



TEATRO: criação e construção de conhecimento

CONCEITO E LIMITE DA OBRA DE ARTE ENQUANTO EXERCÍCIO DE UM DIREITO FUNDAMENTAL

CONCEPT AND LIMIT TO THE ART WORK AS AN EXERCISE OF FUNDAMENTAL RIGHT

47

Marcus Vinícius Xavier de Oliveira¹
Universidade Federal de Rondônia
marcusoliveira@unir.br

Resumo

O presente trabalho, que tem a natureza de um ensaio, buscou enfrentar o problema acerca dos conceitos e limites à liberdade de produção artística, tendo por escopo, de um lado, demarcar o caráter urgente bem como necessário desse direito fundamental tão pouco estudado no âmbito do Direito Constitucional brasileiro, e de outro lado, tomando como referência a concepção sistêmica de Claus-Wilhelm Canaris, compreender a possibilidade jurídica de se estabelecer limites legítimos à manifestação artística, em especial a partir dos princípios da dignidade da pessoa humana e do pluralismo político. Um dos pontos centrais desse trabalho é a afirmação do caráter político que reveste toda manifestação artística – seja ela qual for –, na medida em que, de *per se*, o exercício das liberdades públicas se constituem em formas legítimas e necessárias de resistência ao Poder Político e ao senso comum. O método que guiou o presente trabalho foi o crítico, tendo como procedimento de pesquisa o bibliográfico.

Palavras-Chave: Direitos Fundamentais; liberdades públicas; obra de arte; conceito e limite; limitações aos Direitos Fundamentais.

Abstract

The present work, which has the nature of an essay, sought to address the problem of the concept and limits to the freedom of artistic production, aiming, on the one hand, to demarcate the urgency as well as necessary of this fundamental right so little studied in the scope of the Brazilian Constitutional Law, and on the other hand, taking as a reference the systemic conception of Claus-Wilhelm Canaris, to understand the legal possibility of establishing legitimate limits to the artistic manifestation, especially from the principles of the dignity of the human person and political pluralism. One of the central points of this work is the affirmation of the political character of any artistic manifestation - whatever it may be - to the extent that, *per se*, the exercise of public freedoms constitute legitimate and

¹ Professor do Departamento de Direito da Universidade Federal de Rondônia, Brasil. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Rondônia. Mestre em Direito Internacional pela Universidade Federal de Santa Catarina. Doutor em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, com linha de pesquisa em Direito Penal Internacional e Direito Internacional. Conselheiro Titular do Conselho Estadual de Direitos Humanos, Estado de Rondônia. Líder do Jus Gentium – Grupo de Estudos e Pesquisas em Direito Internacional. Advogado. Tradutor.



necessary forms of resistance to Political Power and to common sense. The method that guided the present work was the critic, having as bibliographic research procedure.

Keywords: Fundamental Rights; civil rights; work of art; concept and limit; limitations on Fundamental Rights.

JUSTIFICAÇÃO DO TEMA

Começamos com uma pergunta: existe uma justificativa para o tratamento do presente tema nos dias que correm? Ou de outro modo: ante tantas preocupações de ordem econômico-financeira, social e institucional, não seria um “bizantismo” cogitarmos sobre a liberdade artística enquanto manifestação de um direito constitucionalmente assegurado?

Entendemos que não! E essa negativa se deve a uma constatação, no mínimo tautológica, mas que serve de fundamento ótimo para a presente “justificação”: a vida vivida pelo homem em comunidade não se resume somente ao econômico-financeiro, à solução da mazelas sociais e às relações institucionais (embora sejam aspectos importantíssimos da vida em comunidade), como seja, para apanharmos a lição de Peter Häberle, num Estado Constitucional, o princípio republicano não se encerra somente nos espaços estatal e social, mas em todas as esferas que o conformam, a saber, “privado”, “público” e “estatal”, sem que haja qualquer prevalência de um sobre o(s) outro(s), pois estes espaços têm origem na “natureza” do direito fundamental a ser exercido pelo indivíduo (Häberle, 2001, p. 16-17).

Ou melhor dizendo: “[...] a gente não quer só comida, a gente quer comida, diversão e arte (!!!) [...]”, pois a vida do homem é muito mais que trabalho, deveres civis e sociais. Há – tem que haver! – um espaço para o homem desenvolver seus atributos intelectual-espirituais, e que por serem partes

indissociáveis de sua personalidade, recebem a proteção inviolável – mas não absoluta – de várias cláusulas jusfundamentais.

Assim, entendemos que o tratamento do presente tema em nada enrubesce frente a outros tantos aparentemente mais “sérios”. A manifestação artística – da qual a obra de arte é o seu produto final –, por se tratar de um aspecto fundamental da razão e da emoção humana, está a merecer uma análise sob critérios jurídico-constitucionais, não se explicando, de modo algum, o silêncio nada eloquente de nossa doutrina mais abalizada.²

Esperamos, portanto, que o presente artigo possa servir de incentivo a que os mais abalizados exegetas de nossa Carta Magna se interessem pelo tratamento do assunto, movendo-nos, neste momento, aquilo que Edmund Burke asseverou em determinado momento: “Quem vai além da superfície das coisas, não obstante possa cometer equívocos, ainda assim ilumina o caminho para os outros e pode, eventualmente, até mesmo tornar seus erros úteis à causa da verdade [...]” (Burke, 1993, p. 61).

DIREITOS FUNDAMENTAIS: ABSOLUTOS OU RELATIVOS?

Naquilo que se tem denominado de constitucionalismo moderno, sendo que para alguns já nos encontramos no constitucionalismo pós-moderno (Grau, 1996, p. 68-69; Santos, 2001, p. 15-22; Barroso, 2001), dois temas têm ocupado as mentes de nossos doutrinadores com mais prevalência: os direitos fundamentais e os limites à

² Basta-nos consultar as obras mais destacadas de direito constitucional no Brasil, como a de Magalhães (2000); Bastos (1990); Bonavides (1997); Teixeira, (1991); Horta (1999); Miranda (1998); Canotilho (1998); Silva (2001); Moraes (2002), para vermos que o presente tema nem de longe ocupou a preocupação desses autores.



TEATRO: criação e construção de conhecimento

reforma da constituição material, isto é, a permanência ou não das cláusulas de inamovibilidade (Bulos, 1999, p. 42-44), também ditas pétreas ou de supremacia.

Respeitante aos direitos fundamentais, as análises têm se referido ora ao conceito, ora ao limite e ora aos conflitos (reais ou aparentes), e à forma de solução desses conflitos. Já no que alude ao tema limite das reformas à constituição material, a doutrina tem se debatido, basicamente, sobre a natureza do poder constituinte originário: ato ou processo? (Moreira, 2001, p. 261-290).

Se o poder constituinte tiver a natureza de ato, as cláusulas de inamovibilidade constituem-se em limites substanciais à reforma, e a norma que as regula um limite lógico (o poder de reforma não pode alterar, ou mesmo revogar, a norma constitucional que proíbe a reforma daquelas cláusulas, por se constituir, neste sentido, em um limite de ordem lógica: o poder constituinte derivado não pode alterar os poderes conferidos pelo poder constituinte originário).

Contudo, se o poder constituinte tiver a natureza de processo, as cláusulas de inamovibilidade não se constituem em um óbice substancial – muito menos haverá óbice lógico à reforma da Constituição, pois a norma que as veicula não se constituirá em norma não-reformável.

