

**ASSOCIAÇÃO CARUARUENSE DE ENSINO SUPERIOR E TÉCNICO
FACULDADE ASCES
BACHARELADO EM DIREITO**

AURELLYNE VANESSA DE OLIVEIRA AGUIAR

**COLISÃO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: LIBERDADE DE
EXPRESSÃO E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

**CARUARU
2015**

ASSOCIAÇÃO CARUARUENSE DE ENSINO SUPERIOR E TÉCNICO
FACULDADE ASCES
BACHARELADO EM DIREITO

AURELLYNE VANESSA DE OLIVEIRA AGUIAR

**COLISÃO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: LIBERDADE DE
EXPRESSÃO E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado à
Associação Caruaruense de Ensino Superior, como
requisito parcial para obtenção do grau de bacharel
em Direito.
Orientador: Dr. Bruno Manoel Viana Araújo

CARUARU
2015

BANCA EXAMINADORA

Aprovado em: ___/___/___.

Orientador: Prof. Dr. Bruno Manoel Viana Araújo

Primeiro Avaliador

Segundo Avaliador

Ao meu pai (in memoria), comecei essa caminhada ao seu lado, os seus esforços, o seu apoio, a sua proteção, o seu zelo não foram em vão.

O desejo de estarmos juntos concluindo essa etapa da “nossa vida” não será possível mas fica aqui a maior lição de amor que alguém poderia dedicar.

Hoje o meu maior desejo é conseguir amar na profundidade e intensidade que me amastes.

AGRADECIMENTOS

Ao concretizar o início da minha segunda graduação não sabia do grande desafio que estava pela frente, antes a vida era resumida ao ser estudante, agora estava aliada ao ser profissional, ao ser mulher, filha ... e a melhor delas o SER MÃE;

Obrigada minha filha Joana, por me ensinar a ser uma pessoa cada dia melhor; por não deixar que eu pense, nem por um instante que estou sozinha ... agora tenho você, me impulsionando para a vida com ânimo e certeza que tudo é possível. És a luz da minha vida, meu maior e melhor sonho ... você deixa tudo mais “colorido”;

Em especial a minha mãe e irmã, a vida não teria a grandeza que tem sem o apoio incondicional de vocês, pelos meus sonhos se tornarem sempre os nossos sonhos;

A minha eterna ajudadora da vida, Tia Tercina, meu anjo da guarda, estamos juntas em mais uma conquista;

Ao meu marido, João Almeida pelo exemplo de profissional que idealizou e motivou essa caminhada;

Aos mestres, particularmente aos professores Clodoaldo Batista e Walber Agra por terem sido referência de profissional no âmbito acadêmico e pelos conteúdos tão bem apresentados que despertaram o meu interesse pelo Direito Constitucional;

Ao meu orientador Bruno Viana pela contribuição dada para a conclusão desse trabalho;

Aos meus amigos, que alegam minha vida sendo pacientes e verdadeiros motivadores nessa caminhada;

A todos da Secretaria de Ação e Desenvolvimento Social de Belo Jardim pela compreensão da importância em concluir essa etapa da minha vida;

Finalizando, agradeço ao meu Deus que me faz ser fortaleza diante das dificuldades, que não permite que os meus sonhos sejam obstaculizados e que me concede alegria ao permitir que os desejos do meu coração sejam realizados. O teu AMOR me faz viver.

De tudo ficaram três coisas:

A certeza de que estamos sempre começando.

A certeza de que precisamos continuar.

A certeza de que seremos interrompidos antes de terminar.

Portanto, devemos:

Fazer da interrupção um caminho novo.

Da queda, um passo de dança.

Do medo, uma escada.

Do sonho, uma ponte.

Da procura, um encontro.

(Fernando Pessoa)

RESUMO

Trata-se de um estudo realizado através do método dedutivo, de abordagem qualitativa, realizada por meio de fontes primárias, Constituição Federal de 1988, leis infraconstitucionais e decisão judicial e fontes secundárias, livros e artigos científicos, na área do Direito Constitucional sobre a colisão dos direitos fundamentais, mais especificamente à colisão existente entre a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana. Dados demonstram que a violência contra a mulher no Brasil é crescente, portanto, necessário se faz mudanças em relação à tutela dos direitos das mulheres. Como base deste estudo tem-se a ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal e a THEMIS Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero que pleiteia a condenação da *SONY MUSIC ENTERTAINMENT* e da empresa *FURACÃO 2000 PRODUÇÕES ARTÍSTICAS LTDA.* ao pagamento de danos morais difusos causados às mulheres pela divulgação e circulação das músicas "Tapinha" e "Tapa na Cara". Na decisão utilizou-se da ponderação como instrumento para harmonizar a coexistência dos direitos conflitantes, uma vez que não há hierarquia entre eles. Ambos são preceitos indispensáveis para uma sociedade democrática, um – os direitos ora citados –, sendo componente indispensável do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, e o outro – liberdade de expressão –, alicerce para o Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais. Liberdade de Expressão. Dignidade da Pessoa Humana. Colisão. Violência contra a mulher. Princípio da Proporcionalidade.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO..... | 08 |
| CAPÍTULO I - LIBERDADE DE EXPRESSÃO..... | 09 |
| 1.1 Direitos Fundamentais e Liberdade de Expressão..... | 09 |
| 1.2 Estado Liberal e Liberdade de Expressão..... | 15 |
| 1.3 Democracia e Liberdade de Expressão..... | 18 |
| 1.4 A Liberdade de Expressão e a Constituição de 1988..... | 19 |
| 1.5 A Banalização da Liberdade de Expressão e a Violência contra a Mulher | 24 |
| CAPÍTULO II - DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA..... | 29 |
| 2.1 Direitos Fundamentais e Dignidade da Pessoa Humana..... | 29 |
| 2.2 O Estado Democrático de Direito e Dignidade da Pessoa Humana..... | 34 |
| 2.3 A Constituição Brasileira de 1988 e a Dignidade da Pessoa Humana..... | 36 |
| 2.4 A Dignidade da Mulher e Direitos Fundamentais..... | 38 |
| CAPÍTULO III - COLISÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS..... | 41 |
| 3.1 O Princípio da Proporcionalidade..... | 41 |
| 3.2 Liberdade de Expressão versus Dignidade da Pessoa Humana..... | 46 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 50 |
| REFERÊNCIAS..... | 53 |

INTRODUÇÃO

Hodiernamente, percebe-se a ocorrência de colisão entre os direitos fundamentais, a exemplo do conflito entre o direito à liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana, como demonstra a Ação Civil Pública nº 2003.71.00.001233-0, movida pelo Ministério Público Federal do Rio Grande do Sul e Assessoria de Estudos de Gênero.

A referida Ação Civil Pública teve como objetivo condenar a *GRAVADORA SONY MUSIC ENTERTAINMENT INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA, FURACÃO 2000 PRODUÇÕES ARTÍSTICAS LTDA* e a União Federal em defesa da dignidade da mulher. A denúncia se trata do preconceito, discriminação e incitação à violência contra as mulheres, traduzidos nas letras das músicas “Tapinha” e Tapa na cara”.

A liberdade de expressão tem crescido e se expandido exponencialmente desde o período ditatorial brasileiro, ganhando uma maior atenção do Poder Público, no que tange a sua tutela. Assim como também tem sido crescente os casos de violência contra a mulher, seja no âmbito privado ou público, sendo insuficientes as medidas adotadas pelo Estado.

É incontestável que a mulher têm sido vítima de violência física e emocional ao longo dos séculos, tanto individualmente como no meio social, e apesar de constatar-se avanços jurídicos e também culturais nas últimas décadas, ainda não se conseguiu alcançar a igualdade prevista pela Constituição. A partir de tal situação reforça-se que a mulher, enquanto vítima de violência, demanda uma maior proteção jurídica, na tentativa de romper as situações injustas.

É notória, portanto a necessidade de se ater cuidadosamente ao estudo deste conflito normativo, tendo em vista que nela estão envolvidos princípios essenciais para os indivíduos assim como, para a sociedade em geral. Isso porque os direitos fundamentais se alicerçam no princípio básico da dignidade da pessoa humana – princípio esse, primordial para o Estado Brasileiro; e a liberdade de expressão artística que se fundamenta na denominada liberdade de expressão, a qual sustenta a ideologia do Estado Democrático de Direito.

Perante o exposto, o presente estudo encontra-se inserido na seara do Direito Constitucional, tendo por objetivo analisar o conflito existente entre os direitos

fundamentais, mais especificamente no que diz respeito à colisão entre os direitos a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana diante das letras de músicas com conteúdo de violência contra a mulher.

Trata-se, portanto, de um estudo exploratório, dedutivo e de abordagem qualitativa o qual utilizou de fontes primárias (Constituição Federal de 1988 e decisões judiciais) e secundárias (livros e artigos científicos). Estando organizado em três capítulos.

Antes mesmo de se submergir na colisão dos direitos fundamentais propriamente dita, o primeiro capítulo procura promover um estudo sobre a Liberdade de Expressão, referindo a sua importância para a construção do Estado Moderno. Para tanto, buscou-se estabelecer seu conteúdo a partir do século XVIII, momento em que a Liberdade de Expressão se afirma definitivamente e passa a integrar as constituições liberais, como direito fundamental.

No segundo capítulo, apresenta-se o direito fundamental da Dignidade da Pessoa Humana e seus alicerces: pensamento clássico e ideário cristão. No pensamento cristão se assenta que o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus, digno, portanto. Sua Dignidade se associa ao fato da criação divina. No pensamento clássico, por outro lado, mostra-se presente a noção de natureza individual racional.

Independente do referencial de que se parta, resta pacificado que a Dignidade da Pessoa Humana é o elemento fundante da vida, onde a racionalidade e autonomia estão na base da estrutura humana. Por ser assim, sabendo-se que o Ser Humano é digno e autônomo, a este deve ser conferida a prerrogativa de *Ser* e *Estar* no mundo sem sofrer qualquer discriminação.

O terceiro capítulo aponta o princípio da proporcionalidade, em especial a ponderação, como instrumentos de extrema importância para conformar o ordenamento jurídico à realidade social, a partir da análise da teoria dos princípios e da teoria dos direitos fundamentais, em especial no que se refere à possibilidade de restrição desses direitos no âmbito judicial, ou seja, quando dois direitos concorrem para solução de um caso concreto, sem que o processo subsuntivo e os métodos tradicionais sejam capazes de solucionar o conflito. Portanto, remetendo-se ao Poder Judiciário o dever de interpretar e ponderar a fim de solucioná-lo.

CAPÍTULO I - LIBERDADE DE EXPRESSÃO

1.1 Direitos Fundamentais e Liberdade de Expressão

A introdução sobre os Direitos Fundamentais remete a uma necessária interpretação da sua trajetória histórica. Inicialmente a doutrina filosófica do Jusnaturalismo compreendeu como aqueles direitos “que o homem possui pelo fato de ser homem, por sua própria natureza humana, pela dignidade que a ela é inerente”¹. Porém os direitos fundamentais, numa concepção histórica dos direitos, são resultantes das lutas travadas contra o Estado absolutista a partir dos séculos XVII e XVIII.

Em um contexto de Estado forte, absoluto, pautado nas decisões do soberano e amparada na atribuição a ele conferida por Deus que começa a ser contestado na Europa do século XVI o modelo de Estado Absolutista que por fatores de ordem econômica, cultural, política e ideológica não mais atendia à necessidade daquela sociedade.²

Direitos fundamentais são direitos públicos-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.³

Como destacado a trajetória dos direitos fundamentais pode ser compreendida por dois paradigmas, o primeiro onde é inerente a condição humana a conquista de direitos; e a segunda, a qual tomar-se-á como referência, o direito como resultado do movimento histórico, “os direitos do homem são direitos históricos que emergem gradualmente das lutas que o homem trava por sua própria emancipação e das transformações das condições de vida que essas lutas produzem”.⁴

Bobbio afirma que os direitos são históricos porque estão relacionados a circunstâncias e respondem a aspirações concretas do homem enquanto membro de

¹ HERKENHOFF, João Batista. **Curso de Direitos Humanos**. 1. ed. São Paulo: Acadêmica, 1994. p. 30.

² BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. 10. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

³ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 1. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2007. p. 54.

⁴ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. 10. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 32.

determinada sociedade, “não existem direitos fundamentais por natureza. O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas”.⁵ Portanto, o século das Luzes pautado nos pensamentos de Hobbes, Locke e Rousseau, traz a ideia do direito à vida, à propriedade e o direito à liberdade, passando a idealizar e a mudar a relação Estado/cidadão ou Soberano/súdito onde passa a ser uma relação marcada pelos direitos do cidadão e não mais apenas pelos direitos do soberano.

