests.

Há alguns meses, a proibição do filme “Serbian Movie”, programado para ser exibido no Cinema Odeon Petrobrás, surpreendeu os expectadores que formavam enorme fila do lado de fora, não pelas cenas que desde a estreia do filme suscitaram discussões acaloradas mundo afora, mas por ser objeto de uma ação judicial que impediu sua exibição.

A ação foi proposta pelo Diretório Regional do Partido Democrata (DEM/RJ), que obteve liminar na 1.^a Vara da Infância, Juventude e Idoso, mantida pela desembargadora de plantão.

Se formos nos restringir apenas aos filmes e películas de longa metragem, imediatamente nos recordamos de casos semelhantes como “Laranja Mecânica” e “Je vous Salue Marie”.¹ Houve um antigo caso julgado por uma Corte da Califórnia, *Melvin v. Reid*, de 1931, em que se condenou os produtores de um filme que retratava uma mulher que fora prostituta e testemunhara um assassinato. Muitos anos depois e com a vida totalmente reconstituída, sua trajetória foi detalhada no filme.² Em outro caso, a Suprema Corte concedeu autorização para a exibição do filme *Lady Chatterley’s Lover*, negada pelo Estado de Nova York. O filme *Ulysses* também não foi considerado obsceno e pôde ser exibido.³

A jurisprudência argentina⁴ revela dois casos de apreensão de filmes e proibição parcial ou total de sua exibição em razão da obscenidade das cenas. O primeiro, do filme *O Silêncio*, foi julgado em 1964 e decidiu-se pela absolvição dos diretores por erro substancial e pelo corte em três cenas, o que possibilitou sua exibição. O outro foi do *O Último Tango em Paris* em que, embora afastando-se a

1. TRF-1.^a Reg., ApCiv 89.01.24071-8/90, rel. Juiz Hercules Quasimodo.

2. NORWICK, Kenneth P. *The rights of authors, artists and other creative people*. 2. ed. Nova Iorque: American Civil Liberties Union Handbook, 1984, na nota 47, p. 187-188.

3. Idem, p. 219-221.

4. NORWICK, Kenneth P. Op. cit., na nota 41, p. 222-223.

natureza penal da causa, negou-se a liberação do filme, o que equivaleu à censura. Note-se que a diferença entre os casos reportados e os brasileiros é que, aqui, a censura o fazia administrativamente, sem direito a recurso em razão do estado anômalo de institucionalidade que imperava, enquanto que, na Argentina, o recurso ao Judiciário era admitido, mas só serviu para convalidar a censura prévia.

A jurisprudência brasileira também já determinou a proibição de um filme por violação da imagem da pessoa retratada, no sentido mais amplo do que a simples exteriorização física e englobando a privacidade. O acórdão, datado de 1980, diz: “Na sistemática do direito de personalidade a imagem é figurativa, pouco importando seja ou não material. A proteção se dirige ao homem, na sua integração moral, nome, vida recatada, honra, privacidade, atributos outros que não podem ser vilipendiados em exhibições cinematográficas desautorizadas. Recurso provido” (TACivRJ, 1.^a Câ. Civ., ApCiv 51.200, rel. Juiz Júlio da Rocha Almeida). Mas a decisão foi por maioria e o voto vencido parece melhor inspirado: “A apreensão, neste caso, como em outro qualquer, que se pretenda haver relação com a vida de quem quer que seja, é, além de restrição à *liberdade de pensamento, sonegação de fatos que servem para a educação do povo e análise da vida*” (voto do Juiz José Edvaldo Tavares).

Se o Estado passar a decidir sobre o conteúdo de entretenimento que será permitido ou não equivale ao retorno da censura, independentemente do conteúdo em si mesmo. Estaremos cada vez mais próximos de países como a China que insiste na proibição de conteúdos supostamente inadequados. O mérito da questão em ambos os países está nos limites da liberdade de expressão em toda e qualquer forma de arte, cultura e entretenimento.

