

RESUMO

A Constituição Federal garante a proteção aos símbolos nacionais, bem como à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem. Mas, por outro lado, também assegura a liberdade de expressão. E é justamente no exercício desta que aqueles direitos poderão ser prejudicados. Como nenhum direito fundamental é absoluto, sempre haverá a necessidade de relativização de um ou outro, conforme as circunstâncias do caso concreto, aplicando-se o princípio da proporcionalidade.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Símbolos nacionais. Liberdade de expressão. Vida privada. Honra. Imagem.

ABSTRACT

The Federal Constitution guarantees the protection of national symbols, as well as intimacy, private life, honor and image. But on the other hand, it has freedom of expression. And it is precisely in the exercise of those rights would be harmed. Because no fundamental right is absolute, there will always be the need for relativization of one or the other, depending on the circumstances of the case, applying the principle of proportionality.

Keywords: Fundamental Rights. National symbols. Freedom of expression. Privacy. Honor. Picture.

1. Introdução

Este trabalho tem por escopo a análise das relações existentes entre os direitos à liberdade de expressão e de manifestação do pensamento quando confrontados com os símbolos nacionais e também com as publicações humorísticas.

Para tanto, inicialmente buscaremos trazer um panorama geral dos direitos fundamentais, para após tratar das liberdades de expressão e de manifestação do pensamento. Feito isso, buscaremos analisar quando tais direitos podem ser restringidos quando se trata da questão dos símbolos nacionais. Para o quê traremos as normas da Lei n. 5.700/71, que trata, justamente dos símbolos nacionais, sem esquecer do destaque constitucional dado à essa questão.

Na sequência, analisaremos as liberdades de expressão e de manifestação do pensamento quando se trata de publicações humorísticas, já que é lícito ao indivíduo expressar-se, mas também é assegurado o direito à privacidade, à intimidade, à honra e à imagem. Assim, ao final, tentaremos demonstrar como podem coexistir todos esses direitos fundamentais, quais sejam, as liberdades de expressão e manifestação do pensamento, os símbolos nacionais e os direitos à privacidade, à honra e à imagem.

2. Direitos Fundamentais

A previsão a nível constitucional de direitos humanos nada mais é que a garantia de liberdade e de defesa do indivíduo perante não só o Estado, mas também a toda a coletividade.

Assim, especialmente em seu art. 5^o nossa Lei Maior traz a previsão de diversos direitos do homem, todos eles erigidos à categoria de direitos fundamentais² e

¹ Falamos especialmente porque existem outros dispositivos constitucionais, além de declarações internacionais ratificadas pelo Brasil, que prevêm outros direitos fundamentais. Além dos direitos individuais, os direitos fundamentais também abarcam os direitos sociais, coletivos, políticos, do trabalhador, entre outros.

² A designação “direitos fundamentais”, conforme Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior “é

impossibilita a extinção de qualquer um deles senão a partir de um novo Poder Constituinte Originário, nos termos do art. 60, § 4^o, CF.

Trata-se, portanto, de direitos e garantias individuais, a partir dos quais o cidadão vê-se protegido contra a ação estatal. Nos dizeres de Alexandre de Moraes, “*o poder delegado pelo povo a seus representantes, porém, não é absoluto, conhecendo várias limitações, inclusive com a previsão de direitos e garantias individuais e coletivas do cidadão relativamente aos demais cidadãos e ao próprio Estado*”³.

Nesse sentido, também o entendimento de José Afonso da Silva, quando afirma que o reconhecimento dos direitos fundamentais do homem “*não significa esfera privada contraposta à atividade pública, como simples limitação ao Estado ou autolimitação deste, mas limitação imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado que dela dependem*”⁴ (grifos do autor).

Vale transcrever a lição deste mesmo doutrinador acerca do conceito de direitos individuais, afirmando ele que se trata de:

direitos fundamentais do homem-indivíduo, que são aqueles que reconhecem autonomia aos particulares, garantindo a iniciativa e independência aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade política e do próprio estado. Por isso, a doutrina (francesa, especialmente) costuma englobá-los na concepção de liberdade-autonomia.⁵ (grifos do autor).

Em um Estado Democrático, como o brasileiro, a previsão constitucional de direitos fundamentais exerce o papel de limitar o poder

a mais precisa [entre todas as outras que se pretende, como direitos do homem, liberdades públicas, direitos humanos etc.]. primeiro pela sua abrangência. O vocábulo direito serve para indicar tanto a situação em que se pretende a defesa do cidadão perante o Estado como os interesses jurídicos de caráter social, político ou difuso protegidos pela Constituição. De outro lado, o termo fundamental destaca a imprescindibilidade desses direitos à condição humana” (grifos do autor).

Curso de Direito Constitucional, p. 80

³ Direito Constitucional, p. 25

⁴ Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 178.

⁵ Op. cit., p. 190.

político, justamente diante da existência desses direitos assegurados ao homem.

Nesse sentido é a lição de Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior, quando afirmam que “os direitos e garantias fundamentais constituem um amplo catálogo de dispositivos, onde estão reunidos os direitos de defesa do indivíduo perante o Estado, os direitos políticos, os relativos à nacionalidade e os direitos sociais, dentre outros”⁶. É justamente esse amplo rol de direitos fundamentais que visa a assegurar e a proteger a dignidade da pessoa humana, em todas as suas dimensões⁷.

Fato é que mesmo o exercício desses direitos individuais encontra limites, de modo que não podem ser utilizados pelo indivíduo como justificativa a toda e qualquer ação que resolva adotar. Ora, não faria sentido o Estado assegurar direitos fundamentais ao indivíduo, respeitando-os, se este mesmo indivíduo utilizasse tais direitos para práticas contrárias ao próprio direito, à moral, enfim, condutas que prejudicassem o bom funcionamento e andamento da ordem social. Perderia totalmente o sentido assegurarem-se tais direitos.

No mesmo sentido é o entendimento de Alexandre de Moraes, quando afirma que os direitos humanos fundamentais

não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito⁸ (grifos do autor).

Dessa forma, podemos dizer que os direitos fundamentais não são absolutos, mas sim relativos, sendo que o exercício de um desses direitos encontra seus limites no exercício ou na simples existência de outro ou outros direitos fundamentais. Havendo conflito

entre dois ou mais direitos fundamentais⁹, resolvesse-o pela aplicação do princípio da proporcionalidade¹⁰, ou seja, deve ser verificado, no caso concreto, qual dos direitos em conflito tem maior peso, de modo que será este que deverá prevalecer.

Nesse sentido, são as palavras de Noemi Mendes Siqueira Ferrigolo:

Uma forma eficiente para solucionar o problema da colisão de direitos é de o intérprete-aplicador determinar o âmbito de proteção dos direitos envolvidos e, verificada a colisão, realizar a ponderação dos bens em questão, solucionando pelo menor sacrifício dos direitos envolvidos usando como parâmetros, precipuamente, os princípios da unidade da constituição, da concordância prática e da proporcionalidade¹¹.

Realmente, as normas que compõem o nosso ordenamento jurídico não podem ser interpretadas isoladamente, nem aquelas que se encontram no mesmo diploma legal nem aquelas que se encontram em diplomas legais diferentes. O ordenamento jurídico é um sistema e, como todo sistema, deve ser complementado, sendo certo que uma norma não tem qualquer relevância quando considerada isoladamente, sem que se a interprete no conjunto, no cotejo com as demais.

É certo que todos os direitos fundamentais são importantes, senão não teriam sido erigidos a essa categoria pela nossa Lei Maior. Mas também é certo que devem ser exercidos de acordo com todo o sistema jurídico no qual se acham inseridos, para que o exercício de um não prejudique o exercício de outro.

⁹ O exemplo dado por Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior é justamente um dos temas do presente estudo, qual seja, o conflito entre o direito de opinião e o direito à honra, dois direitos fundamentais que podem conflitar em dada situação, de modo que, nas suas palavras, “a convivência dos dois direitos em colisão exige um regime de cedência recíproca”. Op. cit., p. 83.

¹⁰ Alexandre de Moraes denomina esse princípio de concordância prática ou harmonização. Op. cit., p. 28.

¹¹ Liberdade de Expressão: direito na sociedade da informação: mídia, globalização e regulação, p. 144.