As lutas das classes burguesas em defesa de novas liberdades e contra o poder absolutista e suas velhas formulações de direitos e deveres, tentavam limitar o poder tanto do rei como do Estado, por intermédio dos direitos civis. Conforme Canotilho, “a primeira função dos direitos fundamentais – sobretudo dos direitos, liberdades e garantias – é a defesa da pessoa humana e da sua dignidade perante os poderes do Estado”.⁶

A Declaração dos Direitos do Homem, no fim do século XVIII, foi um marco decisivo na história. Significava que doravante o Homem, e não o comando de Deus nem os costumes da história, seria a fonte da Lei [...] os Direitos dos Homens eram inalienáveis, irredutíveis e indeduzíveis de outros direitos ou leis, [...] o próprio Homem seria a sua origem e seu objetivo último.⁷

A conquista de direitos surge, em uma ordem cronológica, primeiramente com os direitos civis, assim, essas conquistas de direitos podem ser divididas em gerações ou dimensões. Alguns autores apontam a imprecisão do termo geração ao tratar do catálogo de direitos, por dar uma ideia geracional, deixando de evidenciar a dinâmica entre a construção de direitos e a realidade objetiva das sociedades onde são enunciados.⁸ Porém, neste estudo será utilizado a ideia de Bobbio que compreende os direitos em gerações. Sendo os direitos de primeira geração os direitos civis e políticos, que foram conquistados nos séculos XVIII e XIX.⁹

Os direitos civis e políticos são de exercício do homem, individualmente e têm como princípio opor-se à presença da intermediação do Estado para o seu exercício,

⁵ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. 10. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 18.

⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Portugal: Almedina, 2003. p. 377.

⁷ ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. São Paulo: Companhia das letras. 2009. p. 324.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Revista Ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

⁹ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. 10. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

fundado na ideia de liberdade.¹⁰ Para Bobbio, Matteucci e Pasquino são direitos civis e políticos:

[...] aqueles que dizem respeito à personalidade do indivíduo (liberdade pessoal, de pensamento, de religião, de reunião e liberdade econômica), através da qual é garantida a ele uma esfera de arbítrio e de liceidade, desde que seu comportamento não viole o direito dos outros. Os direitos civis obrigam o Estado a uma atitude de não impedimento, a uma abstenção. Os direitos políticos (liberdade de associação nos partidos, direitos eleitorais) estão ligados à formação do Estado democrático representativo e implicam uma liberdade ativa, uma participação dos cidadãos na determinação dos objetivos políticos do Estado.¹¹

A liberdade individual, o direito de ir e vir, o direito à vida, à liberdade de expressão, de imprensa, de reunião, liberdade de fé e pensamento, à propriedade privada, à igualdade perante a lei, ao *habeas corpus* e de petição, são exemplos de direitos civis. E entre os direitos políticos o direito de votar, assim como o direito de ser votado e de poder participar do exercício governamental.¹²

Os direitos de segunda geração são os direitos sociais, aos quais são exercidos pelos homens por meio da intervenção do Estado, que é quem deve garanti-los. Esta geração de direitos norteia-se pela ideia de igualdade, constituindo-se entre o século XIX, ganhando evidência no século XX, buscando enfrentar a desigualdade social, assegurar a participação dos cidadãos no usufruto da riqueza coletiva.¹³

Estes direitos com caráter coletivo implica na responsabilidade do Estado em atender as demandas para o bem-estar do cidadão, na prestação de serviços como: à educação, à saúde, à moradia, ao trabalho, ao acesso à cultura, dentre outros.

Com a evolução das relações entre os povos surge os direitos de terceira geração, que são direitos ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, a à autodeterminação dos povos, embasada na ideia de solidariedade de natureza coletiva e difusa.¹⁴

A anunciação destes direitos é feita por meio de pactos, como cartas de intensão, acordos políticos ou leis, sempre fruto da pressão da sociedade. Dois documentos são de extrema relevância no processo de elaboração e de garantias

¹⁰ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. 10. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

¹¹ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 11. ed. vol. 2. Brasília: Universidade de Brasília, 1998. p. 364.

¹² AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

¹³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

¹⁴ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. 10. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

legais dos direitos fundamentais, são eles: a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão pela Assembleia Constituinte da França em 1789 e a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU em 1948.

A Declaração Francesa teve como desdobramento as discussões dos direitos civis e políticos, estão garantidos os direitos à liberdade, à propriedade, à segurança e à resistência à opressão. Flavia Piovesan destaca:

À luz de uma perspectiva histórica, observa-se que até então intensa era a dicotomia entre o direito à liberdade e o direito à igualdade. No final do século XVIII, as Declarações de Direitos, seja a Declaração Francesa de 1789, seja a Declaração Americana de 1776, consagravam a ótica contratualista liberal, pela qual os direitos humanos se reduziam aos direitos à liberdade, segurança e propriedade, complementados pela resistência à opressão [...] A não atuação estatal significava liberdade. Daí o primado do valor da liberdade, com a supremacia dos direitos civis e políticos e a ausência de previsão de qualquer direito social, econômico e cultural que dependesse da intervenção do Estado.¹⁵

Além da ideia do direito à liberdade está atrelada a imposição de limites aos abusos cometidos pelo Estado Absolutista ela também derivou do combate travado contra a igreja católica, impulsionado pela liberdade religiosa. Bobbio, Matteucci e Pasquino, consideram que as lutas por liberdade objetivava o desatrelar da Igreja do Estado, visando garantir a autonomia da política frente a religião. Esse objetivo era pautado no ideário iluminista onde a libertação do conhecimento humano era possível apenas através da razão.

Daí os direitos civis estarem alicerçados na personalidade do indivíduo, à liberdade pessoal, de pensamento, de religião e liberdade econômica. Pode-se dizer que a Liberdade de Expressão que é um dos mais antigos institutos de proteção constitucional, instituto ao qual é associado à livre circulação de ideias, surgindo como o resultado necessário da liberdade de pensamento, servindo de veículo para as ideias liberais e anti-absolutistas, além de romper com as amarras do conhecimento, libertando o saber científico do domínio da teologia, fato possível, somente após uma profunda mudança das condições políticas.¹⁶

Por fim, acerca dos direitos fundamentais, um conjunto de elementos presentes no contexto do pós-2ª guerra mundial emerge a presença interventiva do

¹⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 206.

¹⁶ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 11. ed. vol. 2. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.

Estado, já que os impactos advindos da crise do capital em 1929 desestabilizaram o ideário liberal pautado na economia de mercado.

Neste contexto é elaborada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, construída quando as ideias de direitos sociais estavam efervescentes, e prevendo em seu texto um rol de direitos a serem buscados pela humanidade.¹⁷

Para Bobbio, a Declaração Universal dos Direitos do Homem solucionou o problema fundamental dos direitos humanos uma vez que a humanidade passa a partilhar alguns valores comuns, existindo um consenso geral em torno da validade e universalidade de direitos, sendo um fato novo significativo para a história do mundo contemporâneo.¹⁸

Piovesan destaca a importância da Declaração da ONU:

Com a criação das Nações Unidas, com a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Assembleia Geral da ONU, em 1948 e, como consequência, passam a ocupar um espaço central na agenda das instituições internacionais. No período do pós-guerra, os indivíduos tornam-se foco de atenção internacional. A estrutura do contemporâneo Direito Internacional dos Direitos Humanos começa a se consolidar. Não mais poder-se-ia afirmar, no fim do século XX, que o Estado pode tratar de seus cidadãos da forma que quiser, não sofrendo qualquer responsabilização na arena internacional.¹⁹

Em suma, a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 é fruto da evolução do homem e representa um marco histórico, no sentido que as diferentes civilizações passam a compreender todos os povos como detentores de direitos iguais.

Outro aspecto importante, diz respeito à noção ética estabelecida, já que todos os homens nascem livres, iguais, possuindo direitos e dignidade, os povos também são iguais e nenhum outro povo, grupo religioso, gênero sexual poder ser considerado superior aos demais.

1.2 Estado Liberal e Liberdade de Expressão

¹⁷ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

¹⁸ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. 10. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

¹⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 192-193.

Contra o poder do rei e da Igreja emerge a ideário liberal onde anunciava que todos os homens são portadores de direitos, sendo homens livres e autônomos, titulares de certos direitos tais como a vida, à liberdade e à segurança. Assim compreende-se o ideal do Estado Liberal, no entanto na concepção de Dallari vai além da garantia de direitos:

O Estado Liberal começa a se delinear quando a burguesia toma o poder, destruindo o absolutismo e destronando a nobreza da cena política. O modelo econômico feudal cede espaço ao modelo capitalista, em que a burguesia passa a ser seu protagonista mais importante. O individual prepondera em relação ao coletivo.²⁰

Assim a Inglaterra ficou conhecida como berço das ideias liberais, com a Revolução Gloriosa, porém a Revolução Francesa faz eclodir o liberalismo baseado tríade Liberdade, Fraternidade e Igualdade.²¹

Os direitos fundamentais defendidos pelos liberais são os direitos civis e políticos, uma vez que a intervenção estatal na vida do indivíduo deveria ser mínima, assegurando a plena liberdade ao cidadão e as leis de mercado, garantindo que esta regula-se as forças produtivas em nome do desenvolvimento de todos.²²

Para o liberalismo, a liberdade e a autonomia são conceitos centrais, por indicar o ato de estar livre para exercer suas escolhas sem a coação do Estado ou de outros homens. A autonomia ainda vincula-se a liberdade política, que possibilita a participação dos indivíduos na comunidade e a liberdade de consciência e crença.²³

Para Piovesan o Estado Liberal preconiza a individualidade, quer do indivíduo particular quer da nação, o direito à livre manifestação, conduz a uma maior elevação moral dos homens e dos povos. Sendo assim o Estado deve se abster de invadir a esfera individual do homem e restringir-se a cumprir a sua função de estabelecer e proteger os Direitos Fundamentais, garantindo ao indivíduo o mais amplo exercício de seus direitos.²⁴

²⁰ DALMO, Dallari. **Direitos Humanos e Direito constitucional internacional**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 92.

²¹ DALMO, Dallari. **Direitos Humanos e Direito constitucional internacional**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 90

²² AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

²³ DALMO, Dallari. **Direitos Humanos e Direito constitucional internacional**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 19.

²⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

Quanto a liberdade religiosa, de grande relevância para o Estado liberal, já que foi ausente no Estado Absolutista onde a Igreja Católica controlava a vida dos indivíduos, ditando as regras e impondo aqueles que não as obedeciam a perseguição, como evidenciado na Inquisição, na qual os hereges eram condenados à forca e à fogueira.

Conforme Saldanha:

O Estado Liberal, teoricamente nascido do consentimento dos indivíduos, tinha por finalidade fazer valerem os direitos destes. Daí a necessidade de estabelecer os limites do poder, mais as relações entre este poder e aqueles direitos. Ou seja, o Estado existiria para garantir tais direitos. No entendimento liberal ortodoxo, portanto, o Estado deveria ter por núcleo um sistema de garantias, e a primeira garantia seria a própria separação dos poderes. Daí a fundamental e primacial relevância do 'princípio' da separação dos poderes, um tema já legível em Aristóteles, retomado por Locke e reformulado com maior eficácia por Montesquieu. Para fixar, verbal e institucionalmente, a divisão do poder, ou, por outra, a separação dos poderes, o Estado Liberal precisou de um instrumento jurídico, a Constituição, que o converteu em Estado constitucional.²⁵

Bobbio, Matteucci e Pasquino visado afirmar que o Estado Liberal este intrinsecamente ligado a consagração dos direitos humanos, ressalta que:

Contra todas as possíveis formas de Estado absoluto, o Liberalismo, ao nível da organização social e constitucional da convivência, sempre estimulou, como instrumentos de inovação e transformação social, as instituições representativas [...] e a autonomia da sociedade civil como autogoverno local e associativo ou como espaço econômico (mercado) e cultural (opinião pública) no interior do Estado não diretamente governado por ele. [...] Quantos os conteúdos éticos-políticos [...] A defesa do indivíduo contra o poder (quer do Estado, quer da sociedade) foi, porém, sempre uma constante, a fim de ressaltar o valor moral original e autônomo de que o próprio indivíduo é portador.²⁶

Destaca Herkenhoff, 1994, que o valor liberdade tem um longo e profundo enraizamento na cultura humana ela está presente na tradição das Escrituras sagradas, desse o Velho Testamento até o Novo Testamento, bem como constituiu um dos fundamentos da Revolução Francesa e da Revolução Norte-Americana, até no Brasil com a Inconfidência Mineira.

Assim, a liberdade sempre foi almejada pelo homem, em diferentes contextos históricos, tendo o Estado Liberal fundado na sua grande conquista, os direitos civis.

²⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 230.

²⁶ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 11. ed. vol. 2. Brasília: Universidade de Brasília, 1998. pp. 700-701.

Do direito à liberdade decorrem o direito à liberdade de expressão, de pensamento, de religião, de propriedade e principalmente a liberdade econômica destacada como fatores primordiais para o desenvolvimento econômico do século XVIII, pretendendo que o homem fosse libertado da opressão econômica até então imposta, para que o desenvolvimento de novas forças produtivas se consolidassem.