O conceito de liberdade de expressão foi bem delimitado por Ives Gandra da Silva Martins ao prefaciá-lo livro *Liberdade de expressão e discurso do ódio*⁵ quando disse “adotando aquele conceito de liberdade de expressão constando das diversas Constituições do Brasil, delimita o campo de indagação e pesquisa, no que concerne, de um lado a liberdade de expressão, e, de outro, a expressão deletéria, que provoca profundas distorções na convivência humana, buscando o limite da abrangência de uma e da manifestação da outra”. Tem-se, portanto, que o que deve nortear tais decisões é o princípio da proporcionalidade dentre outros, questionando os fundamentos e os limites do Estado Democrático de Direito.

O tratamento dado à liberdade de expressão nas Constituições, nos Tratados e nas Declarações de Direitos Humanos influenciam diretamente a análise

5. MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 12.

de tais casos, embora seguidamente olvidam-se de tais textos que deveriam sempre pautar as decisões sobre o assunto.

Há de ser lembrado que a liberdade de expressão não se resume a manifestação do pensamento, de ideias ou opiniões, mas também as manifestações de sensações e sentimentos que geralmente são externados pela atividade artística. A liberdade de expressão é inerente ao ser humano que deve ter assegurado seu direito de expor e manifestar seu pensamento livremente. O balizamento de tal direito se encontra na própria Constituição que veda o anonimato e a violação de alguns direitos em caso de abuso de tal liberdade (de expressão).

Aqui identificamos os aspectos polêmicos que envolvem a liberdade de expressão como *in casu*. E isto não acontece apenas no Brasil, nos Estados Unidos, por exemplo, a liberdade de expressão embora seja alçada a uma posição de destaque diante do sistema constitucional americano, também tem seus embates jurídicos, apesar da jurisprudência relacionar a ideia de autodeterminação e soberania popular diretamente à liberdade de expressão.

A noção de liberdade antecede à própria concepção estatal, uma vez que tem conteúdo inalienável, ou seja, não se pode negá-la sob pena de rejeitar-se o próprio desenvolvimento da personalidade humana bem como do seu poder de discernimento, recusando sua essência.

Em que pese os diversos significados que a liberdade recebe, não há como negar que sua conquista significa um peso grande no ordenamento jurídico. Isto porque, sob o aspecto negativo da denominada liberdade moderna, não se permite qualquer impedimento no exercício de uma atividade ou na realização de algo que deseje.⁶

O direito à liberdade pode parecer num primeiro momento a ausência de obstáculos ao exercício de uma determinada atividade ou direito. Porém José Joaquim Gomes Canotilho⁷ relaciona a ideia de “resistência à opressão” do poder, por isso denomina direito de oposição que seria uma consequência da garantia da liberdade de expressão. A liberdade é o contraponto do poder.

Por isso é comum dizer que a liberdade de expressão estaria relacionada aos direitos negativos ou direitos de defesa. Na lição do mesmo autor (Canotilho) seria a possibilidade de escolha de um determinado comportamento, como por exemplo: ter ou não uma opinião, manifestar ou não uma ideia.

6. Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Trad. Joao Baptista Machado. Coimbra: Armenio Amado, 1984. p. 74.

7. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

Existe uma controvérsia doutrinária sobre o uso equivocado do termo liberdade de expressão. O art. 5.º, IV, estabelece que “é livre a manifestação do pensamento”. Enquanto no inc. IX assegura “a livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação”. Ou seja, parece que estamos diante de direitos diversos. Contudo há de se ressaltar que a liberdade de expressão engloba a manifestação de sensações e sentimentos independentemente da manifestação de opiniões, ideias ou convicções.

Uma coisa é certa: a extensão da proteção conferida à liberdade de expressão sofreu variações de acordo com o sistema político adotado e o grau de democracia assegurado em cada Constituição. Temos como exemplo a Constituição de 1934 que garantia a liberdade de consciência, de religião, de pensamento e vedava a censura, mas trazia como exceção a censura a espetáculos e diversões públicas, exatamente como no caso em estudo.