⁶ Op. cit., p. 79

⁷ Ibid., p. 81

⁸ Op. cit., p. 27.

Feita esta breve introdução ao tema “direitos fundamentais”, cabe-nos neste momento analisar um dos direitos fundamentais assegurado constitucionalmente, assunto do presente trabalho. Trata-se do direito às liberdades de expressão e de manifestação do pensamento, conforme designação constitucional.

3. Liberdade de Expressão e Liberdade de Manifestação do Pensamento: Breve Histórico Desses Direitos ao Longo das Constituições Brasileiras

Praticamente todas as constituições brasileiras asseguraram, pelo menos formalmente, a liberdade de expressão, mas nem sempre esse direito foi posto em prática, ou por falta de legislação complementar que o tenha regulado, ou pelo fato de tal direito não ser respeitado pelos governantes¹².

Vejamos, então, de forma breve, como se deu o tratamento do direito à liberdade de expressão em todas as Constituições do Brasil.

A Constituição do Império de 1824 previu direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, bem como tratou da declaração de direitos, apresentando pouca diferenciação entre os direitos políticos e os direitos e as garantias individuais¹³.

Assim, prescrevia, em seu art. 179, IV e XXX, respectivamente:

Todos podem comunicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos, e publicá-las pela Imprensa, sem dependência de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que cometerem no exercício deste Direito, nos casos, e pela fôrma, que a lei determinar;

Todo o Cidadão poderá apresentar por escripto ao Poder Legislativo, e ao Poder Executivo reclamações, queixas, ou petições, e até expor qualquer infração da Constituição, requerendo perante a competente

Autoridade a effectiva responsabilidade dos infratores¹⁴.

Já a primeira Constituição da República, de 1934, reconheceu a todos o direito de manifestação de idéias e opiniões. Nesta constituição, foi política a natureza dada a esse direito¹⁵.

Prescrevia em seu art. 72, § 12, que

em qualquer assumpto é livre a manifestação do pensamento pela imprensa, ou pela tribuna, sem dependência de censura, respondendo cada um pelos abusos que cometer nos casos e pela fôrma que a lei determinar. Não é permitido o anonymato¹⁶.

A Constituição Brasileira de 1934 manteve os direitos individuais assegurados pela constituição anterior, acrescentando outros, mas em razão dos conflitos mundiais entre ideologias capitalistas e comunistas, que repercutiram no Brasil, essa constituição não se manteve por muito tempo¹⁷.

Dispunha seu art. 113:

4) Por motivo de convicções philosophicas, políticas ou religiosas, ninguém será privado de qualquer dos seus direitos, salvo os casos do art. 111, letra b.
9) Em qualquer assumpto é livre a manifestação do pensamento, sem dependência de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um pelos abusos que commeter, nos casos e pela fôrma que a lei determinar. Não é permitido o anonymato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos independe de licença do poder público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra ou de processos violentos para subverter a ordem política e social¹⁸.

Com a instauração do regime ditatorial no Brasil, os direitos e garantias individuais

¹² Felipe Chiarello de Souza Pinto. *Os Símbolos Nacionais e a Liberdade de Expressão*, pp. 85/86.

¹³ Noemi Mendes Siqueira Ferrigolo. Op. cit., 73.

¹⁴ Felipe Chiarello de Souza Pinto. Op. cit., pp. 103/104.

¹⁵ Noemi Mendes Siqueira Ferrigolo. Op. cit., p. 76.

¹⁶ Felipe Chiarello de Souza Pinto. Op. cit., p. 104.

¹⁷ Noemi Mendes Siqueira Ferrigolo. Op. cit., p. 79.

¹⁸ Felipe Chiarello de Souza Pinto. Op. cit., pp. 105/106.

foram restringidos, quando não suprimidos, não havendo que se falar em liberdade de expressão nem de manifestação do pensamento. Isso ocorreu à época da Constituição de 1937, que, apesar de prever a liberdade de expressão e livre manifestação do pensamento, isso não ocorria na prática¹⁹.

Ademais, a Constituição de 1937 admitia, em seu art. 168, *b*, a censura de correspondência e de todas as comunicações orais e escritas na hipótese de estado de emergência, a partir de medidas adotadas pelo Presidente da República²⁰.

A respeito da censura do Estado Novo, são as palavras de Felipe Chiarello de Souza Pinto:

O Estado Novo exerceu ampla atividade censória, culminando com o aparecimento e a ação do Departamento de Imprensa e Propaganda (DIP), que fez história no campo da censura à imprensa. (Pinto, p. 86).

[...]

Desde então, foi instituída a luta pela liberdade de expressão no País. No entanto, apenas em 1946, com a restauração democrática, que voltaram a ser exercidas as garantias constitucionais de liberdade de expressão²¹.

Mais à frente, afirma o autor que “o caráter ditador da Carta de 1937, como vemos, resultou em uma restrição profunda à Liberdade. A criação de um órgão responsável pela censura (DIP) acabou por aumentar o cerco cruel à livre expressão dos cidadãos”²².

Já a Constituição de 1946 proibia a censura prévia de qualquer manifestação, assegurando, deste modo, a livre manifestação do pensamento²³. Em seu art. 44, essa constituição previu a imunidade dos parlamentares no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos. Buscou, assim, maior independência política²⁴.

Em seu art. 141, § 5º, a mesma Constituição previa que:

é livre a manifestação do pensamento, sem que dependa de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo, cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar, pelos abusos que cometer. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos não dependerá de licença do poder público. Não será, porém, tolerada, propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe²⁵.

A mesma constituição, no art. 173, assegurava a liberdade de ciências, letras e artes²⁶. Entretanto, como bem ressalva Felipe Chiarello de Souza Pinto, “[...] na tendência anti-democrática, para a qual se encaminhou o país, começamos a instalação do regime dos Atos Institucionais. Era necessária primordialmente a censura de que tratamos acima para manutenção e bom andamento dos interesses governamentais”²⁷.

De fato, o Ato Institucional n. 1, em seu art. 16, III, proibiu atividades ou manifestações sobre assuntos de natureza política²⁸. Quando o General Castelo Branco, a partir do Golpe de Estado em 1964, assumiu o poder no Brasil, em nome das Forças Armadas, teve início o regime militar, cuja principal característica era a repressão a trabalhadores, estudantes, dirigentes, políticos, intelectuais, entre outros, que eram perseguidos, presos, cassados, torturados ou mesmo mortos. Não se podia divergir, sob pena de ser considerado agitador, desordeiro e inimigo da pátria²⁹. A Constituição de 1967 tinha um capítulo tratando dos direitos e das garantias individuais, mas na prática a teoria era outra.

A essência autoritária da Constituição de 1967 tentou disfarçar uma aparência democrática, assegurando a liberdade de expressão, sem censura e garantindo o direito

¹⁹ Noemi Mendes Siqueira Ferrigolo. Op. cit., pp. 80/81.

²⁰ Felipe Chiarello de Souza Pinto. Op. cit., pp. 106/107.

²¹ Op. cit., p. 86.

²² Op. cit., p. 107.

²³ Noemi Mendes Siqueira Ferrigolo. Op. cit., p. 83.

²⁴ Felipe Chiarello de Souza Pinto. Op. cit., pp. 107/108.

²⁵ Ibid., p. 108.

²⁶ Ibid., p. 108.

²⁷ Op. cit., pp. 108/109.

²⁸ Felipe Chiarello de Souza Pinto. Op. cit., p. 109.

²⁹ Noemi Mendes Siqueira Ferrigolo. Op. cit., pp. 84/85.

de resposta. Nos dizeres de Felipe Chiarello de Souza Pinto:

com a clara intenção de coibir quaisquer manifestações contrárias ao regime em exercício, o texto constitucional utiliza termos subjetivos para garantir a sua interpretação legal. A autoridade policial reprime de acordo com o que entende 'subversivo'.

Um artigo que parece libertar as amarras que caracterizam uma censura militar, na verdade, esconde a fórmula para impedir a liberdade³⁰.