A questão primária sobre o tema é a seguinte: uma geração pode bloquear, de uma vez por todas, a autonomia política da geração futura? Afinal, eles sabem o que é o melhor, mesmo ante a presença das constantes transformações pelas quais passam a sociedade? Estas opções devem, efetivamente, se sedimentar na constituição material, inviabilizando a reforma “amigável” da norma fundamental, restando somente a forma revolucionária (*extra ordinem*)?

Se a resposta for afirmativa, como majoritária e acertadamente defende a doutrina constitucional majoritária, as alterações nas cláusulas de inamovibilidade

impõem às gerações futuras um programa normativo que poderá não corresponder aos seus anseios. Se negativa, estamos perante uma concepção processual do poder constituinte originário (Vieira, 1999, p. 22).

O tema é assaz polêmico, principalmente no Brasil, pois paira no ar uma grave desconfiança em relação aos poderes constituídos. Falta-nos, em última análise, uma visão “contratualista” da constituição.

Que isto quer significar?

Segundo Peter Häberle, conceber-se a constituição como “contrato” implica, necessariamente, em encará-la: a) como um projeto cultural (a constituição como cultura) e b) a constituição como um pacto entre gerações (somente ante a presença deste pacto, deste consenso formulado sobre a norma fundamental, é que se assegurará a permanência semântica da Constituição):

[...] A relação entre natureza e cultura, entre teoria geral do Estado e teoria da Constituição, requer um exame especial. A relação entre Estado e Constituição deve se reconceitualizar.

O conceito de “Estado constitucional” (“*Verfassungsstaatlichkeit*”) vincula ao Estado e a Constituição sem especificar tal relação. Em minha opinião, na tradição dos clássicos como R. Smend e A. Arndt – todos estamos montados nos “ombros” destes “gigantes”, continuamos sendo “anões”, mas ocasionalmente vemos mais ao longe do que eles – há tanto Estado como o que constitua a Constituição. O Estado não é, como gosta de postulá-lo a tradição monárquico-conservadora, o dado de maneira primária (natural), o objeto ao que se refere à Constituição, ao que esta configura em maior ou menor medidas. No Estado constitucional democrático, os cidadãos e os seres humanos, sua dignidade humana, constituem a “premissa antropológico-cultural”; eles se entregam à Constituição a si mesmo, como o indicam apropriadamente alguns dos novos textos constitucionais alemães (veja-se, por exemplo, o preâmbulo da Constituição de Brandemburgo de 1992). Enquanto cultura, a Constituição deve ser concebida, seja de modo real, seja de modo fictício, como contrato. Que isto significa? As doutrinas do contrato social, sobretudo a variante kantiana da “pedra de

DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier. Conceito e limite da obra de arte enquanto exercício de um direito fundamental.

Teatro: criação e construção de conhecimento, V. 05, N. 1, 2017, p. 47-63

Organização de Dossiê: Fábio Caires Correia & Oneide Perius.

Editor-Chefe: Prof. Dr. Juliano Casimiro de Camargo Sampaio

ISSN: 2357-710X

Laboratório de Pesquisa e Extensão em Composição Poética Cênica, Narratividade e Construção de Conhecimento (CONAC)

Universidade Federal do Tocantins (UFT)



toque da razão”, para além dos fatos reais, mas também a versão de Rawls (“véu de ignorância”), continuam sendo úteis precisamente no Estado constitucional.

Devemos conceber a Constituição, o mesmo que ao direito e ao Estado como partes dela, “como se” fundasse em um pacto de todos com todos (no sentido de John Locke) [...] O povo, que na época do pacto das gerações é concebido como magnitude “prorrogante” e vivente, é, por sua parte de entrada, menos uma magnitude biológica que cultural.

Sobretudo, não se trata simplesmente de um “elemento do Estado” no sentido que lhe dava

G. Jellinek a este conceito, ou da suma biológica dos “nacionais”, mas sim que se mantém unido e organizado em sua identidade e pluralidade por relações culturais; é, pois, o resultado de processos de socialização cultural que freqüentemente se prolongam por várias gerações (Häberle, 2001, p. 13-16).

É possível se verificar a imediata correlação entre o “conceito” de direitos fundamentais e os limites à reforma da constituição material, na medida em que aqueles são elementos conteudísticos dessa; na verdade, são elementos de identidade e de continuidade da Constituição (Mendes, 2001), devendo-se, desta sorte, redobrar-se o cuidado no tratamento do tema.

Pertinentemente à questão principal aqui levantada, a saber, se os direitos fundamentais são direitos absolutos ou relativos, note-se que a resposta não poderá ser unívoca num primeiro momento, pois além de se tratar de um tema jurídico (constitucional e jusfundamental), é também um tema da filosofia política (Kelsen, 2001, p. 347-357), sede em que a aporia entre absolutismo e relativismo tem se mostrado insolúvel.

Esta insolubilidade nos remete, desta sorte, ao jogo do discurso racional, onde vigora, no dizer de Robert Alexy (2001a, p. 17-37), três condições de procedibilidade, a saber: a) a racionalidade do discurso: a fundamentação deverá ser consistente e demonstrável à luz da experiência jurídica; b) a justificabilidade do discurso: pelo fato de ser racional, poderá o “ouvinte”, o receptor do

discurso, inferir a razoabilidade e correição interna do discurso, entendendo-o justificável, como seja, correto; e c) a adesão pela maioria (princípio majoritário): o discurso, por ser racional e justificável, se tornará aceitável à maioria, único fator preponderante e excelente para a sua adequação democrática (Coelho, 2002, p. 353-377).

Mas o que vem a ser absolutismo e relativismo na filosofia política, e que tanto influencia o discurso “jurídico” das mais diversas tendências?

Segundo doutrina Hans Kelsen, absolutismo é a teoria filosófica que parte do ponto de vista metafísico, segundo a qual existe uma realidade absoluta, e que há de ser entendida como algo que existe independentemente do conhecimento humano: “Logo, sua existência é objetiva e ilimitada no ou para além do espaço e do tempo, aos quais restringue-se (sic) o conhecimento humano” (Kelsen, 2001, p. 347).

Se existe uma realidade absoluta a ela se liga uma verdade absoluta, bem como valores absolutos, implicando, necessariamente, em uma existência perfeita. A consequência do absolutismo filosófico é a existência destes valores absolutos que são válidos para todos, “[...] sempre e em todo o lugar, e não apenas em relação ao sujeito do juízo [...]” (Kelsen, 2001, p. 348).

A consequência mais importante do absolutismo filosófico - racionalista no dizer de Batalha e Rodrigues Neto (2001, p. 3) -, é a de que “[...] a função do conhecimento humano é meramente a de refletir, como um espelho, os objetos existentes em si mesmos [...]” (Kelsen, 2001, p. 348).

Já o relativismo, pelo revés, parte do ponto de vista de que a realidade é um elemento intrínseco ao conhecimento humano, e de que a “[...] realidade é relativa ao sujeito cognoscente” (Kelsen, 2001, p. 348).

DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier. Conceito e limite da obra de arte enquanto exercício de um direito fundamental.

Teatro: criação e construção de conhecimento, V. 05, N. 1, 2017, p. 47-63

Organização de Dossiê: Fábio Caires Correia & Oneide Perius.

