

**A LIBERDADE DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA E O DIREITO À NÃO
DISCRIMINAÇÃO: OBRAS DE ARTE E O PROBLEMA DO DISCURSO
DE ÓDIO**

[FREEDOM OF ARTISTIC EXPRESSION AND THE RIGHT TO NON-
DISCRIMINATION: WORKS OF ART AND THE PROBLEM OF HATE SPEECH]

Felipe Peixoto de Brito
felipe.brito@academico.ufpb.br
<https://orcid.org/0000-0002-0363-0118>

Doutorando em Ciências Jurídicas (UFPB). Mestre e Bacharel em Direito (UFRN). Advogado.

DOI: [10.25244/tf.v16i1.5394](https://doi.org/10.25244/tf.v16i1.5394)

Recebido em: 21 de março de 2023. Aprovado em: 10 de maio de 2023

Caicó, ano 16, n. 1, 2023, p. 167-179
ISSN 1984-5561 - DOI: [10.25244/tf.v16i1.5390](https://doi.org/10.25244/tf.v16i1.5390)
Dossiê Ética e Cidadania



**A liberdade de expressão artística e o direito à não discriminação:
obras de arte e o problema do discurso de ódio**
PEIXOTO DE BRITO, Felipe

Resumo: O problema filosófico se expressa numa questão: é possível a intervenção estatal em obras artísticas que se configurem em discursos de ódio? A hipótese apresentada é de que é possível essa intervenção, em casos específicos. O objetivo geral é examinar o arcabouço jurídico aplicável acerca do problema. São delimitados como objetivos específicos: explorar direitos envolvidos nos casos em análise, e como esse conflito pode ser resolvido; explicitar a relação entre direito e arte; averiguar se a expressão artística pode ser um tipo de discurso de ódio, e se a obra e a pessoa do autor se confundem para fins de discurso de ódio. O método utilizado é o hipotético-dedutivo, com referencial teórico a partir da filosofia do direito.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Discurso de Ódio. Intervenção Estatal. Obras de arte. Filosofia.

Abstract: The philosophical problem is expressed in a question: is state intervention possible in artistic works that are configured in hate speech? The hypothesis presented is that this intervention is possible, in specific cases. The general objective is to examine the applicable legal framework on the problem. The specific objectives are: to explore rights that are involved in the cases under analysis, and how this conflict can be resolved; to explain the relationship between law and art; to investigate if the artistic expression can be a type of hate speech, and if the work and the person of the author are the same for the purposes of hate speech. The method used is the hypothetical-deductive, with theoretical reference from the philosophy of law.

Keywords: Human Rights. Hate Speech. State Intervention. Works of art. Philosophy.

**A liberdade de expressão artística e o direito à não discriminação:
obras de arte e o problema do discurso de ódio**
PEIXOTO DE BRITO, Felipe

1 INTRODUÇÃO

A arte é um tema multidimensional que se relaciona com as mais diferentes áreas, entre elas o direito. Da mesma forma que a arte é diversificada, assim também é o direito, e esses dois âmbitos de estudo apresentam elementos de conexão nos mais distintos aspectos jurídicos, artísticos e filosóficos. Um dos elementos que conecta o direito e a arte é a problemática que envolve o discurso de ódio. Esta pesquisa tem por objeto a relação entre direitos humanos, arte e o fenômeno do discurso de ódio. O problema de pesquisa - o problema filosófico - se expressa na seguinte questão: é possível a intervenção do Estado em obras artísticas que se configurem em discursos de ódio? A hipótese para responder ao problema de pesquisa é de que é possível a intervenção estatal, em casos específicos em que a liberdade de expressão não respalde a obra artística em análise, por violação do direito à igualdade em sua vertente da não discriminação.