A Constituição de 1988 assegurou ampla proteção à liberdade de expressão ao reconhecê-la como direito fundamental e *clausula pétrea*, ou seja, impedindo que qualquer meio estatal suprima essa garantia, ou ainda, como temos visto por vezes, sob o argumento de uma possível regulação violar seu núcleo essencial. O Estado jamais deve criar obstáculos a tal liberdade, ponto central do caso aqui analisado.

A Portaria 796/2004 do Ministério da Justiça regulamenta a classificação das diversões públicas e programas de rádio e televisão e acaba por deixar sequelas no tocante à liberdade de expressão. Ao ser editada, a imediata repercussão pública foi que a censura⁸ havia retornado. Note-se que em nenhum momento tal Portaria 796 autoriza a proibição ou divulgação de qualquer obra, até porque uma Portaria não seria o meio normativo adequado para instituir restrições à liberdade.

Voltamos a lembrar que a liberdade de expressão engloba não apenas a sua tradicional concepção de liberdade negativa perante o Estado, mas também como realizadora de outros valores e finalidades. O Estado nesse contexto não deve apenas garantir a liberdade negativa, mas também incentivar a livre expressão, fomentando os meios materiais e a informação, removendo os obstáculos e impedindo as distorções, podendo chegar a intervir com rigor para assegurar o exercício deste direito no seio das grandes e poderosas organizações privadas.

Atualmente a liberdade de expressão pressupõe uma função social que não se configura apenas na mera abstenção estatal, mas igualmente a compreensão do próprio direito em causa que o Estado deve assegurar.

8. Censura: ato ou efeito de censurar; exame de obras literárias ou de informações feitas pelo censor a fim de autorizar ou não sua publicação ou divulgação.

Revedo a história da censura no cinema dentro da realidade brasileira verificamos que o Dec. 21.240 de 04.04.1932 nacionalizou o serviço de censura dos filmes cinematográficos, o que foi reiterado pelo Dec.-lei 43 de 18.11.1966 que criou o Instituto Nacional de Censura (INC), em dispositivo não revogado pela Lei 6.281, *verbis*:

“Art. 26. A censura de filmes cinematográficos, para todo o território nacional, tanto para exibição em cinemas como para exibição em televisão é da exclusiva competência da União.”

O art. 2.º do Dec. 21.240 acrescentava que nenhum filme poderia ser exibido ao público sem um certificado do Ministério da Educação e Saúde Pública, contendo a necessária autorização, seguido do art. 3.º que dizia:

“Art. 3.º Esse certificado será fornecido ou denegado após projeção integral do filme perante a Comissão de Censura, de que trata o art. 6.º e pagamento da importância devida pela ‘Taxa Cinematográfica para Educação Popular’.”

A matéria depois foi regulada pelo Dec. 20.493 de 24.01.1946, que aprovou o Regulamento do Serviço de Censura de Diversões Públicas do Departamento Federal de Segurança Pública. *A posteriori* veio o Dec. 30.179 de 19.11.1951 sobre a exibição de filmes nacionais que em seu art. 11 dispõe:

“Art. 11. O Serviço de Censura de Diversões Públicas do Departamento Federal de Segurança pública não permitirá a exibição de filme estrangeiro do tipo ‘atualidades’, ‘jornais’ ou ‘naturais’, sem que os interessados provem o cumprimento do que se acha disposto no art. 38 do Regulamento baixado com o Dec. 20.493 de 24.01.1946.”

A Lei 5.536 de 21.11.1968 regulamentou a censura de obras teatrais e cinematográficas, criando o Conselho Superior de Censura, atribuindo pelo art. 8.º ao Serviço de Censura e Diversões Públicas da Polícia Federal a incumbência de decidir dentro de 20 dias a contar da entrada do requerimento, sobre a expedição do certificado competente. A curiosidade fica por conta do fato que caso tais prazos não fossem cumpridos, a obra poderia ser considerada como liberada para maiores de 16 anos.