Editor-Chefe: Prof. Dr. Juliano Casimiro de Camargo Sampaio

ISSN: 2357-710X

Laboratório de Pesquisa e Extensão em Composição Poética Cênica, Narratividade e Construção de Conhecimento (CONAC)

Universidade Federal do Tocantins (UFT)



TEATRO: criação e construção de conhecimento

Conforme Kelsen, foi Kant um dos mais destacados defensores do empirismo/relativismo filosófico, uma vez que

[...] Kant interpreta o processo cognitivo como o processo de criação do seu objeto. Essa visão implica que o sujeito humano cognoscente é – epistemologicamente – o criador de seu próprio mundo, um mundo constituído exclusivamente no e pelo seu conhecimento. Logo, a liberdade do sujeito cognoscente é um pré-requisito fundamental da teoria relativista do conhecimento. Isto, por certo, não significa que o processo de conhecimento possui caráter arbitrário; há leis que governam esse processo; mas tais leis originam-se na mente humana, e o legislador autônomo é o sujeito cognoscente (Kelsen, 2001, p. 348-349).

Se a concepção absolutista/racionalista traz em si uma relação de sujeição do sujeito cognoscente ao que existe a priori, como seja, ele não tem autonomia ou poder para alterar o que existe de *per se*, o que pode gerar, como de fato gerou, enormes injustiças na aplicação político-jurídico-religiosa desta concepção (basta pensarmos em todas as formas de absolutismos e totalitarismos políticos que a história humana conheceu e ainda está a conhecer), a teoria relativista/empirista pode gerar duas consequências desairosas, a saber, o solipsismo paradoxal e o pluralismo.

Entende-se por solipsismo paradoxal o raciocínio que leva o sujeito cognoscente a se entender como única realidade existente, ou seja, se é o ego quem cria o seu objeto de conhecimento, ele, e não aquele, é quem existe. Ora, tal conclusão fundar-se-ia em um paradoxo pois, se o sujeito cognoscente é a única realidade existente, logo ele seria uma realidade absoluta, o que contraditaria todo o pensamento relativista.

Já por pluralismo - gnosiológico, e não o político, frise-se, já que este se constitui, por assim dizer, na pedra de toque do constitucionalismo contemporâneo, uma vez que se constitui na razão fundamental pela qual as sociedades políticas se dão uma constituição. Com efeito, conforme Michel Rosenfeld, “[...] o constitucionalismo depende

do pluralismo e pode, em última instância, ser visto como aquele que outorga os meios para institucionalizar o pluralismo”. (Rosenfeld, 2003, p. 36) - há de se entender a possibilidade de existirem tantas realidades quantos egos existirem, pois, se a realidade é criada pelo sujeito cognoscente, cada um terá, criará a sua própria realidade, isto é, haverá tantos mundos quantos forem os sujeitos cognoscentes. Isto geraria outro paradoxo, na medida em que se contraporía à realidade vivida por todos.

A fim de se evitar tais conclusões, o relativismo nega a possibilidade tanto do solipsismo quanto do pluralismo, adotando-se como paradigma à isonomia dos sujeitos cognoscentes. Sobre o tema, consultemos Hans Kelsen:

Considerando, como verdadeiro relativismo, a mútua relação entre os vários sujeitos do conhecimento, esta teoria compensa sua incapacidade de assegurar a existência objetiva de um único e mesmo mundo para todos os sujeitos pela suposição de que os indivíduos, enquanto sujeitos do conhecimento, são iguais. Essa suposição implica também a igualdade dos processos de cognição na mente dos sujeitos e, assim, torna possível admitir que os objetos do conhecimento, assim como os resultados desses processos individuais, estão em conformidade, o que é confirmado pelo comportamento exterior dos indivíduos (Kelsen, 2001, p. 349).

Assim, as correntes absolutistas dos direitos fundamentais nos remetem à tradição de 1787 (Declaração de Independência dos EUA) e 1789 (Revolução Francesa), como seja, à filosofia jusnaturalista, posto que tal corrente concebe os direitos “naturais” do homem como algo supra-histórico, dado a priori. Já a corrente relativista nos remete às teorias institucionalistas, democráticas, positivistas e culturalistas, para enfeixarmos as mais diversas tendências em um número limitado de conceitos.

Com efeito, Böckenförde arrola as diversas teorias acerca dos direitos fundamentais em cinco, a saber: a teoria liberal ou do Estado de

DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier. Conceito e limite da obra de arte enquanto exercício de um direito fundamental.

Teatro: criação e construção de conhecimento, V. 05, N. 1, 2017, p. 47-63

Organização de Dossiê: Fábio Caires Correia & Oneide Perius.

Editor-Chefe: Prof. Dr. Juliano Casimiro de Camargo Sampaio

ISSN: 2357-710X



TEATRO: criação e construção de conhecimento

Direito Burguês, a teoria institucional dos direitos fundamentais, a teoria axiológica dos direitos fundamentais, a teoria democrático-funcional e a teoria do Estado social dos direitos fundamentais (apud Alexy, 2001b, p. 35-38). A estas agregamos a teoria culturalista dos direitos fundamentais defendida por Peter Häberle, que em nosso entender melhor explicita a natureza e extensão dos mesmos (Häberle, 2001, p. 25).

Se o direito é cultura – como de fato o é –, os direitos fundamentais também o são, pois, como já o afirmava Tobias Barreto no século XIX:

[...] Dizer que o direito é um produto da cultura humana importa negar que ele seja, como ensinava a finada escola racionalista e ainda hoje sustentam os seus póstumos sectários, uma entidade metafísica, anterior e superior ao homem [...] Quando pois dizemos que o direito é um produto da cultura humana, é no sentido de ser ele um efeito, entre muitos outros, desse processo enorme de constante melhoramento e nobilitação da humanidade; processo que começou com o homem, que há de acabar somente com ele, e que aliás não se distingue do processo mesmo da história (Barreto, 2001, p. 32).

Pois bem. Estes elementos imprescindíveis de qualquer Estado Constitucional não se realizam pelo só fato de estarem positivados. Realizam-se, isto sim, a partir das desmistificações que vão descortinando os véus de ignorância que cobrem os olhos de uma multidão de homens e mulheres que se entendem unicamente como sujeitos de deveres, nunca de direitos. Por isso, qualquer teoria que queira impor um limite temporal à conquista da cidadania, ao exercício diuturno da democracia, ao estabelecimento de uma verdadeira república, estará fadada ao fracasso. Por serem conquistas, realizam-se no dia-a-dia, no exercício da política, no consenso prudente que objetiva uma vida decente (Santos, 2001, p. 74), ou como o afirma J. L. Aranguren: “A democracia não é um status no qual o povo possa comodamente instalar-se. É uma conquista ético-política de cada dia que só através de uma autocrítica sempre vigilante pode manter-se. É mais uma

aspiração do que uma posse” (apud Rabenhorst, 2001, p. 3).

Assim, resta claro que os direitos fundamentais não são absolutos, pois não têm uma pré-existência, ou mesmo existência fora da sociedade humana, e por serem forjados nessa socialidade, são relativos.

Neste sentido, Wilson Antônio Steinmetz averba:

Que os direitos fundamentais não são absolutos e ilimitados é possível demonstrar e provar deste diversos pontos de vista. Desde um ponto de vista fenomenológico-existencial, a existência humana se caracteriza pela co-existência. O homem é um ser-com, um ser inserido no processo histórico-social. Assim, se os homens coexistem, então os direitos também coexistem, co-determinam-se e se colimitam. Os limites aos direitos fundamentais decorrem da própria socialidade humana. Apenas em um estado de natureza de tipo hobbesiano, no qual os indivíduos vivem isolados e em permanente beligerância (*bellum omnium contra omnes; homo homini lupus*) os direitos são ilimitados e ilimitáveis (*ius omnium in omnia*). E mesmo assim seria de se indagar se o que existe nesse estado são direitos ou uma outra coisa qualquer (Steinmetz, 2001, p. 17).