Seguiu na mesma direção a Emenda Constitucional n. 1, de 1969, que buscou restringir e limitar ainda mais a liberdade de expressão, "*era necessária a proibição de publicações e exteriorizações de forma muito dura e acentuada*"³¹. A Emenda Constitucional n. 22, de 1982, assim dispunha em seu art. 30:

b) Não será autorizada a publicação de pronunciamentos que envolverem ofensas às Instituições Nacionais, propagandas de guerra, de subversão da ordem política ou social, de preconceito de raça, de religião ou de classe, configurarem crimes contra a honra ou contiverem incitamento à prática de crimes contra qualquer natureza³².

Chegamos, assim, à Constituição de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, que não só ampliou como também fortaleceu os direitos individuais e as liberdades públicas anteriormente restringidas³³.

De fato, a atual Constituição deu ampla abertura à liberdade de expressão, tendo inclusive proibido qualquer tipo de censura, bem como assegurou a liberdade de expressão artística e cultural. Nos dizeres de Felipe Chiarello de Souza Pinto:

A Constituição de 1988 privilegiou, portanto, a liberdade de expressão do pensamento e a liberdade de informação, fatores vitais para um regime democrático [...]"³⁴.

[...] a Carta Magna de 1988 é a mais ampla no sentido de garantir maior Liberdade de expressão e Pensamento aos cidadãos, além de marcar a consolidação do regime democrático em que vivemos.

Portanto, estamos convencidos de que a defesa dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, contidos na Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, deve nortear nosso pensamento na luta contra as restrições impostas por quaisquer leis menores³⁵.

Foi em 1996 que, como lembra o citado autor:

a luta pela liberdade de expressão ganhou ainda mais força com a adesão do Presidente Fernando Henrique Cardoso ao Tratado de Chapultepec, que consiste em um documento elaborado por escritores, jornalistas e juristas com dez princípios que norteiam a ampla liberdade de imprensa e de expressão. Com esse ato do Presidente, o Brasil aderiu à luta da Sociedade Internacional de Imprensa – SIP, pela liberdade de expressão em todo o mundo.

[...] Segundo o Tratado, não deve existir nenhuma lei ou restrição à liberdade de expressão ou de imprensa, seja qual for o meio de comunicação; não há pessoas nem sociedades livres sem liberdade de expressão e de imprensa; o exercício desta não é uma concessão das autoridades, é um direito inalienável do povo; toda pessoa tem o direito de buscar e receber informação, expressar opiniões e divulgá-las livremente, seja qual for o veículo³⁶.

Após analisar a evolução histórica do direito à liberdade de expressão, Noemi Mendes Siqueira Ferrigolo, especialmente

³⁰ Op. cit., p. 110.

³¹ Felipe Chiarello de Souza Pinto, p. 110.

³² Ibid., p. 111.

³³ Noemi Mendes Siqueira Ferrigolo, p. 90.

³⁴ Op. cit., p. 98.

³⁵ Op. cit., p. 113.

³⁶ Op. cit., p. 98.

considerando a liberdade de imprensa, afirma que:

a liberdade de expressão é um dos fatores que está afeto a elaboração das Cartas políticas brasileiras. Há uma estreita relação entre democracia e liberdade de expressão. Isso porque na medida em que há democracia, a imprensa veicula as informações e, na medida em que a imprensa consegue realizar livremente seu trabalho e sua função, a democracia se aperfeiçoa³⁷.

Mais à frente, a autora afirma que “um dos instrumentos de maior relevância para a democratização do Estado é indiscutivelmente a liberdade individual, intrínseca à liberdade de expressão e da livre manifestação do pensamento”³⁸.

De fato, em um Estado Democrático como o nosso, não pode ser tolhida a liberdade de expressão, não apenas da imprensa, mas de todos os indivíduos que formam a coletividade, já que “a liberdade de expressão não é apenas um valor positivo dentro das comunidades democráticas, mas também essencial”³⁹.

Felipe Chiarello de Souza Pinto transcreve as palavras de Afonso Arinos, que efetivamente representam o aqui exposto: “a livre comunicação dos pensamentos e opiniões é um dos direitos mais preciosos do homem. Todo cidadão deve falar, escrever e imprimir livremente, com a condição de responder pelo abuso desta liberdade, nos casos determinados por lei”⁴⁰.

4. Liberdade de Expressão e Liberdade de Manifestação do Pensamento

Como já afirmando, a CF de 1988 assegura o direito às liberdades de manifestação do pensamento e de expressão, erigindo-os à categoria de direitos fundamentais, assim como também o faz com

relação ao direito de resposta e à indenização por danos materiais, morais ou à imagem. Prescreve:

Art. 5º

IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato.

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

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

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.

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

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada pela IX Conferência Interamericana e a Convenção Européia para Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais também garantem a liberdade de expressão.

Ambos os direitos fundamentais, liberdade de expressão e de manifestação do pensamento, na verdade, se complementam, assegurando ao indivíduo o direito de livremente se expressar e manifestar, seja a partir de um juízo valorativo ou não, seja por meio de uma opinião simplesmente ou de uma crítica.

Segundo Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior, a expressão do pensamento humano não implica, necessariamente, num juízo de valor realizado por aquele que exprime o seu pensamento. Em suas palavras:

O pensamento humano é pluriforme. Em outras palavras, pode manifestar-se por meio de juízo de valor (opinião) ou da sublimação das formas em si, sem se preocupar com o eventual conteúdo valorativo destas. É o que pode ocorrer em

³⁷ Op. cit., p. 93.

³⁸ Op. cit., p. 142.

³⁹ Felipe Chiarello de Souza Pinto. Op. cit., p. 99.

⁴⁰ Op. cit., p. 99.

manifestações como a música, a pintura, o teatro, a fotografia etc. Dessas outras variações da manifestação humana é que cuida o direito de expressão. Em outras palavras, ele tem como objeto as situações em que a expressão, mais do que um meio, é um fim em si própria, o que equivale a dizer que são formas, variações, da manifestação humana.

A peculiaridade do direito de expressão reside na ausência de juízo de valor [...]

Tais observações têm por finalidade estabelecer que, enquanto a opinião diz respeito a um juízo conceitual, uma afirmação do pensamento, a expressão consiste na sublimação da forma das sensações humanas, ou seja, nas situações em que o indivíduo manifesta seus sentimentos ou sua criatividade, independentemente da formulação de convicções, juízos de valor ou conceitos⁴¹.

A liberdade e manifestação de pensamento e a liberdade de expressão nada mais são que garantias ao indivíduo de que ele poderá comunicar-se com os seus, emitindo as suas opiniões, seja a partir de um juízo de valor ou não, isso pouco importa. Assim, a Constituição garante ao indivíduo que ele tem liberdade para se expressar, seja por meios escritos, gestuais, falados ou qualquer outro meio que lhe permita expressar-se, com as mais variadas finalidades e nos mais diversos assuntos, comunicando-se com os seus semelhantes a partir das mais variadas formas e por qualquer meio que torne essa expressão do pensamento possível, como imprensa, rádio, televisão, entre outros.

Para José Afonso da Silva, a liberdade de pensamento é a origem das mais variadas formas de expressão, razão pela qual a doutrina a reconhece como liberdade primária, pois a partir dela o indivíduo adota atitude intelectual de sua própria escolha, seja de forma apenas íntima ou exteriorizada⁴².

Sendo o pensamento interno, ou seja, ninguém sabe o que se passa na cabeça do outro, o indivíduo pode exteriorizar, tornar

público os seus pensamentos, podendo fazê-lo exercendo as liberdades de comunicação, de religião, artística, científica, cultural, entre outras⁴³.

Fato é que a CF permite às pessoas exteriorizarem o que pensam, aquilo que lhes vier à cabeça, popularmente falando. O direito de manifestação do pensamento nada mais faz que garantir a própria essência do Estado Democrático, onde as pessoas são livres para dizerem aquilo que pensam, sem qualquer tipo de censura ou licença⁴⁴.

Assim, a Constituição garante a liberdade de expressão, sendo certo que toda e qualquer pessoa pode expressar aquilo que pensa. A única coisa vedada constitucionalmente é o anonimato. Em outras palavras, as pessoas podem dizer o que pensam, mas desde que assumam a autoria daquilo que foi expressado.

Entretanto, como afirmamos acima, os direitos fundamentais não são absolutos, de modo que as liberdades de expressão e de manifestação do pensamento não escapam à relativização, sendo certo que é livre a manifestação do pensamento, mas desde que não haja qualquer tipo de abuso ou excesso.