Sendo a liberdade um direito fundamental da pessoa humana deve ser ausente toda e qualquer coação anormal, ilegítima e imoral. Como vimos existe grande variação de tais entendimentos diante de determinados contextos. Como exemplo temos a Constituição de 1969, que em seu art. 153, § 8.º, dizia “vedadas as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes”.

A atividade artística, cuja liberdade se reconhece no retro mencionado art. 5.º, IX, é uma especial expressão de cultura, ainda que tal assertiva gere controvérsia na doutrina. Para muitos os conceitos de arte e cultura encontram

mais diferenças do que semelhanças. Nossa Constituição inclui o artístico no cultural, como se infere das normas e princípios contidos nos arts. 215 e 216.

O conceito de pornográfico ou obsceno não varia, informa José Afonso da Silva.⁹ O que varia é a representatividade do conceito. O vocábulo obsceno deriva do latim *ob* = fora e *scena* = cena, ou seja, fora de cena. Já pornografia vem do grego *pornographos* que significa literalmente “escrever sobre as rameiras”, descrevendo a vida das prostitutas, uma vez que a obscenidade, a sexualidade impudica, é justamente o *métier* dessas mulheres. Portanto a obscenidade seria o gênero do qual a pornografia seria a espécie.

A arte não é obscena e não é pornográfica, pois dentro do contexto artístico não fere, representa um momento estético, se bem colocado. A Constituição não dá guarida, como limite à liberdade de expressão, à exigência de respeito aos bons costumes nem à ordem pública. Por isso mesmo tais conceitos não podem ser alegados como restrições à liberdade de expressão.

Aqui não se discute se o filme contém cenas violentas ou não, até porque a própria violência, expressada em obra de arte, traz uma carga de subjetivismo muito grande. O objeto jurídico da discussão exorbita a correção, ou não, da proibição, para atingir outra questão relevante, que destacamos neste artigo: a proibição foi imposta sem que a autoridade judiciária tenha tido a oportunidade de assistir ao filme.

A repercussão pública do caso deu origem a inúmeras manifestações de todos os setores da sociedade questionando a volta à censura e resultou, como sempre, num estrondoso sucesso de acesso ilegal ao filme, que se não fosse pela liminar concedida provavelmente não seria recebido com tanta curiosidade pelo público e/ou restaria incógnito como tantos outros, às vezes com maior grau de violência exibido na película.

Em vários outros estados da Federação, ações similares foram intentadas, mas a proibição só foi mantida pelo Judiciário do Rio de Janeiro.

O fundamento do pedido de todas as ações para impedir a veiculação da película foi o art. 241-C do Estatuto da Criança e do Adolescente que diz:

“Art. 241-C. Simular a participação de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica por meio de adulteração, montagem ou modificação de fotografia, vídeo ou qualquer outra forma de representação visual:

(...)

9. *Ordenação constitucional da cultura*. São Paulo: Malheiros, 2001.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem vende, expõe à venda, disponibiliza, distribui, pública ou divulga por qualquer meio, adquire, possui ou armazena o material produzido na forma do caput deste artigo.”

O fato é que a Constituição da República, em seu art. 5.º, IV, IX e XIV, garante a todos a liberdade de pensamento, expressão e de imprensa. Ao dispor sobre o exercício dos meios de Comunicação Social e Liberdade de Imprensa, no art. 220, tratou diretamente da questão, vedando qualquer forma de restrição.

São dois valores que precisam ser bem valorados: de um lado, a proteção à infância e à adolescência; de outro, a liberdade de criação artística e a liberdade de assisti-la, como forma de aperfeiçoamento das consciências, que se formam também a partir de cenas chocantes e degradantes e não só de cenas belas e elogiáveis.