Contudo, esta afirmação não quer significar que não existam direitos fundamentais não restringíveis, isto é, passíveis de serem relativizados ou mitigados em sua esfera normativa de proteção, como o demonstram de forma bastante evidente o direito a não ser torturado, o direito a não ser escravizados, o direito a não ser negativamente discriminado, a garantia à presunção de não culpabilidade, dentre outros direitos (nesse sentido, Bobbio, 2004, p. 60; Delmas-Marty, 2004, p. 62; De Oliveira, 2018). Se constituem, conforme Luigi Ferrajoli, em verdadeiras esferas da indecidibilidade, isto é, em cláusulas irrestringíveis ao poder público (Ferrajoli, 2008, p. 337-343; De Oliveira, 2018).

É importante, entretanto, observar que somente há de se falar de direitos

DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier. Conceito e limite da obra de arte enquanto exercício de um direito fundamental.

Teatro: criação e construção de conhecimento, V. 05, N. 1, 2017, p. 47-63

Organização de Dossiê: Fábio Caires Correia & Oneide Perius.

Editor-Chefe: Prof. Dr. Juliano Casimiro de Camargo Sampaio

ISSN: 2357-710X



fundamentais quando os mesmos puderem ser inferidos de uma norma explícita ou implícita do sistema normativo. A inexistência de referido critério, no dizer de Guastini, não nos indica a existência deste direito vindicado, mas tão-somente a pretensão de seu reconhecimento:

Normalmente a reivindicação de um direito moral ou “natural” não tem outro objetivo que o de pleitear que tal direito seja “positivado”, isto é, reconhecido e garantido pelo direito positivo. Em outras palavras, quem reivindica um direito moral, na maior parte dos casos, leva a cabo uma operação política com o objetivo de modificar o ordenamento jurídico vigente (Guastini, 2001, p. 135).

Assim, uma teoria acerca dos direitos fundamentais no geral, ou de um direito fundamental em particular – como no presente caso –, é a de formular um sistema racional tendente à compreensão dos direitos fundamentais positivados numa Constituição:

O objeto e o caráter desta teoria resultam das três características já indicadas: primeiro, é uma teoria dos direitos fundamentais da Lei Fundamental; segundo, é uma teoria jurídica e, terceiro, uma teoria geral. [...] Uma teoria dos direitos fundamentais da Lei Fundamental é uma teoria de determinados direitos fundamentais positivamente válidos. [...] Uma teoria jurídica dos direitos fundamentais da Lei Fundamental é, enquanto teoria do direito positivo de uma determinada ordem jurídica, uma teoria dogmática (Alexy, 2001b, p. 28-29).

Assim, resta evidente que os direitos fundamentais não são absolutos, mas sim relativos, na medida em que: a) são conquistas históricas, tanto que se fala em gerações ou dimensões de direitos fundamentais; b) os direitos fundamentais são os direitos positivados em uma dada Constituição (Grau, 2001, p. 17-18; Hesse, 1998, p. 225-226), c) assumem as mais variadas configurações, por serem obra de um dado povo, em um dado momento de sua formação cultural, e em conformidade com os seus anseios e interesses e d) por serem “elementos” de convivência entre as pessoas de uma dada sociedade, devem ser relativos, pois se

absolutos, o direito de “um” excluiria o direito do “outro”, o que nos levaria, em última instância, à sociedade pré-contratual de Hobbes. Contudo, como dito, esta relatividade, que é uma regra geral, não abrange aquelas exceções indicadas como direitos fundamentais não restringíveis.

CONCEITO LATO DE OBRA DE ARTE E O RAIOS DE PROTEÇÃO JUSFUNDAMENTAL

Não nos move aqui a intensão de encontrar um conceito estrito de obra de arte, mas somente um conceito razoável, com o fito de enquadrá-lo no que prescreve o artigo 5º, inciso IX da Constituição de 1988: “Art. 5º [...]: IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.

Como se vê, a Constituição de 1988 tratou isonomicamente as mais variadas formas de expressão da emoção e da razão humana, não existindo, para fins de proteção jusfundamental, qualquer diferença entre atividade artística, intelectual, científica ou de comunicação. Em verdade, é possível se inferir um claro liame entre estas formas de expressão, na medida em que tanto as expressões artísticas, intelectuais e científicas demandam a comunicação (veiculação no espaço público) para se tornarem conhecidas. A proteção constitucional, desta sorte, não abarca somente o ato de criação, como também o de comunicação – dar conhecimento ao público – da obra de arte, do experimento científico e da produção intelectual.

Por isso, o objeto de proteção jusfundamental se espraia em duas vertentes: criação e comunicação. Isto quer significar que o poder público, *prima facie*, não poderá: a) impor limites à criação intelectual, b) exigir a prévia análise da obra ou da pesquisa como condição para a sua comunicação (licença), e c) impedir, por juízo prévio, a comunicação das obras ou pesquisas (censura).

DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier. Conceito e limite da obra de arte enquanto exercício de um direito fundamental.

Teatro: criação e construção de conhecimento, V. 05, N. 1, 2017, p. 47-63

Organização de Dossiê: Fábio Caires Correia & Oneide Perius.

Editor-Chefe: Prof. Dr. Juliano Casimiro de Camargo Sampaio

ISSN: 2357-710X



Os direitos acima mencionados, ao lado de outros (como, por exemplo, a liberdade religiosa ou profissional), se enquadram naquele conceito de direitos fundamentais que Robert Alexy denomina de direitos ao não impedimento de ações.

Estes direitos têm a finalidade de criarem um campo de não intervenção do poder estatal, campo este em que o indivíduo tem autonomia de ação: “Exemplos de ações de um titular de direitos fundamentais que podem ser impedidas ou obstaculizadas são a liberdade de movimento, a manifestação da fé, a expressão da opinião, a criação de uma obra de arte, a educação dos filhos, a reunião numa rua e a eleição de uma profissão.” (Alexy, 2001b, p. 189)

Os direitos deste tipo estão muito próximos daqueles que Jellinek denomina de *status negativus*:

Ao membro do Estado lhe corresponde, pois, um status no qual é senhor, uma esfera livre do Estado, que nega o *Imperium*. É o da esfera individual da liberdade, do status negativo, do *status libertatis*, no qual os fins estritamente individuais encontram sua satisfação através do ato livre do indivíduo [...] das ações dos súditos juridicamente irrelevantes para o Estado (Alexy, 2001b, p. 251).

Mas o que viria a ser a teoria do *status negativus* em Jellinek? Sobre o tema, eis o que afirma Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

Por status entende Jellinek a posição do cidadão derivada de sua qualidade de membro do Estado (*Staatsglied*). O cidadão é não apenas alguém submetido à soberania do Estado mas, por força de reconhecimento, é sujeito de personalidade, dotado de direitos e deveres em face dele. Em face do Estado, o cidadão tem pretensões positivas (*status positivus*), bem como direitos de participação (*status activus*). Ambos derivam, porém, do *status negativus*, que assinala basicamente o cidadão como ser livre. Sem liberdade não há pretensões positivas nem participação (Ferraz Júnior, 2002a, p. 109).

Contudo, mesmo sendo o direito de produção artística um *status negativus* em face do Estado, a ele se impõe um limite. Este limite, entretanto, não se prende, como regra geral, ao seu conteúdo extrínseco, mas sim ao seu conteúdo intrínseco. Assim, pelo fato de a obra de arte demandar uma análise mais intrínseca do que extrínseca, é que o conceito é aberto, e não fechado. É aberto no sentido de inexistir um padrão para que algo se amolde ao conceito de obra de arte, já que não cabe ao legislador, ao juiz, ao administrador público, ao crítico de arte, enfim, a qualquer pessoa, traçar um paradigma estanque nos moldes do “ou tudo ou nada”: se a obra se amolda ao paradigma, é obra de arte; se não se amolda, não o é.