Saindo de uma contextualização histórica, retorna-se-á a Bobbio, Matteucci e Pasquino para destacar que:

[...] Liberdade tem uma notável conotação laudatória. Por esta razão, tem sido usada para acobertar qualquer tipo de ação, política ou instituição considerada como portadora de algum valor, desde a obediência ao direito natural ou positivo até a prosperidade econômica. Os escritos políticos raramente oferecem definições explícitas de Liberdade em termos descritivos: todavia, em muitos casos, é possível inferir definições descritivas do contexto.²⁷

Não há de se discutir a importância do Estado liberal para a conquista dos Direitos fundamentais, porém a liberdade pleiteada pela burguesia onde afasta qualquer intervenção estatal da vida do indivíduo, possuía o objetivo do desenvolvimento do modelo de produção capitalista, pautado nas leis de mercado como regulador das forças produtivas.²⁸

Assim as Constituições de grandes nações contem em seus textos a tutela jurídica da liberdade, liberdade de com esferas individuais de ação e posse de bens protegidos perante o Estado.

Como a Constituição dos Estados Unidos da América, criada em 1787, “o primeiro exemplo de pacto federal entre Estados soberanos e, ao mesmo tempo, a experiência constitucional mais importante, embora parcialmente desenvolvida, na história das instituições federais,”²⁹ que destacou em seu texto constitucional a defesa da Democracia e da Liberdade de Expressão.

A Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América inscreveu de modo definitivo a liberdade de expressão no rol dos direitos políticos. Apesar da indiscutível novidade desse fato é preciso observar que o dispositivo jurídico conferia uma forma moderna a um elemento central da tradição política: a relação entre poder e linguagem.³⁰

²⁷ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 11. ed. vol. 2 Brasília: Universidade de Brasília, 1998. p. 708.

²⁸ AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

²⁹ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 11. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998. p. 480.

³⁰ ADVERSE, Helton. **Parresia e isegoria: Origens político-filosóficas da liberdade de expressão**. Liberdade de expressão: as várias faces de um desafio. Venício A. de Lima, Juarez Guimarães (orgs.). São Paulo: Paulus, 2013. p.13.

O ponto central do liberalismo é a ênfase na liberdade dos indivíduos, todos os homens passam a ser livre, deixam de ser servos ou escravos para ganhar o direito de exercer livremente suas escolhas. Assim como, tem a liberdade de ir e vir e de expressar tudo aquilo que pensa, de diversas formas e em qualquer lugar.

1.3 Democracia e Liberdade de Expressão

A Democracia conceitua-se como a forma de governo na qual o povo é o titular da soberania, é o governo do povo, pelo povo e para o povo. Em suma, o “poder emana do povo”, onde o homem exerce o governo diretamente, por meio de representantes, ou de forma mista. As bases da democracia está sustentada na figura do homem livre iguais em direitos, sendo livre a comunicação de pensamento e opiniões.³¹

A legitimidade do poder no regime democrático se encontra sobre o alicerce da soberania do povo, onde as diretrizes adotadas pelo Estado será determinada pela soberania popular.

Os direitos dos homens estão ligados a democracia, como afirma Bobbio: “Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia [...]”.³²

Dalmo Dallari sintetiza os princípios que norteiam os Estados democráticos sobre três pontos fundamentais:

A supremacia da vontade humana popular, que colocou o problema da participação popular no governo, suscitando acesas controvérsias e dando margem às mais variadas experiências, tanto no tocante à representatividade, quanto à extensão do direito de sufrágio e aos sistemas eleitorais e partidários.

A preservação da liberdade, entendida sobretudo como o poder de fazer tudo o que não incomodasse o próximo e como o poder de dispor de sua pessoa e de seus bens, sem qualquer interferência do Estado.

A igualdade de direitos, entendida como a proibição de distinções no gozo de direitos, sobretudo por motivos econômicos ou de discriminação entre classes sociais.³³

³¹ HERKENHOFF, João Batista. **Curso de Direitos Humanos**. 1. ed. São Paulo: Acadêmica, 1994.

³² BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. 10. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p.1.

³³ DALMO, Dallari. **Direitos Humanos e Direito constitucional internacional**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000. p.150.

Ainda, podemos destacar a compreensão de Bobbio, Matteucci e Pasquino, em Dicionário de política, onde relaciona liberdade, democracia e constitucionalismo, enfatizando que embora tenha havido no passado regimes constitucionais não democráticos, a democracia atualmente está relacionada ao constitucionalismo e não cabe mais ao Estado tolher os direitos da liberdade de expressão, da liberdade de imprensa, de associação, de religião, etc.

Como espécie do direito fundamental a liberdade de expressão torna-se elemento básico da sociedade democrática, e para as sociedades modernas é de fundamental importância, pois quando esta é suprimida, a democracia deixa de existir e a censura e opressão tomam seu lugar.

Nas sociedades democráticas, a liberdade de expressão, numa dimensão individual possui característica na qual o indivíduo possui o direito de se exprimir livremente; numa dimensão objetiva, compreende-se como um valor da ordem jurídica democrática, pressuposto indispensável ao funcionamento da democracia ³⁴

Portanto, a liberdade de expressão, pela sua própria natureza, é o direito mais intrinsecamente ligado ao conceito de democracia. De forma sintética, traduz a garantia que permite que toda pessoa expresse sua opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou qualquer indivíduo, não importando o conteúdo, sem que isso implique em nenhuma forma de perseguição estatal.

1.4 A Liberdade de Expressão e a Constituição de 1988

A década de 80 para o Brasil foi um período de grande relevância, uma vez que marca acontecimentos como as *diretas já*, que implicou na derrota do totalitarismo militar instaurado desde 1964 e nas eleições de um civil para a Presidência da República. Como resultado desse processo a Redemocratização do país e conquista da Constituição Federal de 1988.³⁵

A nova Carta Magna, elegeu um conjunto de valores éticos, que expressa o reconhecimento dos direitos humanos considerados fundamentais para a vida

³⁴ LOPES, Maria de Lurdes. **Informação e Liberdade de Expressão na internet e a violação de Direitos Fundamentais: Comentários em meios de comunicação online**. Texto do Colóquio na Procuradoria-Geral da República. 2014.

³⁵ CARVALHO, José Murilo. **Cidadania no Brasil, o Longo Caminho**. 12. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2009.

nacional. Em nenhum outro momento histórico da República brasileira os direitos fundamentais foram tão acolhidos em legislação brasileira como na Constituição de 1988.

O Estado brasileiro sofreu inúmeras transformações na sua formação, os direitos civis e políticos foram se constituindo no transcorrer dos períodos colonial, imperial, chegando ao republicano. Algumas das ideias liberais que consubstancia os direitos civis e políticos foram incorporados pela Constituição de 1824, em seu “art. 179. A inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império [...]”. Porém quanto a efetivação dos direitos, Carvalho destaca que a construção dos direitos no Brasil teve uma trajetória invertida, onde os direitos sociais são os primeiros a serem efetivados.³⁶

Somente com a Constituição de 1988 os direitos civis, políticos e sociais são assegurados agregando a universalização de direitos, a descentralização político administrativo e a gestão democrática, que contempla a participação popular, sendo considerada por Carvalho como a “Constituição Cidadã”.

Para tal, o seu Capítulo II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais - em seu Título II, art. 5º, “assegura a igualdade de todos perante a lei, sem restrição de qualquer natureza, garantindo aos brasileiros e estrangeiros, residentes no país, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

Advinda do período histórico ditatorial o dispositivo constitucional garante a proibição da tortura ou de tratamento desumano; garantindo a liberdade de pensamento, a inviolabilidade da liberdade de consciência, o direito de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política; ainda a liberdade de atividade intelectual, artística, científica ou de comunicação, independente de censura ou licença.

Foram inúmeros os momentos históricos em que a censura, mesmo não sendo expressamente disciplinada, encontrava-se implícita nos regimes ditatoriais que assolaram o Brasil em décadas passadas. Atualmente, como já salientado, a

³⁶ CARVALHO, José Murilo. **Cidadania no Brasil, o Longo Caminho**. 12. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.

Constituição Federal é explícita ao proibir práticas que demonstrem censura em qualquer meio de comunicação.

Também no artigo 220, parágrafos 1º e 2º, o legislador constitucional veta a censura nos meios de comunicação, conforme se denota na íntegra dos dispositivos citados:

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.

Como pode-se observar a proteção à liberdade de expressão foi garantida e destacada pelas inovações da carta constitucional brasileira de 1988. Historicamente, a liberdade de expressão, dentro desta Constituição, passou a ser entendida como uma forma de reação direta à censura política, cultural e ideológica transbordante no contexto da época.

A liberdade de expressão é, intrinsecamente, a própria liberdade de pensamento, podendo estar correlacionada às liberdades de informação e também de comunicação social. Extrinsecamente, a liberdade de expressão pode ser garantida por certos direitos, como o direito à palavra, a inviolabilidade da correspondência e outros meios de comunicação privada. Neste sentido, também estar associada a uma série de outras liberdades, podendo-se citar a liberdade de consciência, de criação cultural, de religião e de culto, de profissão, de manifestação, liberdade de aprendizado e de ensino, dentre muitos outros direitos de liberdades resguardados pela Constituição Federal³⁷

Nota-se, o enaltecimento da liberdade de expressão, em detrimento a opressão do Estado em cesurar toda e qualquer manifestação contrariam ao regime ditatorial. No âmbito jurídico-legislativo, o sentido dado pelo constituinte ao dispor que é vedada a censura, foi justamente pra que não seja criado órgão de proibição que tenha por objetivo definir qual tipo de informação, propaganda, imagem podem ser veiculada. Desta forma o legislador resguardar o direito à liberdade de expressão isolando de

³⁷ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV, direitos fundamentais. 3 ed. rev. actual. Coimbra Editora. 2000.

todo o tipo de controle democrático, resumindo à proteção de liberdades individuais contra todo o tipo de intervenção externa, sobretudo da intervenção estatal.³⁸

Mendonça, resgata a importante obra de John Dewey, para uma discussão contemporânea acerca da noção de liberdade de expressão e sua conciliação com a necessidade de regulação dos meios de comunicação. Para Dewey a liberdade era compreendida como uma questão de distribuição de poder, além de que para ele a “comunicação é fundamental para a democracia e a autorrealização humana e a liberdade de expressão se torna condição para sua viabilidade [...] essencial para o enriquecimento da opinião pública e à sustentação contínua da comunidade moral”.³⁹

Porém o ponto mais importante sobre a concepção de liberdade definida por Dewey, é que não se pode definir liberdade como a proteção do indivíduo em face da coletividade, já que “a ideia de que a natureza humana é inerente e exclusivamente individual é ela própria um produto de um movimento cultural individualista”,⁴⁰ para ele indivíduo e sociedade não podem ser pensados separadamente. Justamente por isso Dewey, defende a necessidade de regulação da liberdade de expressão e de controle público (conselhos de comunicação) sobre os meios de comunicação.

O Estado é um organismo moral, de que o governo é um órgão. Somente pela participação na inteligência comum e partilhando do propósito comum em seu trabalho para o bem comum podem os seres humanos individuais realizar suas próprias individualidades e se tornar verdadeiramente livres.⁴¹

Cumprido ressaltar, que tal direito, assim como qualquer outro, não pode ser considerado sempre absoluto. No entendimento de Bobbio (2004, p. 41) “valor absoluto cabe a pouquíssimos direitos do homem [...] Trata-se de um estatuto privilegiado [...] na qual existem direitos fundamentais que não estão em concorrência com outros igualmente fundamentais”

³⁸ MENDONÇA, Ricardo Fabrino. **A liberdade de expressão em uma chave não dualista: as contribuições de John Dewey**. Liberdade de expressão: as várias faces de um desafio. Venício A. de Lima, Juarez Guimarães (orgs.). São Paulo: Paulus, 2013.

³⁹ MENDONÇA, Ricardo Fabrino. **A liberdade de expressão em uma chave não dualista: as contribuições de John Dewey**. Liberdade de expressão: as várias faces de um desafio. Venício A. de Lima, Juarez Guimarães (orgs.). São Paulo: Paulus, 2013. p. 36.

⁴⁰ DEWEY. Apud. MENDONÇA, Ricardo Fabrino. **A liberdade de expressão em uma chave não dualista: as contribuições de John Dewey**. Liberdade de expressão: as várias faces de um desafio. Venício A. de Lima, Juarez Guimarães (orgs.). São Paulo: Paulus, 2013. p. 114.

⁴¹ DEWEY. Apud. MENDONÇA, Ricardo Fabrino. **A liberdade de expressão em uma chave não dualista: as contribuições de John Dewey**. Liberdade de expressão: as várias faces de um desafio. Venício A. de Lima, Juarez Guimarães (orgs.). São Paulo: Paulus, 2013. p. 34.

Destaca ainda que na maioria das situações que acontece de um direito enfrentar outro direito igualmente fundamental não se pode proteger incondicionalmente um deles sem tornar o outro inoperante.