Na verdade, as pessoas podem expressar aquilo que pensam, ainda que, por exemplo, tal expressão consista em uma ofensa à honra (injúria, calúnia ou difamação). Nesta hipótese sofrerá as conseqüências penais, respondendo por crime contra a honra, bom como civis, devendo indenizar o ofendido.

Desse modo, as expressões do pensamento, nos dizeres de Alexandre de Moraes, “*são passíveis de exame e apreciação pelo Poder Judiciário, com a conseqüente responsabilidade civil e penal de seus autores, decorrentes inclusive de publicações injuriosas na imprensa, que deve exercer vigilância e controle da matéria que divulga*”⁴⁵.

Assim, é certo que a Constituição assegura a liberdade de expressão, proibindo,

⁴¹ Op. cit., p. 101.

⁴² Op. cit., p. 240.

⁴³ José Afonso da Silva. Op. cit., p. 242.

⁴⁴ Ocorre a censura quando se verifica a compatibilidade entre um pensamento que se pretende exprimir e as normas legais vigentes. Já a licença é a exigência de autorização de qualquer agente ou órgão para que um pensamento possa ser exteriorizado.

⁴⁵ Op. cit., p. 39.

no caso da imprensa, que haja censura prévia. Entretanto, aquele que se expressa de forma errônea, injuriosa ou de qualquer outro modo ofende a honra de alguém ou expressa-se de forma abusiva, representando uma agressão ao Estado Democrático de Direito, deverá ser responsabilizado por aquilo que expressou. É justamente por essa razão, entendemos, que, ao assegurar a liberdade de manifestação do pensamento, a Constituição proíbe que a pessoa sirva-se do anonimato para se expressar.

Realmente, como afirma José Afonso da Silva:

A liberdade de manifestação do pensamento tem seu ônus, tal como o de o manifestante identificar-se, assumir claramente a autoria do produto do pensamento manifestado, para, em sendo o caso, responder por eventuais danos a terceiros. Daí por que a Constituição *veda o anonimato*. A manifestação do pensamento não raro atinge situações jurídicas de outras pessoas a que socorre o direito, também fundamental individual, *de resposta*⁴⁶(grifos do autor).

Certo é que a liberdade de manifestação artística, intelectual e científica, asseguradas pelo IX, do art. 5º, da Constituição, também são formas de expressão do pensamento, sendo certo que qualquer pessoa pode produzir obras intelectuais, artísticas ou científicas, bem como divulgá-las, sem qualquer censura prévia ou licença (salvo aquelas manifestações artísticas sujeitas a uma regulamentação específica, nos termos do art. 220, § 3º, CF)⁴⁷.

Com a mudança das características da sociedade atual, o que pode ser verificado a partir da Revolução Industrial até chegarmos à Sociedade da Informação, em que atualmente vivemos, com predominância dos meios de comunicação e da rápida transmissão de qualquer tipo de mensagem, os direitos fundamentais vêm ganhando contornos diferentes, por vezes reclamando ações mais efetivas para a sua proteção.

Como bem observa Noemi Mendes Siqueira Ferrigolo, “a liberdade de expressão é um dos direitos fundamentais que nos últimos tempos tem passado por profundas transformações, em razão de ser e conteúdo”⁴⁸. A mesma autora, após tecer considerações sobre as influências provocadas pela Sociedade da Informação, afirma que

nesse contexto, cabe ao direito recuperar padrões éticos, acompanhar a dinâmica da vida moderna, sendo flexível e ao mesmo tempo seguro, visando a garantir a expressão de liberdade, pressupondo autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação em relação ao Estado, às entidades públicas e, sobretudo sua relação com as outras pessoas, visando sempre à dignidade⁴⁹.

Fato é que as liberdades de expressão e de manifestação do pensamento são a essência do Estado Democrático. Não faria sentido uma democracia em que os indivíduos não pudessem livremente se expressar. Nos dizeres de Felipe Chiarello de Souza Pinto,

[...] nenhum governo tem o direito de impedir que os indivíduos de sua nação deixem de exprimir, seja na forma escrita, seja na falada, suas considerações a respeito de qualquer assunto que lhes interessa, valendo-se, no entanto, de afirmações verdadeiras. Deste modo, as considerações feitas ao acaso, sem comprovação e que prejudiquem a outrem, devem ser punidas na forma em que a lei indicar⁵⁰.

Entretanto, casos há em que tais direitos sofrerão limitações, pois como já dissemos, nenhum direito fundamental possui natureza absoluta, existem casos em que dois ou mais direitos fundamentais estão em conflito, de modo que um deles deverá prevalecer.

Assim, pode haver uma dada situação concreta em que o direito à liberdade de manifestação ou de expressão do pensamento serão relativizados, para que prevaleça aquele

⁴⁶ Op. cit., p. 244.

⁴⁷ José Afonso da Silva. Op. cit., pp. 252/253.

⁴⁸ Op. cit., p. 71.

⁴⁹ Op. cit., p. 149.

⁵⁰ Op. cit., p. 101.

de maior peso. E isso poderá acontecer caso tais direitos afrontem os símbolos nacionais ou o direito à honra ou à imagem. É o que passamos a analisar.

5. Liberdade de Expressão e Símbolos Nacionais

Inicialmente, entendemos importante trazer um breve histórico acerca do tratamento constitucional dado dos símbolos nacionais ao longo dos anos no Brasil.

Tanto a Constituição do Império, de 1824, como a Constituição de 1981, são omissas com relação aos símbolos nacionais⁵¹.

A primeira vez que os símbolos nacionais foram citados em Constituição Brasileira foi na de 1934, prescrevendo seu art. 163, § 1º:

todo brasileiro é obrigado ao juramento à bandeira nacional, na forma e sob as penas da lei”, e o artigo 174 “a bandeira, o hino, o escudo e as armas nacionais devem ser usados em todo o território do país, nos termos que a lei determinar⁵².

Estabelecido o Estado Novo, com um nítido regime ditatorial, a Constituição de 1937, em seus art.s 2º e 53, respectivamente, prescrevia:

a bandeira, o hino, o escudo, as armas nacionais, são de uso obrigatório em todo o país. Não haverá outras bandeiras, hinos, escudos e armas. A lei regulará o uso dos símbolos nacionais; a bandeira, o hino, o escudo e as armas nacionais são de uso obrigatório em todos os Estados e Municípios; proibidos quaisquer outros símbolos de caráter local⁵³.

Diante dessas disposições constitucionais, Getúlio Vargas promoveu uma cerimônia para a queima das bandeiras dos Estados⁵⁴.

Já a Constituição de 1964, em seu art. 195, prescrevia que “são símbolos nacionais a bandeira, o hino, o selo e as armas vigorantes na data da promulgação desta Constituição. Parágrafo único – Os Estados e os Municípios podem ter símbolos próprios”⁵⁵.

A Constituição de 1967, já com as alterações produzidas pela Emenda Constitucional n. 1, de 1969, previa como símbolos nacionais a bandeira e o hino vigorantes na data de sua promulgação, estabelecendo a competência exclusiva da União para legislar sobre a matéria⁵⁶.

O art. 13, caput, CF de 1988, estabelece a língua portuguesa como o idioma oficial da República Federativa do Brasil, e em seu § 2º estabelece, como seus símbolos nacionais, a bandeira, o hino, as armas e o selo nacionais, autorizando as pessoas jurídicas de direito público interno a estabelecerem os seus símbolos próprios (§ 3º).

Não podemos negar que os símbolos nacionais fortalecem a consciência cidadã e o patriotismo, marcando o respeito à pátria e incentivando a busca por um país melhor.

Tanto isso é verdade que a atual Constituição tratou dos símbolos nacionais dentro do Título dos Direitos e Garantias Fundamentais. E a matéria é regulada atualmente pela Lei n. 5.700/71.

Ao comentar essa lei, Felipe Chiarello de Souza Pinto, afirma que se trata de uma lei muito subjetiva, pois utiliza expressões como “atividade subversiva”, guardar a bandeira em “local digno”, entre outras, cuja interpretação do que sejam essas expressões fica a cargo do intérprete⁵⁷.