Esta abertura decorre, em nosso entender, dos seguintes fatos, a saber: a) do princípio da moral democrática, e b) da própria abertura conceitual dos direitos jusfundamentais.

O princípio da moral democrática nos remete, por sua vez, ao caráter laico do Estado Constitucional. Estado laico é todo aquele em que as instâncias estatal e eclesiástica estão separadas de forma absoluta, inexistindo, no “código genético” da legislação daquele Estado, qualquer ranço de uma moral “religiosa”. Poderá haver – como de fato o há – uma coincidência entre os postulados éticos e morais da religião socialmente majoritária e a interpretação que se dê ao conteúdo de uma norma, mas esta correlação não decorre de uma comunicação entre as instâncias, de uma influência do religioso no direito, mas sim de uma isonomia conceitual entre o que é defendido pelo “senso comum” e o código moral de uma dada religião (Rabenhorst, 2001, p. 111-112). Assim,

Uma das principais características das sociedades democráticas contemporâneas é o fato de que elas abriram mão de todo compromisso com uma moralidade essencial ou substancial, em favor de uma pluralidade de códigos morais e de concepções distintas do bem em que estão assentadas as formas particulares de existência de cada grupo ou comunidade. Essa fragmentação, além de produzir grande desorientação, gera também

DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier. Conceito e limite da obra de arte enquanto exercício de um direito fundamental. *Teatro: criação e construção de conhecimento*, V. 05, N. 1, 2017, p. 47-63
Organização de Dossiê: Fábio Caires Correia & Oneide Perius.
Editor-Chefe: Prof. Dr. Juliano Casimiro de Camargo Sampaio
ISSN: 2357-710X



TEATRO: criação e construção de conhecimento

enormes suspeitas quanto à legitimidade de determinadas políticas públicas moralizantes.

Afinal, de que maneira o Estado pode coerentemente proibir, ou desestimular, determinados comportamentos desviantes, principalmente aqueles que estão ligados à sexualidade humana? Obviamente, a inexistência de uma moralidade essencial não anula o postulado de um mínimo moral comum sem o qual a própria democracia se encontraria em uma situação paradoxal. Afinal, é exatamente esse mínimo moral, consignado na idéia de direitos fundamentais, que possibilita o pluralismo moral e a tolerância recíproca (Rabenhorst, 2001, p. 111-112).

A moral democrática, desta sorte, não é orientada por concepções metafísicas, mas antes por um postulado que se pode identificar como “pé no chão”, a saber, o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III da Constituição de 1988).

Da correlação entre estes dois princípios, surge aquilo que Peter Häberle, escoimado em Karl Popper, denomina de sociedade aberta, e que tem por fundamento o princípio do pluralismo político (artigo 1º, inciso V da Constituição de 1988): se muitos são os códigos “morais”, muitas são as interpretações, sendo que a Constituição se mantém não pela força, mas pelo consenso, pelo diálogo entre os *differentes worldviews*, pelas concessões e dissensões recíprocas (Häberle, 1997, p. 17-18).

Já a abertura conceitual das cláusulas jusfundamentais refere-se, principalmente, a duas características encontráveis em qualquer catálogo constitucional, a saber: a) são normas de vigência imediata, como seja, entram em vigor e têm eficácia plena a partir do momento em que a Constituição passa vigor (como, v.g., artigo 5º, §1º da Constituição de 1988), e b) são normas caracterizadas pela vaguidade enunciativa. Com efeito, são muitas as considerações em torno destas “[...] fórmulas concisas e de disposições de princípios que carecem em si mesmas de univocidade de conteúdo”, sendo que uns as denominam de “frases programáticas”, outros de “aglomeração de cláusulas gerais e conceitos-plásticos”. Outros vão mais longe, e

as entendem como “[...] fórmulas vazias sob as quais podem ser subsumidos quaisquer estados de coisas.” (Alexy, 2001b, p. 21-22)

Contudo, entendemos que, embora sejam premissas de vaguidade, são as únicas normas que têm condições de acompanhar o contínuo devir que perpassa qualquer sociedade, o que impede, se não dificulta, a datação e o “vencimento” destas normas.

Ademais, é importante notar que a vaguidade conceitual trabalha em favor daquilo que Peter Häberle denomina de abertura democrática da interpretação constitucional (Häberle, 1997, p. 12-13).

Com efeito, se a sociedade em que vivemos é orientada pelos princípios republicano e democrático, o que demanda a abertura da própria sociedade, a interpretação constitucional – em especial das cláusulas jusfundamentais – deve ser obra de todas as pessoas, e não de um número limitadíssimo de pessoas, como seja, nas palavras de Häberle, trata-se de se passar “[...] de uma sociedade fechada dos intérpretes da Constituição para uma interpretação constitucional pela e para uma sociedade aberta” (Häberle, 1997, p. 12-13), de viver a realidade segundo a qual “[...] quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos co-interpretá-la” (Häberle, 1997, p. 13), pois como “[...] não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição” (Häberle, 1997, p. 14). Nesse sentido,

Na democracia cívica pluralista, todos os cidadãos são “guardiões” da Constituição. O que as antigas teorias do Estado concediam somente como privilégio e predicado a um presidente, ou mais recentemente, ao tribunal constitucional, já não resulta ser, a partir da perspectiva da teoria constitucional em sua atual etapa evolutiva, o monopólio de somente uma pessoa, mas sim assunto de todos: todos os cidadãos e grupos, que, por exemplo, interpõem recursos constitucionais, todos os órgãos estatais, que estão sujeitos à Constituição, têm que “defender” a Constituição no marco de suas competências, e

DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier. Conceito e limite da obra de arte enquanto exercício de um direito fundamental.

Teatro: criação e construção de conhecimento, V. 05, N. 1, 2017, p. 47-63

Organização de Dossiê: Fábio Caires Correia & Oneide Perius.

Editor-Chefe: Prof. Dr. Juliano Casimiro de Camargo Sampaio

ISSN: 2357-710X



TEATRO: criação e construção de conhecimento

não somente isso, como também continuar a desenvolvê-la (Häberle, 2001, p. 286).

É neste ponto que importa tentar colher um conceito lato de obra de arte, pois é certo e indubitado que, vale repetir, não competirá ao legislador formulá-lo, competindo ao juiz (constitucional ou não) aferir somente se, dentro de um critério razoável, é possível que uma dada expressão estético-emotiva seja merecedora de proteção da cláusula jusfundamental esculpida no artigo 5º, inciso IX da Constituição da República.

Isto quer significar que a própria interpretação pré-formulada pelo artista acerca do conteúdo do artigo 5º, IX da Constituição de 1988 deverá servir como paradigma para a solução da questão, ou como doutrina Peter Häberle:

Em se tratando de muitos direitos fundamentais, já se processa a interpretação (talvez conscientemente?) no modo como os destinatários da norma preenchem o âmbito de proteção daquele direito. Dessa forma, a Corte Constitucional define o âmbito de proteção do art. 4º, nº 1 e 2, da Lei Fundamental, com o auxílio da concepção da igreja, das organizações religiosas e de opinião.³ Semelhante significado poderia ter a própria concepção do artista para a interpretação aberta da garantia da liberdade artística (Häberle, 1997, p. 16).