Basta pensar, para ficarmos num exemplo, no direito à liberdade de expressão, por um lado, e no direito de não ser enganado, excitado, escandalizado, injuriado, difamado, vilipendiado, por outro. [...] deve-se falar de direitos fundamentais não absolutos, mas relativos, no sentido de que a tutela deles encontra, em certo ponto, um limite insuperável na tutela de um direito igualmente fundamental, mas concorrente.⁴²

Nos casos em que houver confronto entre dois ou mais direitos fundamentais, esta demanda tem sido abarcada pelo Poder Judiciário que busca a solução mais satisfatória com subsídios na própria legislação ou utilizando o princípio da proporcionalidade como método de interpretação.

Nesse momento, cabe a ressalva de que as decisões do Judiciário nesse sentido não podem ser encaradas e não são realmente uma forma de censura, mas única e tão somente visam a resolução de um conflito, em algum momento, ceder vez a outro direito fundamental, adequando a norma ao caso concreto, deixando de prevalecer um direito em relação a outro.

Como o caso da decisão tomada pela 2ª Seção do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4), que entendeu que a letra da música "Tapinha" incita a violência contra a mulher, condenando a produtora de funk Furacão 2000 Produções Artísticas a pagar indenização por danos morais.

EMBARGOS INFRINGENTES Nº 0001233-21.2003.4.04.7100/RS
CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA MULHER À DIGNIDADE, À HONRA E À IMAGEM. LETRA DA MÚSICA "TAPINHA". LIBERDADE DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA. LIMITES. COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. BANALIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER. DANO MORAL DIFUSO. RESPONSABILIDADE.

Dallari em sua obra Elementos de Teoria Geral do Estado destaca o caráter político do Estado enfatizando que a sua função é coordenar os grupos e indivíduos em vista de fins a serem atingidos, impondo escolhas dos meios mais adequados, destacado dualismos nesta relação entre elas o duelo entre liberdade e autoridade:

Na escolha dos meios de satisfação das necessidades será necessário, não raro, determinar limitações à liberdade individual a fim de aumentar a eficácia

⁴² DEWEY. Apud. MENDONÇA, Ricardo Fabrino. **A liberdade de expressão em uma chave não dualista: as contribuições de John Dewey**. Liberdade de expressão: as várias faces de um desafio. Venício A. de Lima, Juarez Guimarães (orgs.). São Paulo: Paulus, 2013. p. 34.

dos meios disponíveis. Além disso, para que a dinâmica social se oriente no sentido de um fim determinado, será preciso coordenar a atuação dos indivíduos e grupos sociais, sendo indispensável, portanto, o estabelecimento e preservação de uma ordem, o que implica a possibilidade de coagir. Este é um dos mais difíceis problemas das decisões políticas: o encontro do equilíbrio entre a liberdade e a autoridade. Mantendo-se a liberdade ilimitada, como um valor supremo que não pode ser restringido por qualquer outro, uma vez que nenhum lhe é superior, será bem difícil a preservação da ordem e, conseqüentemente, da coordenação em função de fins. Entretanto, se essa consideração levar ao excesso de restrições à liberdade, para que seja assegurada com a máxima eficácia a preservação da ordem, esta acaba perdendo o caráter de meio para se converter em fim. E então será uma ordem maléfica, por se constituir um empecilho à consecução dos valores fundamentais da pessoa humana, entre os quais se inscreve à liberdade”.⁴³

Sem dúvida, a garantia da liberdade de expressão derrubou barreiras, mas também permitiu excessos, segundo Owen Fiss que usa o exemplo os discursos de incitação ao ódio. Para ele a liberdade traz elementos como a pornografia, onde as vítimas do ódio tem sua autoestima destrozada, onde as mulheres se transformam em verdadeiros objetos sexuais, dentre outras situações.

Em nome da liberdade de expressão não se pode permitir que outros direitos fundamentais sejam violados, apenas pelo fato da liberdade ser a base do Estado liberal. Na verdade o liberalismo tem como grande objetivo não a liberdade do indivíduo para serem homens livres e dignos, mas sim, homens livres para ser força de trabalho objetivando a acumulação de capital pertinente ao sistema capitalista de produção.

1.5 A Banalização da Liberdade de Expressão e a Violência contra a Mulher

O direito à liberdade de expressão compreendida como o direito de qualquer forma de expressão, protege a informação, opinião e ideias, dela é derivada à liberdade de expressão artística, que promove a criatividade literária, musical e artística, além do enriquecimento da herança cultural. A cultura seria manifestação plural de expressão e a arte é uma forma singular de expressão.

Como exemplo de conteúdo abusivo em letras de músicas que expressão a violência contra a mulher, retoma-se as letras das músicas “Tapinha” e “Tapa na cara”, já destacado no item anterior nos embargos infringentes apresentados.

⁴³ DALMO, Dallari. **Direitos Humanos e Direito constitucional internacional**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 131.

Entendeu a 2ª Seção do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em 15 de outubro de 2015 que: “As Canções que falam sobre bater em mulher não podem ser consideradas narrativas de relações privadas íntimas nem mera manifestação artística de prazer feminino masoquista, porque transmitem ao público a ideia de que o ato é correto”.

O Ministério Público Federal e a Themis – Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero, Organização Não-Governamental ajuizaram ação civil pública, no ano de 2003, em face da Gravadora *Sony Music Entertainment (Brasil) Indústria e Comércio Ltda.*, a *Furacão 2000 Produções Artísticas Ltda.* e a União, objetivando a condenação das empresas ré ao pagamento de indenização por dano moral difuso e da União à inclusão, em contratos de concessão de exploração de meios de comunicação, de cláusulas específicas que importem na elaboração de diretrizes adequadas de difusão que contribua para a erradicação da violência contra a mulher em todas as suas formas e a promoção da dignidade feminina.

Para melhor compreensão da violência contra a mulher, vale salientar a desigualdade entre gêneros compreendidos pelo processo de subalternidade da mulher, em diferentes contextos históricos.

Nas comunidades primitivas as mulheres exerciam atribuições específicas, porém não eram consideradas inferiores às dos homens, neste modelo de sociedade, homens e mulheres participavam da vida em comunidade de forma igualitária. Modificações relevantes ocorrem “em decorrência da substituição da coletiva pela propriedade privada e com o surgimento do processo de acumulação”.⁴⁴

A acumulação de riqueza colocou os proprietários a necessidade de assegurar a transmissão dos bens materiais a seus descendentes e a filiação passou a ser definida pela vertente paterna. A estrutura de produção familiar é transformada sendo a mulher restrita do campo reprodutivo até o advento do capitalismo, que entra como força produtiva de trabalho, mas não para sua emancipação e sim como mais-valia. A mulher transforma-se na esfera doméstica como mercadoria do marido e no meio produtivo como mercadoria do capitalismo.⁴⁵

⁴⁴ AMMANN, Safira Bezerra. **Mulher: trabalha mais, ganha menos, tem fatias irrisórias de poder.** Revista de Serviço Social & Sociedade nº 55. São Paulo: Cortez, 1997. p. 85.

⁴⁵ AMMANN, Safira Bezerra. **Mulher: trabalha mais, ganha menos, tem fatias irrisórias de poder.** Revista de Serviço Social & Sociedade nº 55. São Paulo: Cortez, 1997.

Sabadell indica que Estudos da Organização Mundial da Saúde apontam que quase a metade das mulheres vítimas de homicídios são assassinadas pelo marido ou namorado, ex ou atual, demonstrando a característica privada da violência.

Ainda, conforme o estudo Mapa da Violência 2015 - Homicídios de Mulheres, produzido pela Flacso - Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais, a taxa de homicídios contra mulheres no país aumentou 8,8% entre 2003 e 2013, o Brasil chega a ser, portanto, o quinto país mais violento para mulheres entre 83 nações que usa dados da OMS - Organização Mundial de Saúde. No período, em média, 11 mulheres foram assassinadas no Brasil todos os dias.⁴⁶

Estes dados demonstram que a violência contra a mulher no Brasil é crescente, e por esse e outros fatores impulsionam para uma mudança em relação à tutela dos direitos das mulheres:

A entrada da mulher no espaço público, sua inclusão no mercado de trabalho e a política das organizações internacionais são fatores que pesam positivamente ao processo de efetivação dos direitos das mulheres. Em muitos países, foram realizadas, nas últimas décadas, amplas reformas legislativas, sobretudo nas áreas do direito penal, visando estabelecer a igualdade entre gêneros.⁴⁷

A autora Sabadell ressalta o fenômeno do empréstimo jurídico, onde as reformas legislativas recebem influência direta de normas de origem internacional. Muitos países só começam a desenvolver uma legislação específica sobre a tutela dos direitos humanos após a ratificação de tratados. Como foi o caso do Brasil no que concerne a Lei Maria da Penha:

[...] exemplo de grave omissão estatal concernente à obrigação internacionalmente contraída em matéria de direitos humanos atinha-se à inexistência de normatividade nacional específica em relação à prevenção, combate e erradicação da violência contra a mulher. Ressalte-se que, ao ratificar a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (“Convenção de Belém do Pará”), o Estado brasileiro assumiu o dever jurídico de, sem demora, “incluir em sua legislação interna normas penais, civis e administrativas necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher” (art. 7º da Convenção). No entanto, até 2006, o Estado brasileiro não havia elaborado legislação específica sobre a matéria, o que caracterizava violação ao dispositivo internacional. Finalmente, em 7 de agosto de 2006, foi adotada a Lei n. 11.340

⁴⁶ WAISELFISK, Julio Jacobo. **Mapa da Violência 2015: Homicídio de mulheres no Brasil**. 1. ed. Brasília: FLACSO Brasil. 2015.

⁴⁷ SABADELL, Ana Lucia. **Manual de Sociologia Jurídica: Introdução a uma leitura externa do Direito**. 3. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos tribunais, 2005. p. 237.

(“Lei Maria da Penha”), que cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.⁴⁸

O Mapa da Violência 2015 - Homicídios de Mulheres ainda demonstra que ao limitar a análise dos dados ao período de vigência da Lei Maria da Penha, que entra em vigor em 2006, observa-se que a maior parte desse aumento decenal aconteceu sob égide da nova lei. Porém num primeiro momento, em 2007, registrou-se uma queda expressiva nas taxas, apesar de rapidamente a violência homicida recuperou sua escalada, ultrapassando a taxa de 2006. Mas, apesar das taxas continuarem aumentando, observamos que a partir de 2010 arrefece o ímpeto desse crescimento.⁴⁹

Na decisão dos Embargos Infringentes o desembargador Federal Luís Aurvalle, destaca a lei especial Maria da Penha:

Se até mesmo uma lei especial (Lei Maria da Penha) e investimentos de conscientização se fazem necessários, porque persiste enraizada na sociedade brasileira inconcebível violência contra a mulher, nessa perspectiva, músicas e letras como "Tapa na Cara" e "Tapinha" não se classificam como simples som de gosto popular ou "narrativas de relações privadas íntimas" ou "manifestação artística" de prazer feminino masoquista, mas, ao revés, abominável incitação à violência de gênero ou aval a tais criminosas e nefastas condutas, ao transmitir a jovens e público em geral a noção errônea de que a regra é a mulher gostar de sofrer”.

Para o Relator, “não cabe ao judiciário [...] exercer controle de conteúdo ou qualidade de músicas criadas e reproduzidas, [...] mas, sim, aferir se há ou não abuso no exercício da liberdade de expressão artística, em face de outros direitos fundamentais”.

Avaliou ainda que “o repúdio geral à censura não implica irrestrita possibilidade de divulgação e comunicação de tudo. Deve-se ponderar todos os demais direitos fundamentais”. E que o cidadão não deve ficar “refém de mídia onipotente, visando apenas ao lucro, sem o cumprimento de escopos coletivos, insculpidos em tratados internacionais, na Constituição Federal e em diplomas legais”.

Essas não são as únicas letras que possuem em seu conteúdo o desrespeito a dignidade das mulheres, porém a letra “tapinha” torna-se emblemática pois sua discussão judicial culminou em uma sentença condenatória, em defesa dos direitos fundamentais da mulher à dignidade, à honra e à imagem.

⁴⁸ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. pp. 396-397.

⁴⁹ WASELFISK, Julio Jacobo. **Mapa da Violência 2015: Homicídio de mulheres no Brasil**. 1. ed. Brasília: FLACSO Brasil. 2015.

CAPÍTULO II - DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

2.1 Direitos Fundamentais e Dignidade da Pessoa Humana

A ideia a respeito dos Direitos Fundamentais decorre de uma evolução histórica, no entanto, o conceito de Dignidade da Pessoa Humana irá anteceder a este, sendo construído com base e uma discussão filosófica e ética marcada por encontros e desencontros de diferentes concepções religiosas, visões de mundo e tendências ao longo de sua história.⁵⁰

O conceito de dignidade da pessoa humana não é um conceito *a priori*, que sempre existiu ao longo do tempo, mas foi sendo composto paulatinamente, fruto de diversas circunstâncias históricas, caracterizando um dos principais direitos para a espécie humana.⁵¹

Os Direitos Fundamentais se constituem em um conjunto de direitos, o qual se correlaciona com a concretização de condições de existência que contemplem o mínimo de dignidade das pessoas, Alexandre de Moraes afirma que os Direitos Fundamentais são:

Conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito e a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana.⁵²

A princípio, dentro de uma perspectiva histórica, a dignidade da pessoa humana se tratava de uma ideia subjetiva, resultado de reflexões filosófica e originária de um ideal cristão.