O autor afirma, ainda, que esta lei não está “*mais amparada pelo cotidiano da população*”⁵⁸. Acredita ele também que o art. 24 desta lei, que traz as regras para a execução do hino nacional, fere o direito à liberdade de expressão⁵⁹, e que só pela existência de seu art. 30 a lei já seria inconstitucional, já que o tratamento dado aos homens fere o princípio

⁵¹ Felipe Chiarello de Souza Pinto. Op. cit., p. 71.

⁵² Ibid., p. 72.

⁵³ Felipe Chiarello de Souza Pinto. Op. cit., p. 72.

⁵⁴ Ibid., p. 73.

⁵⁵ Ibid., p. 73.

⁵⁶ Ibid., p. 74.

⁵⁷ Op. cit., pp. 116/117.

⁵⁸ Op. cit., p. 117.

⁵⁹ Op. cit., p. 118.

da igualdade⁶⁰. Para ele, a lei foi criada para impedir manifestações dos:

estudantes e operários que saíam as ruas protestando contra esse período obscuro [ditadura] de nossa história, munidos da bandeira nacional, ou até de uma reprodução dela em suas vestimentas, cantando o Hino. Qual a melhor maneira de reprimir a identificação da massa popular com os Símbolos Nacionais que uma Lei como a de 1971?⁶¹

Após tecer diversas considerações acerca do caráter extremamente subjetivo da lei em questão, bem como de sua falta de aplicabilidade popular, ou seja, o fato de não ser eficaz, bem como a situação política de repressão, buscando-se evitar manifestações e manter a ditadura, o autor afirma que se trata de lei inconstitucional.

Entendemos não ser caso de discutir a constitucionalidade ou não dessa lei, mas sim o fato de ter sido ou não recepcionada pela Constituição atual, que lhe é posterior.

Realmente, a lei surgiu em um período em que a liberdade de expressão era mínima, para não dizer nenhuma. Entretanto, apesar de ser uma lei extremamente rígida no que concerne à utilização dos símbolos nacionais, não podemos dizer que tal lei não tenha sido recepcionada pela nossa Constituição.

Fato é que a questão dos símbolos nacionais é extremamente importante, já que se refere a questões de soberania, patriotismo e respeito ao Estado Brasileiro, já que o respeito aos símbolos nacionais de um Estado representa o respeito ao próprio Estado, de modo que a utilização dos símbolos não pode ser banalizada.

Não podemos afirmar, entretanto, que esta lei tenha total aplicabilidade. Tomemos alguns exemplos da inaplicabilidade prática desta lei nos dias atuais.

Dispõe o § único do art. 14 que é obrigatório o hasteamento solene, nas escolas públicas ou particulares, da Bandeira Nacional durante o ano letivo, pelo menos uma vez por semana. Quais são as escolas que cumprem essa obrigação cívica?

Outro exemplo que ressalta a falta de aplicabilidade desta lei refere-se às disposições que encontramos em seu art. 31. Confira-se:

Art. 13. São consideradas manifestações de desrespeito à Bandeira Nacional, e, portanto proibidas:

- I – Apresentá-la em mau estado de conservação;
- II – Mudar-lhe a forma, as cores e as proporções, o dístico ou acrescentar-lhe outras inscrições;
- III – Usá-la como roupa, reposteiro, pano de boca, guarnição de mesa, revestimento de tribuna, ou como cobertura de placas, retratos, painéis ou monumentos a inaugurar;
- IV – Reproduzi-la em rótulos ou invólucros de produtos expostos à venda.

Não é segredo que diversos são os objetos e as vestimentas que ostentam a bandeira nacional. São enfeites decorativos, bonés, roupas íntimas, biquínis, vestuários em geral, guardanapos, pratos e muitos outros.

Pode-se observar claramente que essas disposições não são observadas. O que não significa que os indivíduos que, por exemplo, têm a bandeira nacional em suas vestimentas ajam com desrespeito a este símbolo nacional.

Faz parte da liberdade de expressão dos indivíduos o direito de poder expressar a consideração e o respeito que possuem à bandeira de seu Estado, de modo que proibir essa forma de expressão é uma afronta ao Estado Democrático de Direito.

Felipe Chiarello de Souza Pinto traz um exemplo a partir de uma notícia veiculada no jornal O Estado de São Paulo, em 02 de julho de 1998, cujo título era “*Para STF, governo feriu lei ao mudar bandeira*”. Confira-se a matéria:

Brasília – Durante a comemoração dos quatro anos do Plano Real, ontem, em Brasília, o governo federal pode ter desrespeitado a lei

⁶⁰ Op. cit., p. 118.

⁶¹ Op. cit., p. 120.

que trata dos símbolos nacionais, segundo ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) e advogados. O painel colocado no palco em que o presidente Fernando Henrique Cardoso discursou e as faixas instaladas no alto dos prédios dos ministérios traziam a imagem da bandeira nacional modificada. Na hipótese de o gesto ser considerado irregular, fica caracterizada a contravenção prevista na Lei n. 5.700, de 1971, sujeita a pagamento de multa. O governo nega que tenha cometido infração, argumentando que apenas apresentou uma versão estilizada da bandeira, o que seria permitido, segundo o porta-voz da Presidência, Sérgio Amaral. No lugar do círculo azul presente na bandeira nacional, o governo incluiu uma moeda do real. Para ministros do STF e advogados consultados, o governo desrespeitou a lei e a Constituição ao modificar a bandeira⁶².

Outro exemplo de inaplicabilidade prática dessa lei refere-se ao art. 33, que assim dispõe: “Nenhuma bandeira de outra nação pode ser usada no País sem que esteja ao seu lado direito, de igual tamanho e em posição de realce, a Bandeira Nacional, salvo nas sedes das representações diplomáticas ou consulares”.

É comum estrangeiros residentes no Brasil que, especialmente em dias de jogos de futebol que penduram as bandeiras dos respectivos países na janela de suas residências. Isso sim é uma falta de respeito ao símbolo nacional de nosso país. Ora, o indivíduo mora aqui, trabalha aqui e sua conduta é totalmente desrespeitosa para com o nosso país. Esse é o tipo de conduta que com certeza deve ser punida nos termos do art. 35 da Lei n. 5.700/71.

É uma hipótese em que a liberdade de expressão encontra-se em conflito com a proteção aos símbolos nacionais e é a proteção a estes que deve prevalecer, em detrimento daquela. E isso porque a liberdade de expressão, como já afirmamos, encontra limites em outros direitos fundamentais e, a

partir da análise do caso concreto, é um direito fundamental que deve ser relativizado.

Outra já é a situação quando tratamos das regras para execução do hino nacional dispostas no art. 24 desta lei. Confira:

Art. 24. A execução do Hino Nacional obedecerá às seguintes prescrições:

I – Será sempre executado em andamento metronômico de uma semínima igual a 120 (cento e vinte);

II – É obrigatória a tonalidade de si bemol para a execução instrumental simples;

III – Far-se-á o canto sempre em uníssono;

IV – Nos casos de simples execução instrumental tocar-se-á a música integralmente, mas sem repetição; nos casos de execução vocal, serão sempre cantadas as duas partes do poema;

V – Nas continências ao Presidente da República, para fins exclusivos do Cerimonial Militar, serão executados apenas a introdução e os acordes finais, conforme a regulamentação específica.

O que comprova a falta de eficácia desta lei é o seu art. 35, que determina a punição do infrator das disposições desta lei à pena de um a quatro salários mínimos, elevada ao dobro em caso de reincidência. O processo para essa punição segue o rito previsto para as contravenções penais.

Em algumas situações, não poderia ser diferente. Não faria qualquer sentido punir uma pessoa que, ao se utilizar de seu direito à liberdade de expressão o faz utilizando-se de símbolos nacionais, como no exemplo que demos com relação à utilização da bandeira nacional em sua vestimenta.

Também não faria sentido punir um artista que expressa sua arte em pinturas e o faz, por exemplo, dando cores ou formatos diferentes à bandeira nacional. Nesta hipótese, há conflito entre a liberdade de expressão e a proteção aos símbolos nacionais, nos termos da lei infraconstitucional, mas aquele direito certamente deverá prevalecer sobre esse.

Com relação à aplicabilidade desta lei nos dias atuais, é certo que muitos de seus dispositivos perderam o vigor. Isso ocorreu

⁶² Op. cit., pp. 123/124.

não por conta da falta de respeito para com os símbolos nacionais, mas sim em razão da evolução social, da forma pela qual as pessoas passaram a lidar com essa questão dos símbolos nacionais.