O objetivo geral da pesquisa é examinar o arcabouço jurídico do direito brasileiro, em interação com o direito internacional dos direitos humanos, acerca da possibilidade ou não da intervenção estatal em obras de arte que se consubstanciem em discursos de ódio, considerando-se, ademais, a peculiar relação existente entre o direito e a arte. Para se concretizar o supracitado objetivo serão percorridos alguns passos, a seguir explicitados. Outrossim, são colocados os seguintes objetivos específicos: explorar os direitos humanos fundamentais que estão mais diretamente envolvidos, em tensão, nos casos de obras de arte que possuam discursos de ódio, e como esse conflito pode ser resolvido; explicitar o conceito de arte, o direito da arte e o direito à arte; além de averiguar se a expressão artística pode ser um tipo de discurso de ódio, e se a obra e a pessoa do seu autor se confundem para fins de discurso de ódio.

O método utilizado é o hipotético-dedutivo, com referencial teórico a partir da filosofia do direito no que se refere ao desenvolvimento dos direitos humanos - como parte da ética e cidadania. Aprofundar a reflexão dessa temática, em uma sociedade cada vez mais complexa como a brasileira se faz preciso. Considerando-se, ademais, que o conflito de direitos está na essência dos mais diversos dilemas jurídico-sociais. A temática da tensão ou conflito entre direitos ou princípios jurídicos está relacionada com o próprio desenvolvimento do Estado Democrático de Direito. Por ter um ordenamento jurídico com uma enorme diversidade de direitos e princípios, especialmente a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o direito interno está suscetível a - em casos concretos - oferecer possibilidades de amparo de posições jurídicas completamente distintas, daí a significativa possibilidade de ocorrência de tensões ou mesmo conflitos entre direitos e princípios.

É preciso destacar que a supracitada diversidade de direitos e princípios no direito interno brasileiro consubstancia-se num fator positivo para a sociedade, para cada pessoa, uma vez que esses direitos humanos, garantias e princípios constitucionais tem de ser guiados a partir da busca da maior efetivação da dignidade humana. Logo, o fato de haver tensões jurídicas em variadas situações configura-se como favorável ao aperfeiçoamento do Estado Democrático do Direito. Os operadores do direito - em harmonia com os anseios sociais - têm uma função central na dinâmica de se chegar à melhor - ou mais adequada - solução jurídica em cada caso concreto; estando essa adequação associada a uma maior concretização da dignidade da pessoa humana, em consonância com as declarações e tratados referentes a direitos humanos assinados internacionalmente pela República brasileira, e em cumprimento ao que determina a Constituição estatal.

**A liberdade de expressão artística e o direito à não discriminação:
obras de arte e o problema do discurso de ódio**
PEIXOTO DE BRITO, Felipe

2 DIREITOS HUMANOS: A LIBERDADE DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA E O DIREITO À NÃO-DISCRIMINAÇÃO

Na situação concreta de uma obra artística expressar uma mensagem de ódio - configurando-se, assim, numa espécie de discurso de ódio - pode-se afirmar que há um potencial conflito entre a liberdade de expressão, em sua faceta de liberdade de expressão artística, de um lado; e, do outro lado, o direito à igualdade, em sua vertente do direito à não-discriminação. Esses dois princípios constitucionais estarão em conflito nos casos limítrofes de obras artísticas que supostamente expressem discursos de ódio. Antes de analisar as normas jurídicas aplicáveis, faz-se preciso realizar algumas reflexões.

Enoque Feitosa ressalta que para que haja a eficácia dos direitos não é suficiente a sua formalização em documentos jurídicos, há a necessidade de políticas públicas que tenham o objetivo de promoção desses direitos, como também as demandas sociais pela efetivação, conforme esse autor (FEITOSA, 2017, p. 87). Desse modo, até mesmo os direitos de maior envergadura jurídica, isto é, aqueles que estão consagrados na Carta Magna de um Estado Democrático de Direito, demandam de muito mais do que apenas a sua formalização jurídica para que sejam efetivos no meio social.