Barroso⁵³ afirma que, a dignidade da pessoa humana, na sua acepção contemporânea, tem origem religiosa, bíblica, o homem feito à imagem e semelhança de Deus: “E criou Deus o homem à sua imagem; à imagem de Deus o criou; homem

⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Revista Ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

⁵¹ AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 109.

⁵² MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 39.

⁵³ BARROSO, Luís Roberto. **“Aqui, lá em todo lugar” A dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional**. São Paulo: Separata das Revistas dos Tribunais, ano 101, v. 919, maio 2012.

e mulher os criou” (Genesis 1:27).⁵⁴ Sendo assim, o ideário cristão se assenta que o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus, digno, portanto, já que a Dignidade advém da sua criação divina.

Ainda segundo textos bíblicos no livro de Mateus, capítulo 22, versículos 34 ao 40, trata-se do dever de cada pessoa amar o próximo como a si mesmo:

34 Ao ouvirem dizer que Jesus havia deixado os saduceus sem resposta, os fariseus se reuniram. 35 Um deles, perito na lei, o pôs à prova com esta pergunta: 36 ‘Mestre, qual é o maior mandamento da Lei?’ 37 Respondeu Jesus: ‘Ame o Senhor, o seu Deus de todo o seu coração, de toda a sua alma e de todo o seu entendimento’. 38 Este é o primeiro e maior mandamento. 39 E o segundo é semelhante a ele: ‘Ame o seu próximo como a si mesmo’. 40 Destes dois mandamentos dependem toda a Lei e os Profetas.

Percebe-se que tanto nas escrituras do Velho testamento, com a descrição da criação do homem, como no Novo testamento, com as parábolas de Jesus, encontra-se referencias de que o ser humano é dotado de um valor próprio, um valor intrínseco do humano.

Na antiguidade, o conceito de dignidade da pessoa humana estava ligado ao mérito, ao status social do indivíduo, como afirma Sarlet:

No pensamento filosófico e político da antiguidade clássica, verifica-se que a dignidade (*dignitas*) da pessoa humana dizia em regra com a posição social ocupada pelo indivíduo e o seu grau de reconhecimento pelos demais membros da comunidade, daí poder falar-se em uma quantificação e modulação da dignidade, no sentido de se admitir a existência de pessoas mais dignas ou menos dignas. Cuida-se de um conceito (ou dimensão) político de dignidade, cunhado pelo pertencimento do indivíduo às elites políticas da sociedade e a a vinculação da dignidade às ações humanas e seu respectivo resultado, como algo, portanto, que deve ser constantemente posto à prova, e não como uma constante antropológica. Por outro lado, já no pensamento estoíco, a dignidade era tida como a qualidade que, por ser inerente ao ser humano, o distinguia das demais criaturas, no sentido de que todos os seres humanos são dotados da mesma dignidade.⁵⁵

Com o advento do cristianismo a dignidade da pessoa humana passa a ser mérito de todo o ser humano, seu desenvolvimento deve ser protegido, favorecido, sempre sendo respeitado o livre arbítrio.

Na primeira fase do Cristianismo, quando este havia assumido à condição de religião oficial do Império, destaca-se o pensamento do Papa São Leão Magno, sustentando que os seres humanos possuem dignidade pelo fato de que Deus os criou à sua imagem e semelhança, e que, ao torna-se homem, dignificou a natureza humana, além de revigorar a relação entre o homem e Deus mediante a voluntária crucificação de Jesus Cristo. Logo depois, no

⁵⁴ **BÍBLIA SAGRADA**. Edição Pastoral, São Paulo: Paulus, 2004.

⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Revista Ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 76.

período inicial da Idade Média, Anício Manlio Severino Boécio, cujo pensamento foi posteriormente retomado por São Tomas de Aquino, formulou, para época, um conceito de pessoa e acabou por influenciar a noção contemporânea de dignidade da pessoa humana ao definir a pessoa como substância individual de natureza racional.⁵⁶

Nos séculos XVII e XVIII, com o Iluminismo e a centralidade do homem, a dignidade da pessoa humana passa a ser marcada por formulações doutrinárias do jusnaturalismo racionalista e do contratualismo social, tendo por fundamento a razão, a capacidade de valoração moral e autodeterminação do indivíduo.

Ingo Sarlet, destaca a importância de Emmanuel Kant, filósofo da era moderna, na elaboração do conceito da dignidade da pessoa humana:

Foi, contudo, com Immanuel Kant, cuja concepção de dignidade parte da autonomia ética do ser humano, que, de certo modo, se completa o processo de secularização a dignidade, que, de vez por todas, abandonou suas vestes sacrais.⁵⁷

Em uma concepção liberal, Kant, em sua obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, afirma que a racionalidade era a diferença específica do homem para os outros seres, concluiu que era em virtude da razão que o ser humano deveria ser considerado em fim em si mesmo. E o homem sendo um fim em si mesmo, não pode ser considerado como uma coisa ou utilizado como forma de obtenção de qualquer objetivo.

O homem, e, duma maneira geral, todo ser racional, existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que dirigem a outros seres racionais ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como um fim ... Portanto, o valor de todos os objetos que que possamos adquirir pelas nossas ações é sempre condicional. Os seres cuja existência depende não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm, contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, que dizer, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio (e é um objeto de respeito).⁵⁸

Logo, a dignidade da pessoa, na visão kantiana, é produto da autonomia decorrente da razão e liberdade humana. Ainda no pensamento kantiano que todas

⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Revista Ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 84.

⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Revista Ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 101.

⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Revista Ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 103.

as ações que conduzam à coisificação do ser humano, como um instrumento de satisfação de outras vontades, são proibidas por absoluta afronta à dignidade da pessoa humana.⁵⁹

São diversos os momentos históricos que foi rompido os limites que conduziam ao respeito da dignidade da pessoa humana, em decorrência da escravidão, da inquisição, e da exterminação de seres humanos, como exemplo praticados no decorrer da Segunda Guerra Mundial.⁶⁰

Ao longo do século XX, a dignidade da pessoa humana se torna um objetivo político, um fim a ser buscado pelo Estado e pela sociedade. Após a 2ª Guerra Mundial, a ideia de dignidade da pessoa humana migra paulatinamente para o mundo jurídico, em razão de dois movimentos. O primeiro foi o surgimento de uma cultura pós positivista, que reaproximou o Direito da filosofia moral e da filosofia política, atenuando a separação radical imposta pelo positivismo normativista. O segundo consistiu na inclusão da dignidade da pessoa humana em diferentes documentos internacionais e Constituições de Estados democráticos.⁶¹

Diante da dizimação de milhões de pessoas, sob o pretexto de uma suposta superioridade racial, cometidas na Segunda Grande Guerra pelo nazismo, impôs-se à comunidade internacional o resgate das noções de Direitos Humanos, iniciando-se, assim, os trabalhos que redundaram na “Declaração Universal dos Direitos do Homem”. Piovesan, em sua obra, destaca que:

Muitos dos direitos que hoje constam do ‘Direito Internacional dos Direitos Humanos’ surgiram apenas em 1945, quando, com as implicações do holocausto e de outras violações de direitos humanos cometidas pelo nazismo, as nações do mundo decidiram que a promoção de direitos humanos e liberdades fundamentais deve ser um dos principais propósitos da Organização das Nações Unidas.⁶²

Com o fim da Guerra, a história humana se viu diante do mais desumano ato de crueldade realizado por outros seres humanos, o mundo ainda estava aterrorizado, quando ocorreu a destruição causada pela bomba sobre as cidades de Hiroshima e

⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Revista Ampliada. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2001.

⁶⁰ NUNES, Rizzato. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. 3. ed. Revista ampliada. São Paulo: Saraiva. 2010.

⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. “**Aqui, lá em todo lugar**” **A dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional**. Separata das Revistas dos Tribunais, ano 101, v. 919, maio 2012.

⁶² BILDER. Apud. PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 66.

Nagasaki. Neste contexto, foi criada a Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945, principal instituição internacional presente até os dias de hoje, principalmente quando o assunto é intervenção, mediação e medidas de âmbito global.

Um dos principais documentos elaborados pela ONU foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que trouxe princípios a serem seguidos por todos os países membros e signatários da referida organização.⁶³

Foi a primeira vez que o mundo se rende a ditames internacionais, inserindo os direitos humanos e a dignidade humana nos textos internos de cada país, ressaltando que a positivação e adequação dos direitos internos de cada país denominam-se direitos fundamentais.⁶⁴

Marcada pela universalidade e indivisibilidade dos direitos fundamentais, a Declaração Universal dos Direitos Humanos assegura que a condição de pessoa é o único requisito para a titularidade dos direitos por ela proclamados, e considera o ser humano como um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade, esta como valor intrínseco à condição humana.⁶⁵

Ainda sobre a Declaração Universal dos Direitos do Homem, Bobbio destaca que:

A declaração Universal dos Direitos do Homem representa a manifestação da única prova através da qual um sistema de valores pode ser considerado humanamente fundado e, portanto, reconhecido: e essa prova é consenso geral acerca da sua validade. [...] Somente depois da Declaração Universal é que podemos ter a certeza histórica de que a Humanidade - toda a humanidade - partilha alguns valores comuns; e podemos, finalmente, crer na universalidade dos valores, no único sentido em que tal crença é historicamente legítima, ou seja, no sentido em que universal significa não algo dado objetivamente, mas algo subjetivamente acolhido pelo universo dos homens.⁶⁶

A proclamação universal da dignidade humana como valor supremo é prevista na Declaração Universal dos Direitos do Homem no seu artigo 1.º "Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos e, dotados que são de razão e consciência, devem comportar-se fraternalmente uns com os outros".

O iluminar da razão se faz mesmo aos trancos, com lutas e solavancos. Porém, é possível identificar 'por detrás' dos fatos, elementos normativos do

⁶³ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. 10. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

⁶⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁶⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁶⁶ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. 10. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 26-28.

progresso e da razão humana. Assim, não é possível falar – não deve ser possível falar – em sistema jurídico legítimo que não esteja fundado na garantia da intangibilidade da dignidade da pessoa humana. É que há uma evolução construtiva da razão ética-jurídica que impõe essa conduta. Independente dos demais aspectos [...] o que a experiência nos trouxe a partir da segunda metade do século XX com o genocídio nazista da 2ª Grande Guerra foi essa consciência.⁶⁷

Destarte, Sarlet em sua definição sobre a dignidade da pessoa humana:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.⁶⁸

Com o conceito adotado por Sarlet que propõe uma conceituação jurídica para a dignidade da pessoa, percebe-se que onde não existir respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde o poder se apresenta ilimitado, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade em direitos e dignidade e os direitos fundamentais não obtiveram reconhecimento e o mínimo de garantia, não haverá espaço para a dignidade humana e a pessoa, por sua vez, poderá ser tida como um mero objeto de arbítrio e injustiças.⁶⁹

2.2 O Estado Democrático de Direito e Dignidade da Pessoa Humana

A estrutura de um Estado, sua forma de governo e os modos de aquisição do poder de governar, bem como a distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos são disciplinados por sua Constituição, lei suprema e fundamental. Para que um Estado seja considerado democrático faz-se necessário reconhecer os direitos fundamentais no seu sistema constitucional.

Os direitos fundamentais e a democracia se encontram em um condicionamento recíproco, formando uma simbiose, em que um se constitui

⁶⁷ NUNES, Rizatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. 3. ed. Revista ampliada. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 34.

⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Revista Ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 60.

⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Revista Ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

pré-requisito do outro. A democracia pressupõe respeito aos direitos fundamentais [...] Os direitos fundamentais são um importante vetor para a interpretação do regime democrático.⁷⁰

Seguindo a mesma afirmação sobre a democracia e direitos humanos referente a Declaração de Viena, Gilberto Vergne Sabóia diz que “o parágrafo 8º da Declaração foi particularmente feliz em sublinhar a relação essencial e a interdependência que existe entre democracia, desenvolvimento e direitos humanos”.⁷¹ Bobbio na sua obra *A Era dos Direitos*, destaca que:

A princípio, a enorme importância do tema dos direitos do homem depende do fato de ele estar extremamente ligado a dois problemas fundamentais do nosso tempo, a democracia e a paz. O reconhecimento e a proteção dos direitos do homem são a base das constituições democráticas, e, ao mesmo tempo, a paz é o pressuposto necessário para a proteção efetiva dos direitos do homem em cada Estado e no sistema internacional. [...] Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e efetivamente protegidos não existe democracia, [...].⁷²

A ideia de democracia surge na Grécia, no século IV a.C, onde a participação no governo estava restrita aos proprietários de terra, uma minoria da população. Aristóteles e Platão viram na liberdade e na igualdade os pilares do ideal democrático. O cristianismo deu legitimidade ao ideal democrático quando pregou a igualdade de todos os homens, como filhos de um mesmo Deus. Desta forma, alguns defende a concepção que o fundamento do ideal democrático é a igualdade, já outros defendem a liberdade.⁷³ A dignidade da pessoa vincula-se aos valores da liberdade e da igualdade, os quais se integram e são fundamentados em um discurso de consentimento e consenso.⁷⁴

O surgimento do conceito de dignidade da pessoa humana, no século XVIII, pautada pelas ideias iluministas, surge como a finalidade última das democracias. A democracia tem o seu fundamento no homem e nele está sua finalidade maior, a dignidade da pessoa vem a ser o núcleo central e referencial do regime político

⁷⁰ AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 95.