Um conceito, em nosso entender, bastante lato para fins de compreensão do tema, e que toma como paradigma o enunciado do artigo 5º, IX da CRFB, é a seguinte: “Obra de arte é toda e qualquer manifestação da razão e da emoção humanas que se materializa pela forma escrita, escultural, cromática, verbal, gestual, musical etc, e que tem por finalidade o compartilhamento de valores estéticos, culturais e políticos”.

Como se vê, é um conceito bastante amplo, tanto pelo fato de se referir à força motriz

subjetiva (emoção e razão, ao qual agregamos o subconsciente e o prazer), como por abarcar as mais diversas formas de manifestação (escrita, verbal, musical etc.), bem como a teleologia do ato (compartilhamento dos valores estéticos, culturais e políticos, sejam eles compartilhados pelo senso comum ou não). Quanto a este último aspecto (valores estéticos, culturais e políticos), importa notar que várias correntes contemporâneas da arte negam a imprescindibilidade de que a obra os tenha. Neste sentido, eis o que ensina Boaventura de Souza Santos:

Em geral, a racionalidade estético-expressiva é, por “natureza”, tão permeável e inacabada como a própria obra de arte e, por isso, não pode ser encerrada na prisão flexível do automatismo técnico-científico. O carácter específico da racionalidade estético-expressiva tem sido uma das questões mais debatidas na teoria estética. Num artigo muito influente, Norris Weitz defende veementemente que a arte não é susceptível de definição e que, por isso, nem os artistas nem os teóricos a conseguiram definir com sucesso até hoje. Segundo Weitz, a arte não tem essência porque nenhuma qualidade é necessária e suficiente para que uma coisa seja obra de arte. Se “virmos com atenção”, concluiremos que não há uma qualidade que seja comum a todas as obras de arte e a só elas (Santos, 2001, p. 76).

No mesmo sentido Antoni Tàpies:

O valioso de um artista reside no conjunto de ideias, de sentimento e de exemplos (ou de maus exemplos, para alguns) que consegue comunicar. Não nos devemos admirar, pois, que às vezes se ufana por se mostrar completamente o nu, isto é, não só através da obra concreta, mas também em todas as suas atitudes humanas possíveis, incluindo a expressão verbal. Talvez a sua verdadeira “obra” seja este conjunto. Por outra parte, as obras “parciais” que são os seus quadros, esculturas ou poemas, certamente compreendem-se muito melhor em função do mencionado conjunto (Tàpies, 1995, p. 7)

³ O artigo 4º da Lei Fundamental de Bonn de 1949 tem o seguinte enunciado: “Artigo 4 - Liberdade de crença, de consciência e confissão religiosa: 1. Será inviolável a liberdade de crença, de consciência e de confissão

religiosa ou filosófica. 2. Será garantido o livre exercício da religião. 3. Ninguém poderá ser obrigado, contra a sua consciência, ao serviço militar envolvendo o uso de armas. Lei federal regulará a matéria”.



TEATRO: criação e construção de conhecimento

O que importa, assim, para fins de caracterização de uma manifestação humana como obra de arte, a fim de ser abarcável pelo conteúdo semântico do âmbito de proteção do artigo 5º, IX da Constituição de 1988, é que a manifestação artística tenha por finalidade o compartilhamento das emoções, da razão, do subconsciente, do prazer, da compreensão do que é belo ou não, por parte do artista.

No que toca, doutro polo, ao conteúdo político da obra de arte, é bastante razoável pensar-se que ele sempre estará presente em qualquer forma ou modo de sua manifestação – seja ele imanente à própria forma (como no teatro), ou não -, na medida em que o exercício da liberdade artística é, de *per se*, um ato político *par excellence*, como de resto o exercício de qualquer liberdade pública, haja vista o caráter de resistência que elas representam.

Ademais, vale lembrar que o problema de se saber se estamos ou não em presença de uma obra de arte não se atine à manifestação em si, mas principalmente quando do surgimento de uma controvérsia acerca de sua publicidade ou conteúdo, isto é, perante um caso concreto em que o artista, objetivando dar publicidade à sua criação, o for impedido de fazê-lo, seja este impedimento total ou parcial (v.g., classificação etária, nos termos do artigo 220, I da Constituição de 1988, ou mesmo a censura pura e simples). Isto nos remete às principais características das normas de princípios, a saber, generalidade e poliformia, o que implica na solução do problema quando da resolução do caso concreto.

LIMITES À OBRA DE ARTE

A só ponderação em nível abstrato da possibilidade de haver limites ao exercício dos direitos fundamentais já implica, em nosso entender, na defesa de uma concepção relativista dos mesmos, como, de fato, ficou claro no item n. 2.

Contudo, a dificuldade não se encontra em defender a referida ideia. Está, isto sim, em

fundamentar, com vistas no ordenamento jurídico erigido pela Constituição de 1988, os limites que ele mesmo estipulou para o exercício dos direitos fundamentais.

Quando falamos em limites, nos referimos a três aspectos principais, a saber:

A) a colimitação entre direitos fundamentais (v.g. vida privada vs. direito de informação; liberdade de cátedra vs. liberdade de convicção religiosa; liberdade de opinião vs. intangibilidade da vida privada e/ou proteção às minorias etc.);

B) as limitações explícitas aos direitos fundamentais; e

C) as limitações implícitas.

A limitação de tipo “A” decorre da necessidade de se adequar os direitos e liberdades próprios de cada pessoa à convivência social. Assim, quando surge um conflito entre direitos fundamentais, ocorre aquilo que a doutrina e a jurisprudência denominam de colisão, que poderá ser real ou aparente.

Já no tipo “B” entram as limitações positivas, vale dizer, explicitadas nas normas de conteúdo constitucional ou não. Quando as limitações decorrerem de normas infraconstitucionais, estaremos perante a técnica de “reserva legislativa”, como seja, somente o Poder Legislativo poderá limitar o exercício de direitos fundamentais, mas de forma proporcional (ou seja, desde que o núcleo do direito fundamental seja protegido).

Por fim, no tipo “C” entram as limitações que denominamos sistêmicas. As limitações sistêmicas em certa medida se compatibilizam com a de tipo “A”, como seja, nascem da necessidade de se harmonizarem os direitos de todos numa dada comunidade, decorrendo, também, da própria coexistência e harmonia entre normas que deve permear o sistema normativo.

DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier. Conceito e limite da obra de arte enquanto exercício de um direito fundamental.

Teatro: criação e construção de conhecimento, V. 05, N. 1, 2017, p. 47-63

Organização de Dossiê: Fábio Caires Correia & Oneide Perius.

Editor-Chefe: Prof. Dr. Juliano Casimiro de Camargo Sampaio

ISSN: 2357-710X

Laboratório de Pesquisa e Extensão em Composição Poética Cênica, Narratividade e Construção de Conhecimento (CONAC)

Universidade Federal do Tocantins (UFT)



TEATRO: criação e construção de conhecimento

Concebendo-se o ordenamento jurídico desde as lições de Claus-Wilhelm Canaris e Norberto Bobbio, resta evidente a sua conformação como um sistema composto de normas, sendo que elas poderão assumir duas naturezas distintas, a saber, regras e princípios. Agora, se se pretende que o ordenamento jurídico tenha caráter sistemático, há indispensavelmente que se lhe reconhecer dois atributos: unidade e ordem. Enquanto unidade de sentido, percebê-lo como um sistema teleológico, ou seja, com uma finalidade que lhe orienta a existência, e que na doutrina de Canaris é o princípio da igualdade, que contém em seu cerne a realização da justiça: tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente, na medida da sua desigualdade. Já ordenação interna implica em ir além de teleológico, e concebê-lo como um sistema harmônico, sendo que todos os seus componentes coexistem em harmonia (ao menos no plano dogmático; zeticamente são conhecidas as deficiências sistemáticas do sistema normativo, decorrentes, principalmente, da (ir)racionalidade do legislador), ou seja, inexistem antinomias no sistema normativa, pois todas são antinomias aparentes (Canaris, 1996, p. 76 e ss.; Bobbio, 1997, p. 71-144).