A proibição, pura e simplesmente, talvez não seja a melhor solução para casos que tais: o acesso do público se faz por via transversa, como ocorreu no caso.

Além disso, a linha que separa uma agressão aos valores morais da sociedade, neles incluídos a proteção à infância e à adolescência, e a liberdade de criação e de expressão é muito tênue. Cumpre, ao juiz, examiná-la com cuidado, tendo amplo acesso à obra e valendo-se de peritos, primeiro, quando for o caso, para só depois decidir.

Em todo o caso, o princípio geral a ser seguido é o da ampla liberdade de criação e de expressão de pensamentos, o que torna excepcional qualquer restrição, que só pode ser imposta para salvaguardar outro valor constitucional de maior envergadura no caso concreto.

Existe uma grande diferença entre opinião pública e a opinião que eu publico, explicada por Dworkin em seu clássico texto “Temos direito à pornografia?”:¹⁰

“É um problema antigo da teoria liberal determinar até que ponto as pessoas devem ter o direito de fazer algo errado. (...) Devem ser livres para incitar o ódio racial, por exemplo? O direito britânico e o norte-americano agora dão respostas diferentes a essa questão específica. A lei das relações sociais do Reino Unido torna crime defender o preconceito social, mas a Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos proíbe que o Congresso ou qualquer um dos Estados adote lei semelhante.

A pornografia em suas várias formas constitui outro exemplo da mesma questão. A maioria das pessoas em ambos países preferiam (ou assim parece) a censura substancial, se não a total proibição de livros, revistas, fotografias e

10. *Oxford Journal of Legal Studies*, 1:177-212. Oxford, 1981.

filmes ‘sexualmente explícitos’, e essa maioria inclui um número considerável dos que são, eles próprios, consumidores de qualquer pornografia que seja oferecida (faz parte de uma complexa psicologia do sexo que muitos que nutrem um gosto fixo pelo obsceno preferem vigorosamente que seus filhos, por exemplo, não os acompanhem nesse gosto).”

Alguns juristas pensam que a defesa de tais argumentos não se faz presente na literatura referente à liberdade de expressão muito menos à liberdade de imprensa e sim se referem aos direitos morais e políticos de protestar contra a censura.

A condição primordial desta discussão passa pelo notório princípio de que nenhuma conduta deve ser suprimida por lei, a menos que se possa demonstrar que ela prejudica alguém. Caímos então na armadilha subjetiva do que possa ser considerado prejuízo.

De índole altamente subjetiva, tomemos como exemplo, como faz Dworkin,¹¹ que a convicção geral é a de que algumas contribuições são maiores e/ou melhores do que outras. A conclusão a que se chega é de que o dano para o desenvolvimento poderia ser maior ainda se toda pornografia fosse proibida, porque não podemos ter certeza de nossas opiniões sobre o impacto e/ou consequências no referido desenvolvimento humano. Busca-se, portanto, um equilíbrio através da ponderação, mas jamais sem antes oferecer o acesso ao conteúdo. O medo de eventual “*poluição cultural*” não pode servir de argumento para juntar o lixo com o valioso. O famoso Relatório Williams, tantas vezes citados por Dworkin no texto indicado,¹² provoca o leitor a reflexão da hipótese abaixo:

“Se alguém aceitasse, como base, para coagir as ações de uma pessoa, o fato de que outras ficariam perturbadas só de pensar que ela estaria praticando essas ações, estaria negando toda liberdade individual substantiva.”

Trazendo para o caso em estudo nos parece, *data maxima venia*, que a interpretação legal está deveras defasada como já denunciava Dworkin em sua época. A discussão sobre a veia artística do filme censurado (Serbian Movie) não vem ao caso, pois o conceito de arte em si é um conceito subjetivo. Enquanto muitos elogiaram a película por sua brutalidade artística, outros a renegaram sem sequer terem visto o filme.