⁷¹ SABÓIA. Apud. PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 235.

⁷² BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. 10ª tiragem. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 203.

⁷³ HERKENHOFF, João Batista. **Curso de Direitos Humanos**. 1. ed. São Paulo: Acadêmica, 1994.

⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. “**Aqui, lá em todo lugar**” **A dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional**. São Paulo: Separata das Revistas dos Tribunais, ano 101, v. 919, maio 2012.

democrático.⁷⁵ Como assevera Sarlet com a citação de Castro: “o Estado Constitucional Democrático da atualidade é um Estado de abertura constitucional radicado, no Princípio da dignidade do ser humano”.⁷⁶

Para tal pode-se concluir que a dignidade da pessoa humana é não apenas um princípio fundamental da democracia, mas também um valor fundante do regime político que tem como finalidade garantir ao homem uma estrutura sociopolítica destinada a permitir-lhe realizar-se como ser livre, vocacionado a viver segundo as suas opções concertadas com os demais em igualdade de condições para que cumpra o seu destino, é que a dignidade da pessoa humana emerge como superlei pré-estatal, que se põe no sistema constitucional como princípio fundamental matricial de todas as demais normas, quer de princípio, quer de preceito, que se conjuguem na formulação constituinte.⁷⁷

Quando o Estado não faz a opção democrática não se obriga ao princípio da dignidade da pessoa humana, tornando o Estado fim e o homem meio, e esse, conforme os conceitos de Emmanuel Kant tem um preço e não uma dignidade.⁷⁸ Como afirma Jorge Miranda:

A Constituição confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema dos direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade da pessoa humana, ou seja, na concepção que faz a pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado.⁷⁹

Isto significa que é contrário ao Estado Democrático de Direito qualquer ato que não tenha como fundamento a dignidade da pessoa humana. É a noção de dignidade e indignidade que possibilitou pensar, organizar e desenvolver os direitos humanos.

2.3 A Constituição Brasileira de 1988 e a Dignidade da Pessoa Humana

Dentre os fundamentos que alicerçam o Estado Democrático de Direito brasileiro, destacam-se na Constituição Federal de 1998 no seu título I, Dos princípios fundamentais:

⁷⁵ NUNES, Rizatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. 3. ed. Revista ampliada. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Revista Ampliada. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2001. p. 300.

⁷⁷ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social**. Revista Interesse Público, n. 4, set./dez., 1999. p. 8.

⁷⁸ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social**. Revista Interesse Público, n. 4, set./dez., 1999.

⁷⁹ MIRANDA. Apud. PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 86.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.⁸⁰

No Brasil, o princípio da dignidade da pessoa humana presente na Constituição da República de 1988, ocorre de maneira inédita, uma vez que nos textos constitucionais anteriores não havia menção ao princípio. Ali, ele é posto como fundamento da própria organização política do Estado Democrático de Direito nos termos do qual se estrutura e se dá a desenvolver, legitimamente, a República Federativa do Brasil.

Os princípios estruturantes são aqueles que representam o arcabouço político fundamental constitutivo do Estado e sobre os quais se assenta todo o ordenamento jurídico. [...] é de indicar que no Sistema Constitucional Brasileiro é Princípio estruturante o Estado de Direito Democrático e entendemos que também o é o da Dignidade da Pessoa Humana, uma vez que nossa ordem democrática reconhece a Dignidade como elemento fundamental do Sistema Jurídico Nacional.⁸¹

A constitucionalização do princípio da dignidade da pessoa humana retrata uma modificação parcial dos textos fundamentais dos Estados contemporâneo traduz um novo momento do conteúdo do Direito, o qual tem a sua vertente no valor supremo da pessoa humana considerada em sua dignidade incontornável, inquestionável e impositiva.⁸²

No atual diploma Constitucional pensamos que o principal direito fundamental constitucionalmente garantido é o da dignidade da pessoa humana. É ela, a dignidade, o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarda dos direitos individuais [...] É a dignidade que dá a direção, o comando a ser considerado primeiramente pelo intérprete.⁸³

Consoante à lição da Ministra do E. Supremo Tribunal Federal Carmem Lúcia Antunes Rocha:

⁸⁰ BRASIL. **Constituição Federal**. 35. ed. Brasília: Edições Câmara, 2012.

⁸¹ NUNES, Rizatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. 3. ed. Revista ampliada. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 44.

⁸² ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social**. Revista Interesse Público, n. 4, set./dez., 1999.

⁸³ NUNES, Rizatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. 3. ed. Revista ampliada. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 49.

Sem dignidade não há democracia e sem esta todos os fundamentos constitucionais da organização política da sociedade brasileira são postos por terra e a Constituição, de Carta da Libertação torna-se Lei de Libertos, válida somente para quem esse estágio já atingiu, mas que os tornam cúmplices de todas as formas de indignidades contra todos os outros. Sem o respeito à dignidade da pessoa humana também não há que se cogitar de Poder exercido legitimamente, pois a legitimidade tem sua única expressão no homem respeitado em sua essência e em sua transcendência de ser dado a superar-se para remeter-se a si mesmo como fonte de certeza do outro e para o outro.⁸⁴

Ainda,

Contra todas as formas de degradação humana emergiu como imposição do Direito justo o princípio da dignidade da pessoa humana. A degradação encontra sempre novas formas de se manifestar; o Direito há de formular, paralelamente, novas formas de se concretizar, assegurando que a Justiça não se compadeça do aviltamento do homem ou da desumanização da convivência.⁸⁵

Conforme destacado, a Carta Magna de 1998 aderiu a Declaração Universal dos Direitos Humanos, contendo em seu texto constitucional como princípios norteadores do ordenamento jurídico os direitos fundamentais. É importante acrescentar que, a dignidade da pessoa humana subordina todas as pessoas, órgãos públicos e privados o dever de respeito e proteção. A dignidade da pessoa humana é a base a ser acatada na elaboração, interpretação e na aplicação das normas jurídicas.

2.4 A Dignidade da Mulher e Direitos Fundamentais

No que concerne aos direitos humanos da mulher, assunto de extrema relevância visto que na história da humanidade foi necessário um longo período para que as mulheres fossem reconhecidas como sujeito de direitos humanos, além de que no mundo inteiro os direitos das mulheres são violados em maior ou menor grau.

Várias são a discussão sobre a dignidade da mulher e a desigualdade de gênero e neste sentido ressalta-se que os instrumentos internacionais são muito relevantes para o debate, uma vez que evidentemente constituem fonte para os direitos humanos no direito interno. Com base nos documentos e nas Convenções

⁸⁴ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social**. Revista Interesse Público, n. 4, set./dez., 1999. p. 9.

⁸⁵ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social**. Revista Interesse Público, n. 4, set./dez., 1999. p. 2.

internacionais os países aprimoram seu ordenamento jurídico interno de tutela aos direitos das mulheres.⁸⁶

Destaca-se que apenas na Conferência de Direitos Humanos de 1993 é que os direitos das mulheres ganharam o status de direitos humanos. No âmbito interno, a Comissão de Interamericana de Direitos Humanos ao final do processo do conhecido caso “Maria da Penha” – que ajuizou ação contra o Brasil junto a Comissão, devido a morosidade de decisão judicial após sofrer tentativa de homicídio por parte do marido no ano de 1983 – que concluiu que o país descumpriu dois tratados internacionais dos quais é signatário: a Convenção Americana de Direitos Humanos e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra Mulher.⁸⁷

A decisão final do processo declarou que o Brasil tem sido negligente e omissivo em relação ao combate da violência doméstica contra a mulher e determinou que no caso da Maria da Penha, se cumprissem os procedimentos criminais contra o agressor e recomendou pagamento de uma indenização à vítima pelo Brasil.⁸⁸

Além disso, outro fato importante a ser destacado foi a recomendação que o Estado Brasileiro deve reformar o sistema legislativo nacional, a fim de mitigar a tolerância estatal a violência doméstica contra a mulher, bem como desenvolver políticas públicas voltadas para a mulher.

Tratando sobre a relação privada de violência contra a mulher, Sabadell destaca que “é um aspecto central da cultura patriarcal [...] é uma forma de violência física e/ou psíquica, exercida pelos homens contra as mulheres no âmbito das relações de intimidade e manifestando um poder de posse de caráter patriarcal”.⁸⁹

Ainda Sabadell, com relação às relações laborais as mulheres ganham salários inferiores aos dos homens apesar de realizar as mesmas atividades e possuírem a mesma escolaridade, além de ter maior dificuldade em obter trabalho e serem as maiores vítimas de assédio sexual no ambiente de trabalho.⁹⁰

⁸⁶ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁸⁷ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁸⁸ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁸⁹ SABADELL, Ana Lucia. **Manual de Sociologia Jurídica: Introdução a uma leitura externa do Direito**. 3. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos tribunais, 2005. p. 235.

⁹⁰ SABADELL, Ana Lucia. **Manual de Sociologia Jurídica: Introdução a uma leitura externa do Direito**. 3. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos tribunais, 2005. p. 235.

São inúmeros os casos que possibilitam a conclusão que as diversas formas de opressão e discriminação as mulheres necessitam de verdadeiros direitos humanos sem distinção de homens e mulheres e que a dignidade da mulher seja garantida.

CAPÍTULO III - COLISÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1 O Princípio da Proporcionalidade

Continuamente todos os indivíduos exercem direitos fundamentais sem ao menos se ater a isso, apenas a sua relevância é percebida e adquire importância prática quando o exercício do direito constitucional for obstruído ou mesmo limitado.

[...] o estudo dos direitos fundamentais carece de utilidade prática e de profundidade teórica [...] a relevância prática quando são reunidas duas condições. Primeiro, a presença de um óbice em relação ao exercício do direito; [...] Segundo, o aludido óbice ou intervenção estatal deve decorrer de norma de grau imediatamente inferior à Constituição. [...] Quando são reunidas essas condições temos uma situação de conflito [...].⁹¹

É fato que com a diversidade de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, favorece uma grande possibilidade dos direitos entrarem em colisão, dependendo do caso concreto. Isso se deve a complexidade das sociedades modernas que contem em seus textos constitucionais valores e interesses que por vezes entram em divergência.⁹²

Destaca Walber Agra, sobre os direitos fundamentais:

Nenhum direito fundamental é absoluto – embora Norberto Bobbio afirme que o qualificativo de absoluto cabe a pouquíssimos direitos, como a vedação à escravidão e à tortura- eles são limitados pelas demais prerrogativas constantes na Constituição e pelas demais normas infraconstitucionais que delimitam o seu sentido. As leis infraconstitucionais não podem cercear os direitos fundamentais, mas funcionam como regulamentações para a concretização, expressando o modo de aplica-los [...].⁹³

Na afirmação de Bobbio nenhum direito é absoluto, confirmando a assertiva na própria Constituição, a qual autoriza algumas situações a exemplo no que se refere ao direito à vida como a Pena de Morte autorizada excepcionalmente em “Estado de Guerra”, ou ao aborto, resultante de crime de estupro.

⁹¹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 1. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2007. p. 133.

⁹² BARROSO, Luís Roberto. **“Aqui, lá em todo lugar” A dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional**. Separata das Revistas dos Tribunais, ano 101, v. 919, maio 2012.

⁹³ AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

Segundo Robert Alexy “os direitos humanos são direitos abstratos. [...], por exemplo, à liberdade e à igualdade, [...] e inevitavelmente colidem com outros direitos humanos e com bens coletivos como a proteção do meio-ambiente e a segurança pública”.⁹⁴ A colisão desses direitos pode ser analisada em dois aspectos: o primeiro seria a colisão entre os próprios direitos fundamentais; e o segundo, o choque entre esses direitos e outros valores previstos na Constituição.