Agora, a principal contribuição de Canaris foi a de imputar aos princípios gerais de direito a atribuição de conferirem unidade e ordem ao sistema normativo. Assim, para Canaris, o sistema jurídico deve ser entendido como uma “[...] ordem teleológica de princípios gerais do direito”, atribuição que em nosso sistema jurídico há de ser atribuído aos princípios constitucionais (Canaris, 1996, p. 76-77).

Assim, os limites implícitos aos direitos fundamentais decorrem, em maior ou menor medidas, da necessidade de se observarem aos princípios da unidade da constituição e o da concordância prática.

Por unidade da constituição, segundo Friedrich Müller, há de se entender como sendo o princípio que

[...] ordena interpretar as normas constitucionais de modo a evitar contradições com outras normas constitucionais e especialmente com decisões sobre princípios do direito constitucional. A “unidade da constituição” enquanto visão orientadora [*Leitbild*] da metódica do direito constitucional deve antepor aos olhos do intérprete enquanto ponto de partida, bem como, sobretudo, enquanto representação do objetivo, a totalidade da constituição como um arcabouço de normas. Este, por um lado, não é destituído de tensões nem está centrado em si [*in sich ruhend*], mas forma, por outro lado, provavelmente um todo integrado com sentido (Müller, 2000, p. 84).

Já o princípio da concordância prática, decorrente do princípio da unidade da constituição, no ensinar de Konrad Hesse, impõe ao intérprete a tarefa de perceber que os

[...] bens jurídicos protegidos jurídico-constitucionalmente devem, na resolução do problema, ser coordenados um ao outro de tal modo que cada um deles ganhe realidade. Onde nascem colizões (sic) não deve, em “ponderação de bens” precipitada ou até “ponderação de valor” abstrata, um ser realizado à custa do outro. Antes, o princípio da unidade da Constituição põe a tarefa de uma otimização: a ambos os bens devem ser traçados limites, para que ambos possam chegar a eficácia ótima. Os traçamentos dos limites devem, por conseguinte, no respectivo caso concreto ser proporcionais; eles não devem ir mais além do que é necessário para produzir a concordância de ambos os bens jurídicos. “Proporcionalidade” expressa, nessa conexão, uma relação de duas grandezas variáveis e precisamente esta que satisfaz o melhor aquela tarefa de otimização, não uma relação entre uma “finalidade” constante e um “meio”! variável ou vários (Hesse, 1998, p. 66-67).

Podemos citar como limites implícitos a qualquer direito fundamental o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio do pluralismo político, o direito à não-discriminação, entre outros.

Com isso, apanhando-se os conceitos acima formulados, e os aplicando ao presente tema, podemos apontar que a liberdade de

DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier. Conceito e limite da obra de arte enquanto exercício de um direito fundamental.

Teatro: criação e construção de conhecimento, V. 05, N. 1, 2017, p. 47-63

Organização de Dossiê: Fábio Caires Correia & Oneide Perius.

Editor-Chefe: Prof. Dr. Juliano Casimiro de Camargo Sampaio

ISSN: 2357-710X

Laboratório de Pesquisa e Extensão em Composição Poética Cênica, Narratividade e Construção de Conhecimento (CONAC)

Universidade Federal do Tocantins (UFT)



TEATRO: criação e construção de conhecimento

criação artística é condicionada intrínseca e extrinsecamente.

É condicionada intrinsecamente na medida em que um direito jusfundamental somente abarca o indispensável para a sua realização material, como seja, é um direito limitado em seu próprio “conteúdo” de exercício:

Cada direito fundamental encontra seu limite principalmente lá onde termina seu alcance material. Esse limite é, uma vez, uma questão do seu “âmbito da norma”, isto é, daquela parte da – muitas vezes, juridicamente já moldada –, “realidade”, que é o objeto da garantia, por exemplo, “fé” (artigo 4º, alínea 1, da Lei Fundamental), “arte” (artigo 5º, alínea 3, frase 1, da Lei Fundamental) ou “propriedade” (artigo 14 da Lei Fundamental) (Hesse, 1998, p. 251).

Várias outras limitações podem ser encontradas, principalmente aquelas previstas em normas penais, administrativas ou de ordem pública, e que se prendem mais em limitações à veiculação do que propriamente ao ato de criação da obra de arte.

Contudo, as mais importantes, em nosso entender, são as sistemáticas, como sejam, aquelas que decorrem da unidade constitucional.

Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III da CR/88) se erige em um limite absoluto tanto à criação artística como à sua comunicação. Uma “obra”, que sob o pretexto de expressar uma compreensão estética de seu autor, venha a ferir a dignidade humana estaria, em nosso entender, impedida de ser veiculada.

Pensemos em uma “obra” que insufle o ódio entre grupos (v.g. negros vs. brancos), ou que retratasse a imagem de crianças em situações sexualmente vexatórias. Em tais casos, entendemos que os princípios da liberdade de criação artística e publicação da obra de arte deveriam ceder em favor do princípio da dignidade da pessoa humana,

pois em tais situações, a própria Constituição retira o manto protetor jusfundamental (artigo 5º, XLII e artigo 227, caput e §4º, todos da Constituição de 1988). De semelhante forma, o princípio do pluralismo político (artigo 1º, V da CR/88) se erige em um limite intransponível à publicação da obra de arte.

Num sistema plural o que há de ser defendido, com todo o afinco, é a prevalência do pluralismo, a necessidade do debate público, a proteção das minorias políticas e sociais. Um “autor”, que sob o pretexto de expressar sua compreensão estética, crie uma obra que incite o “extermínio” de minorias raciais ou de minorias sexuais não estaria sob a proteção do princípio da liberdade artística, pois seria antinômica ao próprio fundamento e salvaguarda tanto de sua opinião política como do direito que pretende exercitar, como seja, o próprio pluralismo político e o regime democrático.

Importa anotar que a liberdade de expressão artística tem uma finalidade em nosso ordenamento jurídico e em nossa realidade cultural: possibilitar a formação desinteressada da pessoa humana, bem como o exercício de uma liberdade estética que não deve encontrar limite naquilo que o senso comum entenda como relevante ou mesmo legítimo. Contudo, a expressão artística há de se sujeitar aos valores maiores desta mesma realidade cultural, a saber, os princípios da dignidade da pessoa humana e do pluralismo político, que ao lado de tantos outros princípios e valores, assumem a função de limites materiais à obra de arte.

CONCLUSÃO

Verificou-se nas linhas pretéritas que os direitos fundamentais têm uma finalidade precípua em qualquer ordenamento jurídico, a saber: a criação de áreas imunes à intervenção estatal, para que o homem possa desenvolver as suas liberdades no sentido da formação de sua personalidade.

A liberdade artística, por se inserir neste contexto de *status negativus* de que falava

DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier. Conceito e limite da obra de arte enquanto exercício de um direito fundamental.

Teatro: criação e construção de conhecimento, V. 05, N. 1, 2017, p. 47-63

Organização de Dossiê: Fábio Caires Correia & Oneide Perius.