Alguns juristas afirmam que a dificuldade no trato jurídico da pornografia seria a linha divisória entre o público e o privado. Tais fronteiras, porém, têm sido abaladas pelo processo cultural do final do século XX e início do atual,

11. Idem: “(...) de que a contribuição positiva do filme garganta profunda é maior, por exemplo, que a representação em um cabaré dos principais eventos desse filme”.

12. Idem.

de modo que não parece a melhor solução optar pela restrição de um direito fundamental em nome de uma privacidade cada vez mais fluídica e disposta a abrir concessões à publicidade.

Neste momento, necessário destacar o binômio proibição-restrição, pois que fundamental para a questão que aqui se discute, qual seja, a censura pre- via e judicial do filme *Serbian Movie*. O próprio Relatório Williams citado por Dworkin¹³ tenta discernir:

“Normas jurídicas contra o sexo público geralmente consideradas compatíveis com a condição prejudicial, no sentido de que, se os membros do público são perturbados, constrangidos, enojados, escandalizados ou embaraçados por testemunhar alguma classe de atos, isso constitui um aspecto em que a execução pública desses atos prejudica seus interesses e lhes dá um motivo para objeção (...).”

Essa compreensão equivocada da realidade poderia nos levar a um estado de exceção – como infelizmente já tivemos – onde a liberdade substantiva¹⁴ do indivíduo ficaria comprometida. Por outro lado, Dworkin faz sua análise crítica no ensaio *Taking Rights Seriously*¹⁵ onde argumenta a ideia antagonônica proposta pelo Relatório Williams carregada de convicções morais como anteriormente já se ressaltou. Por fim conclui que tal relatório não oferece nem um fundamento persuasivo para fazer valer a distinção entre proibição e restrição. Na verdade o resumo que se extrai desta discussão é que cada sujeito deve possuir uma esfera privada, na qual seja o único responsável pelo seu caráter bem como por suas atitudes.

No plano do direito brasileiro, pode-se dizer que tanto a liberdade de expressão quanto a de informação encontram limites constitucionais. A diferença básica é que, enquanto na primeira há maior licença para a criação e a opinião, a segunda deve prestar obediência à verdade objetiva. Mas nenhuma delas é totalmente imune de controle, do mesmo modo que nenhum direito é absoluto. Vivemos em um Estado de Direito em que o exercício dos vários direitos devem ser harmônicos entre si e em relação ao ordenamento jurídico.

Desse modo, a liberdade de expressão também se limita pela proteção assegurada constitucionalmente aos direitos da personalidade, como honra, imagem, intimidade etc.

Contudo, o grau de importância que a Constituição atribuiu à livre expressão, como direito fundamental a põe a salvo de certas investidas do poder

13. Idem.

14. H. L. Hart. *Law, liberty and morality*. Stanford: Stanford University Press, 1963.

15. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1978.

público visando à sua limitação. Assim, vige, para ela o princípio distributivo, que assegura-lhe, em princípio, ampla liberdade, na medida em que a intervenção estatal é limitável, controlável e dependente de permissão constitucional, como consagra o art. 220 da CF/1988.¹⁶