Walber Agra, ainda destaca que:

Um dos principais vetores para a limitação dos direitos fundamentais é o interesse público, obedecendo ao princípio do bem comum. A utilização excessiva do direito fundamental não pode afrontar os interesses da coletividade, devendo prevalecer uma interpretação no sentido de que o direito não seja obnubilado nem o interesse público seja prejudicado.⁹⁵

Fernanda Matielo enfatiza a afirmação de Mazzarese sobre os conflitos entre direitos fundamentais, que “derivam da proteção de interesses sociais diversos e/ou valores conflitantes que os direitos fundamentais tendem a atuar” e apresenta dois dos principais tipos de conflitos existentes entre direitos fundamentais, os conflitos que derivam de diversas concessões e de divergência de valores e os conflitos que derivam da impossibilidade de tutela ou atuação de um direito sem violar o outro, “ou ao menos sem delimitar uma possível efetivação”.⁹⁶

Com efeito, Alexy apud Matielo adverte que [...] as colisões de princípios devem ser resolvidas de forma totalmente distinta. Quando dois princípios entram em colisão [...], um dos dois princípios tem que ceder ante o outro.⁹⁷ Mas isso não significa declarar inválido o princípio desprezado, nem que tenha que se introduzir no princípio desprezado uma cláusula de exceção. Ao contrário, o que acontece é que, sob certas circunstâncias, um dos princípios precede ao outro. Sob outras condições, a questão da precedência pode ser solucionada de forma inversa.

⁹⁴ ALEXY, Robert. **Princípios Formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito**. Alexandre G. Trivisonno, Aziz T. Saliba, Monica S. Lopes (orgs.). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 100.

⁹⁵ AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 133.

⁹⁶ MATIELO, Fernanda Demarchi. **Ponderação e Direitos Fundamentais: a questão do controle de racionalidade**. 2007. Dissertação (Mestrado) Universidade Luterana do Brasil, Programa de Pós Graduação e Direito, Canoas. p. 41.

⁹⁷ ALEXY. Apud. MATIELO, Fernanda Demarchi. **Ponderação e Direitos Fundamentais: a questão do controle de racionalidade**. 2007. Dissertação (Mestrado) Universidade Luterana do Brasil, Programa de Pós Graduação e Direito, Canoas. p. 89.

Muito embora a solução para o conflito entre direitos fundamentais possa ser resolvida no âmbito legislativo, quando há previsão constitucional de restrição legislativa, ou seja, através da reserva de lei, é no âmbito do judiciário que se encontra a maior parcela de casos, haja vista que a maioria dos direitos fundamentais dispostos na Magna Carta não possui restrição direta, remetendo ao intérprete a função de afastar um dos direitos colidentes através do processo interpretativo, ou também chamado, hermenêutico constitucional.⁹⁸

Nesse contexto, para solução da colisão de direitos fundamentais, necessário se faz estabelecer uma restrição a um dos direitos em conflito através da aplicação da proporcionalidade. Com a existência de conflitos de direitos em alguns casos fáticos, o princípio da proporcionalidade visa evitar excessos, impedindo a desproporção entre meios e os fins a serem alcançados.

Para tanto, parte-se de três elementos básicos: o objetivo almejado deve ser condizente com a ordem constitucional e moralmente defensável; os meios escolhidos devem ser adequados para a execução do objeto, proporcionando uma simetria entre ele e os meios para a sua consecução; e a situação fática deve favorecer o objeto previsto, ou seja, a realidade e as circunstâncias que cercam o objeto devem justificar a sua escolha e os meios de sua execução.⁹⁹

Ainda, Pedro Lenza ao expor a doutrina de Karl Larenz sobre o princípio da proporcionalidade, esclarece:

Utilizado, de ordinário, para aferir a legitimidade das restrições de direitos – muito embora possa aplicar-se, também, pra dizer do equilíbrio na concessão de poderes, privilégios ou benefícios, o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positivação jurídica, inclusive de âmbito constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral de direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico.¹⁰⁰

Denota-se que o princípio da proporcionalidade foi elaborado inicialmente pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, e é também chamado de princípio da razoabilidade, na terminologia anglo-americana. O seu propósito propõe evitar que as prioridades eleitas pela Constituição Federal sejam feridas ou até mesmo

⁹⁸ MATIELO, Fernanda Demarchi. **Ponderação e Direitos Fundamentais: a questão do controle de racionalidade**. 2007. Dissertação (Mestrado) Universidade Luterana do Brasil, Programa de Pós Graduação e Direito, Canoas.

⁹⁹ AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 134.

¹⁰⁰ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 75.

esvaziadas, por ato legislativo, administrativo e/ou judicial que exceda os limites e avance, sem permissão na seara dos direitos fundamentais.¹⁰¹

Com efeito, para o sistema jurídico brasileiro, a proporcionalidade representa um princípio instrumental de interpretação constitucional. Nesse sentido, a interpretação constitucional assume grande importância para o Direito em razão das normas constitucionais representarem um sistema aberto de regras e princípios, em que a Constituição deve ser compreendida como um sistema normativo amplo, dinâmico e intimamente ligado à realidade social.

A interpretação das normas constitucionais é um conjunto de métodos, desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência com base em critérios ou premissas (filosóficas, metodológicas, epistemológicas) diferentes, mas, em geral, reciprocamente complementares.¹⁰²

Assim, o processo interpretativo faz parte da aplicação do Direito e principalmente da concretização e efetivação do texto constitucional, uma vez que “sem interpretação o texto é uma mera expressão gráfica posta no mundo, uma justaposição de significantes e enunciados linguísticos sem importância para a vida social”.¹⁰³ A atividade interpretativa representa uma forma de interação entre o texto constitucional e a realidade social, em que a “interpretação e aplicação é que dão sopro vital à Constituição”.¹⁰⁴

Nesse sentido, a proporcionalidade é considerada pelo jurista como um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por permitir o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e por funcionar como a medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto, para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema. O princípio pode operar, também, no sentido de permitir que o juiz gradue o peso da norma, em

¹⁰¹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 1. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2007.

¹⁰² CANOTILHO. Apud. LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 69.

¹⁰³ STEINMETZ. Apud. MATIELO, Fernanda Demarchi. **Ponderação e Direitos Fundamentais: a questão do controle de racionalidade**. 2007. Dissertação (Mestrado) Universidade Luterana do Brasil, Programa de Pós Graduação e Direito, Canoas. p. 56.

¹⁰⁴ STEINMETZ. Apud. MATIELO, Fernanda Demarchi. **Ponderação e Direitos Fundamentais: a questão do controle de racionalidade**. 2007. Dissertação (Mestrado) Universidade Luterana do Brasil, Programa de Pós Graduação e Direito, Canoas. p. 56.

determinada incidência, de modo a não permitir que ela produza um resultado indesejado pelo sistema, assim fazendo a justiça no caso concreto.¹⁰⁵

Para a interpretação pelo princípio da proporcionalidade são examinadas a adequação, necessidade e ponderação, sendo a adequação auferida em relação aos fins mediatos e imediatos da persecução, e diz respeito à aptidão que determinado meio tem de alcançar o fim pretendido.¹⁰⁶

O exame da necessidade, defende a utilização de meio que menos interfira em direitos fundamentais. Busca-se alcançar o fim pretendido de maneira menos gravosa, avaliando-se de forma rígida a necessidade real de interferência em direitos fundamentais, e a possibilidade de se alcançar o pretendido utilizando-se de meios mais brandos.¹⁰⁷

Por fim a proporcionalidade em sentido estrito (*stricto sensu*) onde a importância da intervenção no direito fundamental deve estar justificada pela importância da realização do fim perseguido pela intervenção legislativa. Nestes termos a colisão entre os direitos fundamentais afetados e os princípios (objetivos, princípios, direitos, deveres, garantias, interesses e bens constitucionais), colisão esta que deve ser resolvida pela ponderação. Sobre o valor dos entes colidentes, vê-se os pesos argumentativos presuntivos, que demandam a apresentação de contra-argumentos para os argumentos ou razões favorecidos com as presunções, levando-se, sempre, em consideração as circunstâncias do caso concreto (*idem*).

A proporcionalidade em sentido estrito sugere o uso da metáfora da balança, na qual se realiza uma ponderação de valores e bens jurídicos, avaliando o respectivo peso e devendo prevalecer aquela que, na situação concreta, apresenta a maior urgência ou importância.¹⁰⁸

Enfatiza Walber Agra que o princípio da proporcionalidade não é “um limitador das liberdades constitucionais; muito pelo contrário, sua missão é protegê-las e implementá-las, restringindo a liberdade individual quando ela afronta o interesse coletivo e o bem comum”.¹⁰⁹

¹⁰⁵ BARROSO, Luís Roberto. “Aqui, lá em todo lugar” **A dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional**. São Paulo: Separata das Revistas dos Tribunais, ano 101, v. 919, maio 2012.

¹⁰⁶ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 1. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2007.

¹⁰⁷ AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

¹⁰⁸ DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 1. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2007. p. 224.

¹⁰⁹ AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 135.

3.2 Liberdade de Expressão versus Dignidade da Pessoa Humana

Como citado em capítulo anterior, verifica-se que após a ditadura militar foi dada pelo poder Constituinte ampla proteção à liberdade de expressão, sendo citada a palavra “expressão” ou “expressões” algumas vezes no texto constitucional como referência à proteção jurídica dada à liberdade de manifestação sociocultural:

Art. 5º, IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

[...]

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I – as formas de expressão;

[...]

Art. 216-A, § 1º. O Sistema Nacional de Cultura fundamenta-se na política nacional de cultura e nas suas diretrizes, estabelecidas no Plano Nacional de Cultura, e rege-se pelos seguintes princípios: I – diversidade das expressões culturais;

[...]

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.¹¹⁰

A liberdade de expressão, constitui um dos pilares da Democracia, assim como a dignidade da pessoa humana. Porém, a dignidade da pessoa configura-se como um direito fundamental de suma importância, uma vez que repercute sobre todo o ordenamento jurídico. A tutela dos direitos de todos os cidadãos pressupõe que seja respeitada, em primeiro lugar, a dignidade da pessoa humana. Nesse aspecto, essencial é o papel do Estado para que os indivíduos tenham condições mínimas para viver com dignidade. Essa sim, foi a preocupação principal do legislador constituinte, cuidando para que o Estado proporcione condições de existência digna aos cidadãos.¹¹¹

Desta forma, destacado a importância destes dois direitos fundamentais, da liberdade de expressão e da dignidade da pessoa humana, enfatiza que em decorrência da complexidade da sociedade atual, em alguns momentos os direitos fundamentais entram em colisão, o que tem gerado demandas jurídicas cada dia maior.

¹¹⁰ BRASIL. **Constituição Federal**. 35. ed. Brasília: Edições Câmara, 2012.

¹¹¹ NUNES, Rizzato. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. 3. ed. Revista ampliada. São Paulo: Saraiva. 2010.

Como exemplo cita-se o caso da referida Ação Civil Pública, as letras de duas canções de funk, “Tapinha” e “Tapa na Cara”, que foram levadas ao crivo do Poder Judiciário, que chegou a reprimir a expressão de uma delas, intitulada “Tapinha”, produzida por Furação 2000 Produções Artísticas Ltda.

Não são raras as vezes em que se contrapõem esses dois direitos fundamentais. A liberdade de expressão demarca pensamentos filosóficos, posições político partidárias, preferências esportivas, entre outras, mas essa mesma liberdade também ocasiona a vinculação de mensagem ofensiva, de cunho preconceituoso, por vezes incentivo a violência contra raça, etnia, gênero.¹¹² Os grupos que sofrem essa violação de direitos clamam pela limitação dessa liberdade ou por uma repressão ao seu abuso, principalmente quando se sentem vítimas de investidas de caráter vexatório, atingindo a sua dignidade.

O ambiente virtual da internet tem sido alvo de vários questionamentos sobre os impactos da liberdade de expressão, devido a sua instantaneidade e o seu anonimato que favorecem práticas abusivas de maiores proporções.¹¹³ Contudo, não apenas os espaços da internet são meios de manifestação e divulgação de pensamentos, de ideias, ideologias, de expressão pessoal, existem outros que nem sempre recebe a devida atenção como é o caso das letras de músicas.

Seguramente, o conteúdo de toda canção recebe proteção jurídica não apenas pelo direito à liberdade de expressão, mas porque o ordenamento brasileiro também protege especificamente a expressão artística e cultural. Mas isso, noutra mão, não exclui, por si só, a possibilidade de que, dadas as circunstâncias, o conteúdo expresso numa manifestação artística musical possa gerar conflitos, não apenas de ordem moral ou social, mas eminentemente jurídicos.

Nesse sentido, alguns aspectos devem ser devidamente analisados no contexto sociocultural da música brasileira, especialmente quando o conteúdo de canções populares pode revelar uma feição ofensiva à etnia, à idade, à origem e, principalmente, ao gênero sexual de uma pessoa, de um grupo ou de sujeitos difusos.

¹¹² LOPES, Maria de Lurdes. **Informação e Liberdade de Expressão na internet e a violação de Direitos Fundamentais: Comentários em meios de comunicação online**. Texto do Colóquio na Procuradoria-Geral da República. 2014.