Além de ser uma forma de preservar e consagrar os símbolos nacionais, a utilização deles através da liberdade de expressão é uma manifestação de respeito do indivíduo para com os símbolos nacionais. Retirar do indivíduo o direito de se expressar utilizando-se os símbolos de expressão, seja por meio de uma pintura, desenho, vestimenta ou qualquer outra coisa é uma afronta a este direito fundamental.

Alguns dos exemplos que demos acima comprovam essa situação, ou seja, corroboram a tese da total ineficácia, inaplicabilidade e aceitação social desta lei que trata dos símbolos nacionais quando confrontada com o direito à liberdade de expressão.

Realmente, como já afirmamos, em algumas situações seria injusto punir o indivíduo nos termos dessa lei. Na época do regime militar, quando esta lei entrou em vigor, certamente pessoas que a contrariassem eram punidas, até porque se não fossem seria uma afronta ao governo. A intenção dos militares era justamente acabar com qualquer tipo de manifestação popular que envolvesse símbolos nacionais. Dá até a impressão de que os símbolos nacionais eram apenas para os governantes, sendo que estes obrigavam a utilização destes símbolos pelos particulares em determinadas situações não para despertar um sentimento de patriotismo e de respeito ao Estado, mas para demonstrar que quem realmente mandava eram os militares.

O grande problema refere-se à época em que esta lei entrou em vigor. Na época do regime militar a intenção dos governantes realmente era podar totalmente a liberdade de expressão. Mas hoje a Constituição assegura o direito à liberdade de expressão, de modo que os indivíduos podem expressar-se livremente, podendo, inclusive fazer uso dos símbolos nacionais, mas não podendo fazer uso do anonimato.

Como já afirmamos, não podemos dizer que a Lei n. 5.700/71 é inconstitucional, pois anterior à nossa atual Constituição. Também não podemos afirmar que tal lei não tenha sido

recepção pela Constituição de 1988 pelo simples fato de esbarrar no direito à liberdade de expressão e de manifestação do pensamento. Deve, isso sim, ser analisado sempre o caso concreto, para que se aplique o princípio da proporcionalidade, verificando-se qual direito fundamental deverá prevalecer, pois os símbolos nacionais são direitos fundamentais.

Se assim não fosse, chegaríamos ao extremo de dizer que crianças que na escola estão aprendendo a desenhar a bandeira cometeriam essa infração ao pintá-la de cor errada. Ou que a venda de vestimentas com a bandeira desenhada seria uma infração, bem como o seu uso. Quando na verdade demonstram respeito e sentimento de patriotismo.

É um rigor extremo para os dias atuais, mas compatível com a situação política vivenciada à época do regime militar, quando buscava-se conter manifestações contrárias a esse regime com a utilização dos símbolos nacionais.

Fato é que algumas disposições estão realmente em desuso, mas o que não significa dizer que a lei seja inconstitucional, até porque, como já afirmamos, seria caso de recepção. A lei está em pleno vigor, embora não seja eficaz.

Dissemos que sempre deve ser analisado o caso concreto quando houver conflito entre a liberdade de expressão e a proteção aos símbolos nacionais, porque o princípio da proporcionalidade nunca se aplica de forma abstrata, mas sempre concreta, analisando quais os direitos que naquele caso encontram-se em conflito, para que se defina qual deles deverá prevalecer. Assim, quando se confrontam os símbolos nacionais com a liberdade de expressão, podemos dizer que se trata de dois direitos fundamentais em conflito. Sim, porque ambos estão previstos no Título II CF, que trata justamente “Dos Direitos e das Garantias Fundamentais”.

Ora, é hipótese de aplicação do princípio da proporcionalidade. Sim, mas a questão não é tão simples assim. Como dissemos, não há uma regra para decidir qual dos direitos fundamentais deve prevalecer em relação ao outro, deve sempre ser analisado o caso concreto, já que nenhum direito fundamental

vale mais que o outro quando abstratamente considerados.

Assim, uma análise do caso concreto permitirá dizer se deverá prevalecer a liberdade de expressão ou de manifestação do pensamento ou o respeito ao símbolo nacional. Imaginemos dois exemplos. No primeiro deles um artista pinta um quadro com a bandeira nacional com uma forma diferente daquela estabelecida em lei, mas é visível que se trata da bandeira brasileira. Ora, esta pessoa está expressando a sua arte e consagrando um símbolo nacional. Não podemos dizer que se trata de um ato de desrespeito para com este símbolo nacional, muito ao contrário, o artista poderia ter pintado alguma outra coisa, mas não, ele pintou um símbolo do nosso Estado. É diferente daquele que, por exemplo, coloca a bandeira nacional em algum objeto erótico, ou daquele que a queima em praça pública.

Já ressaltamos que a lei traz regras extremamente rigorosas para a execução do hino nacional, o que inevitavelmente esbarra no direito à liberdade de expressão. Chegaríamos ao absurdo de pretender punir aquele que, por exemplo, ao tomar banho, canta o hino nacional, quando na verdade tal manifestação é patriótica. Ora, o sujeito está cantando o hino nacional! Isso demonstra um sentimento que ele tem pelo seu Estado nacional.

É claro que sempre existirão situações de desrespeito para com os símbolos nacionais a partir da liberdade de expressão ou de manifestação do pensamento. E é justamente por isso que não podemos deixar de aplicar a lei em questão, porque deve existir a punição em seus termos daquele que utiliza os símbolos nacionais em flagrante situação de desrespeito.

Ora, se entendêssemos que essa lei não faz mais parte do nosso ordenamento jurídico, situações desrespeitosas não poderiam ser punidas. Mas também não podemos considerar o total vigor desta lei a ponto de punir situações que não mereceriam qualquer tipo de punição, por não serem desrespeitosas, não implicando em nenhuma afronta aos símbolos nacionais. Afrontariam apenas a lei, mas é certo que o ordenamento jurídico deve se amoldar à situação atual, à evolução da sociedade e às suas efetivas necessidades.

Vale ressaltar que a Lei n. 6.620/78 define os crimes contra a Segurança Nacional, tipificando as seguintes condutas:

Art. 18. Destruir ou ultrajar a bandeira, emblemas ou escudo da Nação amiga, quando expostos em lugar público.

Pena: detenção, de 6 meses a 1 ano.

Art. 41. Destruir ou ultrajar a bandeira, emblemas ou símbolos nacionais, quando expostos em lugar público.

Pena: reclusão, de 1 a 4 anos.

Realmente, se um indivíduo destruir um símbolo nacional, apesar de ter sua liberdade de expressão e manifestação do pensamento assegurada constitucionalmente, não pode sair ileso. Esse tipo de manifestação não apenas ofende o símbolo nacional em si, mas o próprio Estado.

Um exemplo foi o que ocorreu nos Estados Unidos, no caso Texas x Jonhson, em que este queimou a bandeira nacional em protesto contra o Governo Reagan e algumas corporações com base em Dallas, chocando diversas testemunhas que se sentiram ofendidas pelo ato de queima do símbolo nacional. Em recurso final à Suprema Corte, o acusado conseguiu reverter sua condenação, criando-se um parecer legal do órgão Supremo do Judiciário do país, declarando-se a Lei dos Símbolos Nacionais contrária à primeira emenda à Constituição dos Estados Unidos da América e, portanto, inconstitucional. A legislação norte-americana trata com rigor a questão dos símbolos nacionais, especialmente com relação à bandeira⁶³.

Ao discutir esse caso específico, em que é flagrante o conflito entre o direito à liberdade de expressão e a proteção aos símbolos nacionais, alguns juristas norte-americanos discutiram o tema.

Norman Dorsen, professor da New York University, acredita que a liberdade de expressão sobrepõe-se ao símbolo nacional. Ele é contrário à emenda constitucional que quer restringir a liberdade de expressão, da mesma forma que Burt Neuborne, na mesma

⁶³ Op. cit., p. 27.

universidade⁶⁴. Já para Lawrence Sager, “a bandeira deve ser parte de nós e de nossa liberdade de expressão”⁶⁵. Para Richard Parker “a Emenda Constitucional, para a proteção da bandeira dos EUA há dez longos anos. Demonstra, claramente, sua vontade de introduzir um mínimo de respeito, no texto legal, para algo que ele defende como parte fundamental da unidade nacional”⁶⁶.