Consequentemente, aos agentes administrativos não cabe imiscuírem-se na liberdade de expressão, a título de controlar sua legitimidade, providência de todo inconstitucional. Na mesma ordem de ideias, não se afigura possível a autoridade policial, que é também administrativa, inibir a liberdade, mesmo no caso de suposto flagrante. E o raciocínio é simples. A única possibilidade de limitação policial, de cunho administrativo, nas liberdades públicas estatuídas pelo art. 5.º da CF/1988, é a prisão em flagrante. Quando o agente estiver em estado de flagrância, permite-se ao policial e a qualquer do povo, detê-lo em flagrante, ou seja, coarctar o exercício da liberdade fundamental e constitucional de ir e vir. Isso é possível porque a Constituição assim permitiu. Mas, no caso em que a conduta teoricamente flagrancial é cometida por meio de uma outra liberdade fundamental – a liberdade de expressão – cuja própria natureza é complexa e demanda interpretação subjetiva e aprofundada, não tem a autoridade policial legitimidade para autuar em flagrante. Tal cognição é vedada ao agente administrativo porque não está ele investido de poderes para avaliar subjetivamente qual bem jurídico deve preponderar, nem, muito menos, para limitar a liberdade de expressão. Nos demais casos em que não esteja envolvida a liberdade de expressão, cabe ao agente administrativo proceder a uma avaliação objetiva e, daí, é possível a prisão em flagrante. Assim, por exemplo, se o policial assiste a um crime de homicídio, ou a uma tentativa de roubo, sua cognição é objetiva e ele deve deter em flagrante. Mas não há como deferir-se ao agente policial a complexa tarefa de avaliar, subjetivamente, se uma música é ofensiva à pessoa ou à moral pública, se uma obra de arte subverte os padrões culturais da sociedade, se uma *charge* é caluniosa ou não e assim por diante.

Tal missão só é conferida ao Poder Judiciário porque a ele cabe, com exclusividade, sopesar os valores constitucionais e decidir qual deve ceder e em que medida, para permitir o prevaecimento do outro. E, mesmo o Poder Judiciário-

16. “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.

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

§ 2.º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.”

rio, só deve impor qualquer restrição à liberdade de expressão quando for imprescindível para salvaguardar outros direitos que não possam ser protegidos ou compostos de outro modo menos gravoso.

Especialmente, a concessão de liminares só deve ocorrer em casos muitíssimos excepcionais, sendo inafastável que a autoridade judiciária tem amplo acesso ao conteúdo da obra cuja restrição se pretende. Qualquer decisão judicial que decida proibir uma obra que represente a liberdade de expressão, sem ter acesso ao seu conteúdo, estará irremediavelmente nula por ausência da devida fundamentação que o caso concreto requer: que o juiz indique precisamente que cena, ou que parte da obra tem o potencial de causar dano, que tipo de dano e a quem. Não se cumpre tais exigências sem a devida assistência à obra.

E, ainda, há que se considerar a possibilidade e conveniência de ouvir peritos, especialistas na espécie de liberdade de que se trata, que possam fornecer mais subsídios ao magistrado sobre o caráter artístico, ou não, da obra de arte.

Enfim, o que se sustenta é que, somente após sentir a obra de arte cuja restrição se pretende, de preferência com o auxílio de críticos especializados, estaria o Magistrado em condições de estabelecer uma ponderação adequada de bens, em que deveria mencionar especificamente qual ou quais cenas exorbitam o regular exercício do direito fundamental da livre expressão humana.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A influência da opção metodológica nas decisões judiciais – Estudo de casos envolvendo a liberdade de expressão e os direitos de personalidade, de Carlos Wagner Dias Ferreira – *RDCI* 80/88;
- Estado Democrático de Direito e liberdade de expressão e informação, de Guiomari Garson da Costa Garcia – *RDCI* 42/258;
- Liberdade de expressão e Internet, de Régis Fernandes de Oliveira e Gabriela Marques de Miranda Rocha, *RDCom* 4/27;
- Liberdade de expressão, censura e controle da programação de televisão na Constituição de 1988, de Luís Roberto Barroso – *RT* 790/129; e
- Solucionando o conflito entre o direito à imagem e a liberdade de expressão: a contribuição da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de Edson Beas Rodrigues Jr. – *RT* 905/88.

- Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem (*RTrib* 5/16), de Gilmar Ferreira Mendes, *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, organizada por Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso, São Paulo, Ed. RT, 2011, vol. 1, p. 673; e
- O direito à liberdade de expressão à luz do texto constitucional, *Soluções Práticas de Direito*, de Gustavo Tepedino, São Paulo, Ed. RT, 2011, vol. 1, p. 111.