¹¹³ LOPES, Maria de Lurdes. **Informação e Liberdade de Expressão na internet e a violação de Direitos Fundamentais: Comentários em meios de comunicação online**. Texto do Colóquio na Procuradoria-Geral da República. 2014.

E esse confronto ganha maior relevância quando está em evidência a ofensa às “minorias”.¹¹⁴

Ao gerar uma demanda jurídica possível é a aplicação do princípio da proporcionalidade, que após a análise da situação em tese, parte-se para a verificação de um caso concreto, como a ocorrência da decisão judicial sobre a veiculação das músicas “Tapinha” e “Tapa na Cara”.

Em tempo, adiantem-se alguns argumentos constantes do parecer proferido pela Procuradoria Regional da República, órgão do Ministério Público Federal, ao entender que, a partir de letras de músicas como a citada:

[...] incute-se na mentalidade coletiva ‘não ser tão errado’ praticar atos de violência como os narrados nas canções, por constituírem forma de prazer em que ‘aceitação’ ou ‘pedido’ da vítima justificariam a prática da barbárie. E não há que se vislumbrar qualquer eiva aos princípios constitucionais da democracia e do Estado de Direito na ação que visa a responsabilizar excessos de linguagem. A mídia utiliza-se do emblema ‘censura’ como carta de alforria absoluta, arvorando-se o direito de veicular sons e imagens sem qualquer critério de utilidade social, necessidade coletiva e atendimento ao bem-estar geral. Ora, mesmo o repúdio geral à censura não implica irrestrita possibilidade de divulgação e comunicação de tudo; há de se ponderar todos os demais direitos fundamentais, sob pena de o cidadão ficar refém de mídia onipotente, visando apenas a lucro (vendas), sem o cumprimento de escopos coletivos, insculpidos em tratados internacionais, na Constituição Federal e em diplomas legais. No caso, podem parecer inofensivas, ou apenas de mau gosto para uns e advertidas a outros as letras e músicas em tela, mas incutem e traduzem vícios, violência, transgressões, desrespeito, desprezo, preconceito de gênero, aumentando as tensões sociais em vez de gerar a paz. Encontra-se o julgador entre os dois caminhos: ou permite que o mercado midiático aja livre e inconsequentemente, regido somente pelo lucro, ou cumpre sua função social de coarctar e impor limites a práticas abusivas e perniciosas à dignidade da pessoa humana, respeitando e fazendo respeitar a Constituição Federal e os direitos fundamentais da cidadania, em especial – neste caso – das mulheres.

No processo, ocorreu a condenação da produtora da canção, em decisão de primeiro grau da Justiça Federal, que foi revertida, porém, com posterior absolvição, em julho de 2013, no Tribunal Federal da 4^o Região. A decisão, porém, não foi unânime e permitiu a reanálise pelos embargos infringentes na 2^a Seção, o julgamento foi concluído no dia 15 de outubro de 2015, com o voto de desempate da desembargadora federal Maria de Fátima Freitas Labarrère. Venceu a tese do desembargador federal Luiz Alberto d’Azevedo Aurvalle, que concluiu:

¹¹⁴ LOPES, Maria de Lurdes. **Informação e Liberdade de Expressão na internet e a violação de Direitos Fundamentais: Comentários em meios de comunicação online**. Texto do Colóquio na Procuradoria-Geral da República. 2014.

Até mesmo uma lei especial [Lei Maria da Penha - 11.340/2006] e investimentos de conscientização foram e são necessários porque persiste enraizada na sociedade brasileira inconcebível violência contra a mulher. Nessa perspectiva, músicas e letras como 'Tapa na Cara' e 'Tapinha' não se mostram simples sons de gosto popular ou 'narrativas de relações privadas íntimas' ou 'manifestação artística' de prazer feminino masoquista, mas abominável incitação à violência de gênero ou aval a tais criminosas e nefastas condutas.

O conflito entre a efetivação da liberdade de expressão e a dignidade da mulher, tais valores fundamentais, liberdade e dignidade, precisam ser compatibilizados na estrutura social. Isso porque nenhum direito é absoluto, como já destacado.

Atualmente, existe uma grande dificuldade em tratar sobre limites à liberdade de expressão, uma vez que isso acaba sendo comumente associado à ideia de censura, a qual, por sua vez, é frequentemente ligada ao autoritarismo político, controle estatal, repressão, sufocamento social, violência contra a democracia, retrocesso, medida fascista, típica de Estado totalitário, entre outras visões. Como destaca no acórdão, o desembargador Luiz Alberto d'Azevedo Aurvalle:

Mesmo o repúdio geral à censura não implica irrestrita possibilidade de divulgação e comunicação de tudo. Deve-se ponderar todos os demais direitos fundamentais, sob pena de o cidadão ficar refém de mídia onipotente, visando apenas ao lucro, sem o cumprimento de escopos coletivos, insculpidos em tratados internacionais, na Constituição Federal e em diplomas legais.

Cabe ao Poder Público criar instrumentos de proteção a mulher, no sentido de contribuir para a erradicação da violência de gênero e que também reprima as discriminações atentatórias contra os direitos fundamentais, sendo objetivo do Estado Democrático de Direito combater qualquer forma de preconceito de sexo, que estimulam a diferença de gênero e atentem contra a dignidade da pessoa humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É percebido que o estudo dos direitos fundamentais é permeado por uma imensidão dogmático-teórica, a pesar disto, este trabalho buscou analisar a atuação desses direitos quando em colisão entre si, especificamente entre a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana.

Em um primeiro momento, foi analisada a liberdade de expressão através de seu contexto histórico dentro dos direitos fundamentais e a formação normativa dos elementos que estão inseridos na Constituição Federal. Nesse estudo, foram relatados a natureza de tal direito fundamental.

A liberdade de expressão é um elemento fundamental no exercício da democracia, pois garante à sociedade o direito de se expressar, de informar e de ser informado. O direito de se expressar, seja artística ou cientificamente, se tornaram núcleos sensíveis de uma sociedade pluralista.

A dignidade da pessoa humana também encontra seu destaque na sociedade. Após diversas atrocidades vividas pelo ser humano ao longo da história, a exemplo da devastadora Segunda Grande Guerra, a Declaração Universal dos Direitos Humanos vem a trazer o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o qual passou a ser contemplado em muitas novas Constituições, inclusive a brasileira.

Juntamente com a liberdade de expressão, a dignidade da pessoa humana – sendo composta pelo direito à honra, à imagem, à intimidade e à vida privada, entre outros – também se consolida como um dos elementos formadores e sustentadores da democracia atual. No Brasil, por exemplo, ambos os direitos foram previstos expressamente na Carta Magna de 1988.

Para fundamentar as diversas faces da colisão dos direitos fundamentais encontradas pelo intérprete das normas utilizou-se o referencial de Alexy. Segundo este autor, esta colisão pode ocorrer na prática entre dois direitos fundamentais e entre um direito fundamental e um outro valor constitucional. O debate sobre a colisão entre a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana encontra-se inserido na primeira hipótese, onde é evidenciado o conflito entre normas do direito fundamental com o mesmo *status* normativo, tendo uma primeira norma produtora de efeitos negativos em outra norma, a qual tutela o direito de um titular diverso.

É com essa conjuntura que se encontra a celeuma jurídica presente na colisão entres esses direitos fundamentais. Não é possível, conforme Alexy, haver subsunção de uma norma em relação a outra, até porque ambas as normas em colisão tem enorme peso diante da sociedade. Assim, encontra-se no princípio da proporcionalidade o instrumento de ponderação entre os direitos colidentes.

O princípio da proporcionalidade serviu de base para uma análise específica das normas fundamentais que envolvem tanto a liberdade de expressão quanto a dignidade da pessoa humana. É visto que tal princípio é capaz de minimizar, ou harmonizar, a colisão existente entre os direitos fundamentais. Sendo um relevante momento deste estudo por se tratar de dois direitos essenciais à solidificação de um Estado Democrático.

Corroborando com o exposto, o último capítulo analisa a Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Federal e a *THEMIS* Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero visando à condenação da *SONY MUSIC ENTERTAINMENT*, a empresa *FURACÃO 2000 PRODUÇÕES ARTÍSTICAS LTDA.* ao pagamento de danos morais difusos causados às mulheres pela divulgação e circulação das músicas "Tapinha" e "Tapa na Cara". Objetivando ainda, a condenação da União em obrigação de fazer relativa à fiscalização da difusão de músicas desta espécie, bem como a dar diretrizes e orientações à mídia nacional com a finalidade de erradicação da violência contra a mulher.

Nesse caso concreto, é certo observar a aplicação do instrumento de ponderação, no acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, decorrente da interposição de embargos infringentes nº 0001233-21.2003.404.7100/RS, quando se deparam com a colisão entre a liberdade de expressão artística e a dignidade da mulher.

Torna-se clara a compreensão de que, conforme atuação do Tribunal a liberdade de expressão artística em relação aos direitos da mulher à dignidade, à honra e à imagem, entende-se que a liberdade de se expressar, não pode se sobressair diante o princípio da dignidade da pessoa humana. A dignidade da mulher teria uma primazia em relação ao direito à liberdade de expressão artística, conforme visto no julgamento do referido Embargos Infringentes.

Para os desembargadores da 2ª turma do TRF 4ª Região, em casos de exorbitância ou ilicitudes da expressão artística, amplamente tutelados pela

Constituição Federal, poderiam servir de fundamento para uma possível reparação do dano, seja na seara moral, seja na material.

Assim, indubitável concluir que, mesmo estando em discussão com outros direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana se destaca, não apenas pela sua relevância jurídica, mas também pela sua fundamental instrumentalidade dentro de uma sociedade democrática. O direito à liberdade de expressão está intrinsecamente vinculado ao respeito da dignidade da pessoa humana, no caso específico a dignidade da mulher. Assim, contra a violação a dignidade da mulher, ou da não discriminação, não é, de forma alguma, censura ou negação da liberdade de expressão. Pelo contrário, é justamente a afirmação da Constituição que garante o pleno exercício desses direitos.

REFERÊNCIAS

ADVERSE, Helton. **Parresia e isegoria: Origens político-filosóficas da liberdade de expressão**. Liberdade de expressão: as várias faces de um desafio. Venício A. de Lima, Juarez Guimarães (orgs.). São Paulo: Paulus, 2013.

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ALEXY, Robert. **Princípios Formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito**. Alexandre G. Trivisonno, Aziz T. Saliba, Monica S. Lopes (orgs.). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

AMMANN, Safira Bezerra. **Mulher: trabalha mais, ganha menos, tem fatias irrisórias de poder**. Revista de Serviço Social & Sociedade nº 55. São Paulo: Cortez, 1997.

ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **“Aqui, lá em todo lugar” A dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional**. Separata das Revistas dos Tribunais, ano 101, v. 919, maio 2012.

BÍBLIA SAGRADA. Edição Pastoral, São Paulo: Paulus, 2004.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. 10. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola e Pasquino, Gianfranco. **Dicionário de política**. 11. ed. vol. 2. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. **Constituição Federal**. 35. ed. Brasília: Edições Câmara, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Portugal: Almedina, 2003.

CARVALHO, José Murilo. **Cidadania no Brasil, o Longo Caminho**. 12. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.

COUTO, Berenice Rojas. **O Direito e a Assistência Social na Sociedade Brasileira: uma equação possível**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 1. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2007.

HERKENHOFF, João Batista. **Curso de Direitos Humanos**. 1. ed. São Paulo: Acadêmica, 1994.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES, Maria de Lurdes. **Informação e Liberdade de Expressão na internet e a violação de Direitos Fundamentais: Comentários em meios de comunicação online**. Texto do Colóquio na Procuradoria-Geral da República. 2014.

MACHADO, L.V., BOARINI, M.L. **Políticas Sobre Drogas no Brasil: a Estratégia de Redução de Danos**. v. 33, n. 3. Psicologia: Ciência e Profissão, 2013.

MATIELO, Fernanda Demarchi. **Ponderação e Direitos Fundamentais: a questão do controle de racionalidade**. 2007. Dissertação (Mestrado) Universidade Luterana do Brasil, Programa de Pós Graduação e Direito, Canoas.

MENDONÇA, Ricardo Fabrino. **A liberdade de expressão em uma chave não dualista: as contribuições de John Dewey**. Liberdade de expressão: as várias faces de um desafio. Venício A. de Lima, Juarez Guimarães (orgs.). São Paulo: Paulus, 2013.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV, direitos fundamentais. 3 ed. rev. actual. São Paulo: Coimbra, 2000.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NUNES, Rizatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. 3. ed. Revista ampliada. São Paulo: Saraiva. 2010.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social**. Revista Interesse Público, n. 4, set./dez., 1999.

SABADELL, Ana Lucia. **Manual de Sociologia Jurídica: Introdução a uma leitura externa do Direito**. 3. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos tribunais, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Revista Ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 10. ed. revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

WASELFISK, Julio Jacobo. **Mapa da Violência 2015: Homicídio de mulheres no Brasil**. 1. ed. Brasília: FLACSO Brasil. 2015.