6. Liberdade de Expressão e Publicações Humorísticas

Outra situação em que podemos observar a existência de conflito é a que se refere à relação entre o direito à liberdade de expressão e de manifestação do pensamento e as publicações humorísticas.

Fato é que diversas são as publicações que atualmente circulam com caráter flagrantemente humorístico. Entretanto, não podemos deixar de observar que, por vezes, tais publicações acabam por ofender a honra de alguma pessoa, ou até mesmo os bons costumes.

É o caso de cartunistas, por exemplo, cuja função resume-se a publicações humorísticas em jornais, revistas, ou qualquer outro meio de comunicação. São charges, piadas meramente escritas, caricaturas etc. Também não podemos nos esquecer de programas televisivos cujo foco é justamente o humor, como por exemplo o programa Pânico na TV.

Situações há em que tal liberdade de expressão esbarra em direitos fundamentais, como o direito à privacidade, à honra e à imagem, assegurados pela CF, no art. 5º, X, que assim dispõe: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Deste modo, aquele que se sentir lesado com algum tipo de humor relacionado à sua pessoa, poderá pleitear a respectiva indenização, sem prejuízo de eventual queixa-crime para punição pelo crime contra a honra. “A lei não excluirá da aplicação do Poder

Judiciário lesão ou ameaça a direito”. É o que dispõe o art. 5º, XXXV, CF, corroborando o acima exposto.

Como dissemos anteriormente, nenhum direito fundamental é absoluto, todos são relativos, aplicando-se o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade quando um ou mais direitos estiverem em conflito, de modo que deverá prevalecer aquele que, no caso concreto, tem mais importância.

É verdade que a grande maioria das publicações humorísticas não se revestem de *animus injuriandi* ou *animus difamandi*, mas sim *animus jocandi*. Em outras palavras, buscam os autores das publicações divertir as pessoas e não ofender aquele indivíduo relacionado à publicação. Entretanto, o direito não pode permitir que, a pretexto do divertimento de algumas pessoas, outra pessoa sintase lesada com este tipo de humor.

Como exemplo, citemos o caso de Ronaldo, o Fenômeno, que na época da Copa do Mundo de 2006 era extremamente criticado por estar acima de seu peso. A partir do momento em que diversas caricaturas suas foram publicadas, as pessoas começaram a divertir-se às custas de seu excesso de peso. Ora, aquilo para ele poderia não ser tão divertido assim, não se tratar de humor, mas sim de humilhação. Nesta hipótese, sentindo-se ele lesado com tal situação, seria justo o Judiciário manter-se inerte diante da lesão que lhe fora causada? Por óbvio que não. Em sendo o caso de Ronaldo recorrer ao Poder Judiciário, certamente alguma indenização moral lhe seria devida.

Diversas são as publicações humorísticas relacionadas a uma determinada classe, que ressaltando qualidades marcantes de uma raça, de uma cor de pele, entre outros. Não é incomum encontrarmos caricaturas de pessoas negras cujos lábios são maiores, ressaltando tal característica de pessoas dessa cor.

Fugindo um pouco da questão das publicações, vamos analisar os programas de rádio e TV que fomentam, por diversas vezes, um humor sádico. É o caso, entre outros, do Programa da MTV onde João Gordo busca “divertir” os telespectadores com os participantes do programa, que na maioria das vezes são humilhados, fazem coisas asquerosas, como ver quem consegue tomar

⁶⁴ Felipe Chiarello de Souza Pinto. Op. cit., pp. 28/29.

⁶⁵ Ibid., p. 29.

⁶⁶ Ibid., p. 29.

mais rápido alguns litros de coca-cola e depois vomitam. Como se tudo isso fosse divertido. Mas isso não é o pior. O pior é que, se o programa continua indo ao ar, tem audiência!

Problemas maiores encontramos quando as publicações humorísticas, na verdade, fomentam nas pessoas sentimentos de ódio, de raiva e discriminação, enfim, de total desprezo pelos direitos humanos. Nestas hipóteses, é óbvio que são os direitos fundamentais violados que deverão prevalecer sobre a liberdade de expressão ou de manifestação de pensamento.

Um art. de internet⁶⁷ traz diversos exemplos dessas situações:

Programas de rádio e TV destilam doses diárias de ódio à "turma dos direitos humanos". Humoristas parodiam o programa Tudo por Dinheiro, de Silvio Santos, imaginando situações de sadismo extremo com o brado final de alegria: "Ele morreu! Ele morreu! Ele morreu!" Na mesma onda, André Forastieri (*Folha de S. Paulo*, setembro), criticando a festa da MTV, propôs a morte da atriz Regina Casé, causando tanta indignação que o jornal excluiu sua coluna Ondas Curtas. Muito a propósito, a revista *Veja* (20.IX) anunciou Tempo de porcaria, numa reportagem sobre a "cultura lixo", que celebrava coisas como o grupo "musical" *Mamonas Assassinas*, que "detona (sic) os migrantes nordestinos, os farofeiros de fim de semana e as mulheres. Mais politicamente incorreto, impossível". Dizer que a detonação de mulheres e nordestinos seria "politicamente incorreta" apenas reforça o velado apelo ao estupro e ao assassinio.

[...]

Xenofobia e homofobia na imprensa. Se na Europa multiplicam-se publicações humorísticas de fundo racista, como os Guias para Xenófobos, da Ravette Books (Bruxelas), no Brasil a imprensa segue a onda e cede às pulsões primitivas, fazendo, cada vez mais freqüentemente, uso de expressões chulas, vulgares e obscenas. O

autoproclamado "macaco Simão" forjou um modelo de comentário debochado, que vem se firmando na *Folha de S. Paulo*, onde um caderno *Mais!* foi dedicado à literatura pornográfica, todo ilustrado por desenhos grosseiros de época, provocando mal-estar entre leitores conservadores. Em setembro, a colunista Barbara Gancia publicou artigo intitulado Homossexual é sabão para partes íntimas, discorrendo levemente sobre o tema. Ainda mais confuso, André Forastieri, editor da revista *General*, escreveu artigo no *Folhateen*, decretando que "o rock é e sempre foi coisa de bicha, por definição", pois "esse negócio de querer aparecer, de ser rebelde, de rebolar e mostrar a todos como sua sensibilidade é aguçada - meio perobinha, não?". Para ele, "qualquer modelo tonta que dá uma bicota em outra já quer os privilégios de ser *lesbian chic* e nos cérebros de minhoca de certas bichas "modernas" e "descoladas", ser bicha já é suficiente para merecer um tratamento especial". Mas ele conclui: "O importante para você, leitor homossexual, é ter consciência que ser homossexual não te garante tratamento vip. Aliás, nem tratamento igual. Os ricos têm privilégios sobre os pobres, os brancos sobre os negros, os homens sobre as mulheres, os bonitos sobre os feios, os heterossexuais sobre os homossexuais. É duro? É injusto? É a vida'.

São bastante comuns as publicações nesse sentido, mas deve haver um controle sobre isso. Não um controle no sentido de censura ou licença, o que é vedado constitucionalmente, mas um controle *a posteriori*, feito não necessariamente por órgãos públicos, mas pelo próprio ofendido. Assim, caso uma pessoa venha a se sentir lesada com algum tipo de publicação que a ofenda, poderá recorrer ao Poder Judiciário para ver sua honra restaurada, a partir do pagamento de indenização por danos morais.

Também poderá o ofendido recorrer à Justiça Criminal, ingressando com uma

⁶⁷ <<http://www.fflch.usp.br/dlo/cej/gpd/extremis.html>>
Acesso em 18 de março de 2007 às 19:48hs.

queixa-crime contra o autor da ofensa pela prática de crime contra a honra.

São situações em que há flagrante ofensa à imagem da pessoa, por exemplo, comunidades em sites de relacionamentos direcionadas a uma pessoa específica, com montagens em sua fotografia. Podemos visualizar a ofensa, também em determinadas charges humorísticas em que poderá a pessoa, objeto do humor, sentir-se lesada.