Editor-Chefe: Prof. Dr. Juliano Casimiro de Camargo Sampaio

ISSN: 2357-710X

Laboratório de Pesquisa e Extensão em Composição Poética Cênica, Narratividade e Construção de Conhecimento (CONAC)

Universidade Federal do Tocantins (UFT)



TEATRO: criação e construção de conhecimento

Jellinek, assegura ao homem a autonomia de formação e explicitação de suas concepções estéticas e culturais, não cabendo, *prima facie*, ao Poder Público, fixar *standard* para o exercício deste direito. No entanto, por serem os direitos fundamentais relativos, e não absolutos, é função do trabalhador do direito buscar os limites legítimos e razoáveis para o exercício da liberdade artística.

Dentre todos os limites, os mais importantes são os sistemáticos, posto que ordenam ao intérprete, entre outras coisas, a observância dos princípios da unidade da constituição e da concordância prática. Em razão disto, o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio do pluralismo político, ao lado de tantos outros, se erigem em limites materiais intransponíveis ao exercício da liberdade de expressão artística.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert (2001a). *Teoria da Argumentação Jurídica*. Traduzido por Zilda H. Schild Silva, São Paulo: Landy.
- ALEXY, Robert (2001b). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. 2 ed., traduzido por Ernesto Garzon Valdés, Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- BARROSO, Luiz Roberto (2001). Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro: Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo, *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador/BA, ano I, vol I, n. 6.
- BASTOS, Celso Ribeiro (1990). *Curso de Direito Constitucional*. 12 ed. São Paulo: Saraiva.
- BATALHA, Wilson de Souza Campos e RODRIGUES NETTO, Sílvia Marina L. Batalha (2001). *Filosofia Jurídica e História do Direito*. Rio de Janeiro: Forense.
- BOBBIO, Norberto (1997). *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10 ed., traduzido por Maria Celeste C. L. dos Santos. Brasília, Ed. UnB.
- BOBBIO, Norberto (2004). *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier.
- BONAVIDES, Paulo (1997). *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. São Paulo: Malheiros.
- BULOS, Uadi Lamêgo (1999). Cláusulas Pétreas. *Consulex*, ano III, vol. I, n. 26, p. 42/44.
- BURKE, Edmund (1993). *Uma Investigação Filosófica sobre a Origem de Nossas Idéias do Sublime e do Belo*. Traduzido por Enid Abreu Dobránszky. Campinas: Papyrus.
- CANARIS, Claus-Wilhelm (1996). *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 2 ed., traduzido por António Menezes de Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes (1998). *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina.
- COELHO, Inocêncio Mártires (2002). *Racionalidade Hermenêutica: Acertos e Equívocos*. In: Ives Gandra da Silva Martins (Coord.). *As Vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo: Estudos*

DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier. Conceito e limite da obra de arte enquanto exercício de um direito fundamental. *Teatro: criação e construção de conhecimento*, V. 05, N. 1, 2017, p. 47-63
Organização de Dossiê: Fábio Caires Correia & Oneide Perius.
Editor-Chefe: Prof. Dr. Juliano Casimiro de Camargo Sampaio
ISSN: 2357-710X



TEATRO: criação e construção de conhecimento

em Homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 353-377.

DELMAS-MARTY, Mireille (2004). *Por um Direito Comum*. Tradução de Maria Ermantina de A. P. Galvão. São Paulo: Martins Fontes.

DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier (2018). *Existem direitos absolutos? Direitos humanos, autonomia do direito e a esfera do indecidível*, disponível em https://www.academia.edu/33607518/Existem_Direitos_Absolutos_Direitos_Humanos_Autonomia_do_Direito_e_a_Esfera_do_Indecid%C3%ADvel_-_Are_there_Absolute_Rights_Human_Rights_Autonomy_of_Law_and_Sphere_of_Undecidability, acessado em 20/02/2018.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio (2001). *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. 3 ed., São Paulo: Atlas.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio (2002a). *O Justo e o Belo: Notas Sobre o Direito e a Arte, o Sentido de Justiça e o Gosto Artístico*. In: Tércio Sampaio Ferraz Júnior. *Estudo de Filosofia do Direito: Reflexões Sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 249-261.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio (2002b). *Poder e Direito, Estudo de Filosofia do Direito: Reflexões Sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 15-70.

FERRAJOLI, Luigi (2008). *La esfera del indecidible y la división de poderes*, tradução de Miguel Carbonell. *Estudios Constitucionales*, año 6, n. 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, p. 337-343.

GRAU, Eros Roberto (1996). *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. São Paulo: Malheiros.

GUASTINI, Riccardo (2001). *Estudios de teoría constitucional*. Ciudad de México: UNAM.

HÄBERLE, Peter (1997). *Hermêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Safe.

HÄBERLE, Peter (2001). *El Estado Constitucional*. Traduzido por Héctor Fix-Ferro. Ciudad do México: UNAM.

HESSE, Konrad (1998). *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Traduzido por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Safe.

HORTA, Raul Machado (1999). *Direito Constitucional*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey.

KELSEN, Hans (2001). *Absolutismo e Relativismo na Filosofia e na Política*. In: Hans Kelsen. *A Democracia*. 2 ed., traduzido por Jefferson Luiz Camargo e Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 347-357.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (2000). *Direito Constitucional*, T. I e II. Belo Horizonte: Mandamentos.

DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier. Conceito e limite da obra de arte enquanto exercício de um direito fundamental. *Teatro: criação e construção de conhecimento*, V. 05, N. 1, 2017, p. 47-63
Organização de Dossiê: Fábio Caires Correia & Oneide Perius.
Editor-Chefe: Prof. Dr. Juliano Casimiro de Camargo Sampaio
ISSN: 2357-710X



TEATRO: criação e construção de conhecimento

- MENDES, Gilmar Ferreira (2001). Os Direitos Fundamentais e Seus Múltiplos Significados na Ordem Constitucional. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador/BA, ano I, vol I, n. 10.
- MIRANDA, Jorge (1998). *Manual de Direito Constitucional*, T. IV: Direitos Fundamentais. 2 ed. Coimbra: Coimbra.
- MOREIRA, Vital (2001). *Constituição e Democracia na Experiência Portuguesa*. In: Antonio G. Moreira Maués (Org.). *Constituição e Democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 261-290.
- MÜLLER, Friedrich (2000). *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. 2 ed., traduzido por Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad.
- RABENHORST, Eduardo Ramalho (2001). *Dignidade Humana e Moralidade Democrática*. Brasília: Brasília Jurídica.
- ROSENFELD, Michel (2003). *A Identidade do Sujeito Constitucional*. Traduzido por Menelick de Carvalho Neto. Belo Horizonte: Mandamentos.
- SANTOS, Boaventura de Souza (2001). *Para Um Novo Senso Comum: A Ciência, o Direito e a Política na Transição Paradigmática*, Vol. 1 (A Crítica da Razão Indolente: Contra o Desperdício da Experiência). 3 ed. São Paulo: Cortez.
- SILVA, José Afonso da (2001). *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19 ed. São Paulo: Malheiros.
- STEINMETZ, Wilson Antônio (2001). *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- TÀPIES, Antoni (1995). *A Prática da Arte*. In: José Alvarez Lopera (Org.). *História Geral da Arte: Pintura I*. Lisboa: Del Prado.
- TEIXEIRA, José Horácio Meirelles (1991). *Curso de Direito Constitucional*. In: Maria Garcia (Org.). São Paulo: Forense Universitária, 1991.
- TOBIAS, Barreto (2001). *Introdução ao Estudo do Direito – Política Brasileira*. São Paulo: Landy.
- VIEIRA, Oscar Vilhena (1999). *A Constituição e a Sua Reserva de Justiça: Um Ensaio sobre os Limites Materiais ao Poder de Reforma*. São Paulo: Malheiros.