Fugindo um pouco do tema “publicações humorísticas”, podemos citar como exemplo de humor em que poderá haver excesso na liberdade de expressão, gerando ofensa à imagem e à honra da pessoa, aqueles quadros que normalmente passam nos programas da TV Globo, no Fantástico e no Jornal Nacional, em que um cartunista traz uma situação de uma pessoa, geralmente famosa (presidente da república, ministros, técnico de futebol, entre outros), que representa algum defeito seu.

Ora, em tais situações, há flagrante abuso do direito à liberdade de expressão, uma vez que este direito encontra limite na honra, na imagem e na própria dignidade da pessoa humana, de modo que não se afigura justo que sejam ressaltados os defeitos de uma pessoa, suas gafes ou qualquer outra situação constrangedora de forma pública, em rede nacional.

Entretanto, embora analisando a situação de uma forma geral possamos visualizar a ofensa àquela pessoa objeto do humor, pode ser que ela não se sinta ofendida, pode ser que realmente entenda aquilo como um simples humor, apenas para divertimento mesmo, hipótese em que não adotará nenhuma medida judicial cabível.

Dissemos que a grande maioria das publicações humorísticas é acompanhada de *animus jocandi*, ou seja, o autor da publicação não pretende, com ela, ofender a pessoa objeto da publicação, muito ao contrário, pretende divertir tanto essa pessoa como as demais, demonstrando até que tem certo apreço por ela.

Nas hipóteses em que é flagrante e notório o *animus injuriandi* do autor da publicação, não há que se discutir mais nada, sendo plenamente cabível a indenização por danos morais e à imagem. Mas quando a intenção do autor da publicação jamais foi a de

ofender a pessoa objeto da publicação, mas tendo esta se sentido ofendida, da mesma forma, cabível a indenização pelos danos morais e à imagem. E isto porque se trata do íntimo daquela pessoa. Não seria justo o Poder Judiciário não dar guarida ao direito daquela pessoa objeto da publicação sob o fundamento de que a publicação humorística foi desacompanhada da intenção de ofender.

Mencionamos o caso das comunidades virtuais criadas no ambiente virtual do site *Orkut*. Houve um caso em que um aluno de uma faculdade de Contagem, Minas Gerais, criou uma comunidade para um outro aluno, com textos ofensivos. Em decisão da 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, o criador da comunidade deverá indenizar o ofendido em R\$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais) por danos morais. A intenção do criador da comunidade era zombar da aparência da vítima, comparando-o a um extraterrestre.

A descrição da comunidade dizia que sua criação seria para promover espaço para discussão do fenômeno “*que não se sabe sequer o planeta de origem... A assimetria que possui (sic) na proporção do seu crânio em relação a seu corpo nos faz pensar que foi ele quem atacou Varginha*”. A comunidade também continha comentários pejorativos sobre o modo de falar do ofendido durante as aulas. Alegando que, após a disponibilização da comunidade no *Orkut*, foi vítima de chacotas, olhares de deboche, risadas e comentários maldosos na faculdade, o aluno ajuizou ação de indenização por danos morais contra o criador da comunidade. Entre outros argumentos, o criador da comunidade alegou que as brincadeiras são muito comuns no meio universitário e que as adjetivações acerca do ofendido já eram correntes entre os colegas. Este exemplo demonstra que, ainda que haja apenas a intenção de “fazer rir”, tendo havido ofensa à pessoa objeto da publicação, é cabível a indenização por danos morais.

Não podemos dizer que a intenção do criador desta comunidade foi única e exclusivamente a de ofender a honra e a imagem da vítima. De qualquer forma, ainda que não tenha agido com essa intenção, sua conduta ofendeu a vítima, que recorreu ao

Judiciário pleiteando a indenização moral pelos danos sofridos.

E o mesmo raciocínio deve ser aplicado quando estamos diante de liberdade de expressão que envolva símbolos nacionais de forma a ofender o próprio Estado, bem como seus nacionais, que se sentem ofendidos em seu patriotismo a depender do tipo de publicação. Neste caso, como a questão de símbolos nacionais envolve interesses difusos, ou seja, titularizados por um grupo indeterminado de pessoas, não é possível que a indenização pelo abuso do direito de liberdade de expressão seja direcionada a alguém específico, sendo certo que este grupo indeterminado será moralmente indenizado, com a reversão de tal valor para o fundo fluído de reparação, conforme prevê a Lei da Ação Civil Pública, Lei n. 7.347/85.

7. Conclusões

A liberdade de expressão e a liberdade de manifestação do pensamento são direitos fundamentais do indivíduo, assegurados pela CF que garantem a própria existência do Estado Democrático de Direito. Estado este no qual todos os indivíduos são livres para expressar suas idéias, seja por meios artísticos ou não, seja a partir de um juízo de valor ou não. Tais direitos podem ser exercidos sem qualquer tipo de censura ou licença, o que, aliás, é vedado constitucionalmente.

A Constituição veda, ainda, que, ao fazer uso da liberdade de expressão ou do pensamento o indivíduo se utilize do anonimato. Tal vedação está de acordo, inclusive, com o direito constitucionalmente assegurado à resposta pela ofensa. Assim, aquele que se sentir ofendido a partir do que outro indivíduo expressou, poderá fazer uso do direito de resposta, para o quê precisa saber quem é o autor da ofensa.

O direito de resposta pode ser exercido sem prejuízo da indenização por danos materiais, morais e à imagem. Assim como todos os direitos fundamentais, as liberdades de expressão e de manifestação do pensamento são direitos relativos.

Diante da relativização dos direitos fundamentais, quando dois ou mais deles encontram-se em conflito, após a análise do

caso concreto e com a aplicação do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, chega-se à conclusão de qual deverá prevalecer. Ou seja, no caso em concreto um dos direitos terá maior peso que o outro. É justamente a partir da aplicação do princípio da proporcionalidade que se resolvem os conflitos entre tais direitos e a proteção aos símbolos nacionais e à honra e à imagem da pessoa.

Assim, a liberdade de expressão ou de manifestação do pensamento quando em conflito com a proteção dos símbolos nacionais, ambos direitos fundamentais, poderá ou não ser preservada. Se no caso concreto vislumbra-se uma ofensa aos símbolos nacionais a partir do que o indivíduo expressou, certamente esse direito à liberdade de expressão deverá ser mitigado, para que se protejam os símbolos nacionais, que neste caso devem prevalecer.

Entretanto, no caso de a liberdade de expressão não gerar qualquer ofensa à proteção aos símbolos nacionais, ainda que seja contrária à Lei n. 5.700/71, não deverá ser restringida, uma vez que a Constituição assegura a liberdade de expressão. Assim, na hipótese de uma manifestação artística, cultural ou musical que envolva os símbolos nacionais não poderá ser restringida. Até porque, além do fato de a mencionada lei ser da época do Regime Militar e a Constituição, que lhe é posterior assegurar a liberdade de expressão, a constante mutação social implica que se utilizem novos conceitos e se adotem novas posturas, de modo que, nos dias de hoje, não se vê como uma afronta ao Estado o fato de uma pessoa utilizar da bandeira nacional em suas vestimentas, por exemplo.

As liberdades de expressão e de manifestação do pensamento também encontram limites no direito à honra, à imagem e à própria dignidade humana, pois se um indivíduo expressar-se pretendendo causar divertimento às pessoas, seja por meio de publicações, seja por meio de programas televisivos, e acabar por ofender a pessoa objeto do humor, ainda que não tenha agido com essa intenção, será cabível a indenização por danos morais e também à imagem, mas desde que pleiteados pelo ofendido.

REFERÊNCIAS

- ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. rev. e atualizada até a EC n. 31/00. São Paulo: Saraiva, 2001.
- FERRIGOLO, Noemi Mendes Siqueira. **Liberdade de Expressão**: direito na sociedade da informação: mídia, globalização e regulação. São Paulo: Pillares, 2005.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21 ed. atualizada até a EC nº 53/06. São Paulo: Atlas, 2007.
- PINTO, Felipe Chiarello de Souza. **Os Símbolos Nacionais e a Liberdade de Expressão**. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23 ed. rev. e atualizada nos termos da Reforma Constitucional (até a Emenda Constitucional n. 42). São Paulo: Malheiros, 2004.
- FFLCH. <<http://www.fflch.usp.br/dlo/cej/gpd/extremis.html>> Acesso em 18 de março de 2007 às 19:48hs.