Além disso, Lorena Freitas assevera que o discurso dos direitos humanos confunde o plano das normas, ou seja, a consciência de se ter direitos, com o plano da realidade, qual seja, o efetivo exercício dos direitos (FREITAS, 2012, p. 238). Tendo em vista as falhas existentes para se concretizar os direitos humanos fundamentais, o Estado, os operadores do direito, e a própria sociedade como um todo precisam estar atentos para que retrocessos não ocorram nas garantias já conquistadas, e no sentido de se avançar para uma efetivação mais consistente dos supracitados direitos.

Explicitadas essas reflexões acerca do contexto do ordenamento jurídico, passa-se para a análise no quadro normativo aplicável ao problema de pesquisa colocado neste artigo. A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, no inciso IX do seu artigo 5º assegura que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença” (BRASIL, 1988). A partir dessa garantia constitucional que assegura que é livre a expressão da atividade artística nota-se que essa é uma proteção de alcance constitucional, e nesse sentido as normas infraconstitucionais devem compatibilizar-se com essa premissa, devendo ser densamente justificadas em outros princípios constitucionais pretensas intervenções na liberdade de expressão artística.

Perceba-se que é possível, em casos concretos, um princípio jurídico-constitucional prevalecer sobre outro, contanto que haja por parte do operador do direito, na aplicabilidade das normas às situações de fato, uma justificação jurídica do porquê um determinado princípio preponderou em relação a outro, por exemplo. Robert Alexy desvela que na ocorrência de colisões entre distintos princípios, a aplicabilidade isolada de uma determinada norma, ou de outra, resulta em soluções jurídicas contraditórias e sem conciliação entre si (ALEXY, 2011, p. 91-92).

Quanto à competência para proteger obras artísticas e culturais, como também os monumentos, a Constituição de 1988 estabelece a competência comum dos entes políticos componentes do Estado brasileiro: União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 23, inciso III). O inciso seguinte desse artigo 23, inc. IV, da Constituição, vai mais além e determina que esses entes federativos devem “impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de

**A liberdade de expressão artística e o direito à não discriminação:
obras de arte e o problema do discurso de ódio**
PEIXOTO DE BRITO, Felipe

outros bens de valor histórico, artístico ou cultural” (BRASIL, 1988). Percebe-se que a proteção das obras artísticas está em consonância com a garantia constitucional da liberdade de expressão artística (inc. IX, art. 5º, da Constituição), na medida em que a proteção contra a evasão, destruição e descaracterização de obras de arte termina por ser um fator consequente da proteção da liberdade de expressão artística em si. Se, por um lado, o Estado garante a liberdade de expressão artística, logo, é uma consequência necessária que o ente estatal também proteja essas obras. Destaca-se que essa proteção é robusta, sendo competência comum tanto da União como também dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, conforme explicitado pela normativa constitucional.

Acerca da competência legislativa cabe à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar de forma concorrente quanto a “proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico” (BRASIL, 1988) - inciso VII, art. 24, da Constituição Federal (CF/88) -, como também sobre a “responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico” (BRASIL, 1988) - inciso VIII, art. 24, da CF/88. Se na proteção das obras de arte a Lei Maior estabelece competência comum que abrange os Municípios; isso não ocorre em relação à competência legislativa para a proteção do patrimônio artístico e sobre a responsabilidade por dano a bens e direitos de valor artístico, estético e paisagístico. Pode-se afirmar que foi uma escolha prudente do Constituinte, até mesmo para facilitar a uniformidade da legislação infraconstitucional que protege as obras de arte, além de considerar a natureza da matéria que deve ter abrangência e uniformização para além dos limites do ente municipal, que trata de questões circunscritas ao âmbito local.

O artigo 216 da CF/1988 em seu *caput* explicita que “os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira” (BRASIL, 1988) fazem parte do patrimônio cultural do Brasil. E entre esses bens de natureza material e imaterial, os incisos desse dispositivo constitucional incluem as criações artísticas (inciso III, art. 216); “as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais” (BRASIL, 1988) - inciso IV, art. 216; além dos sítios de valor artístico, conforme inciso V, também do art. 216 (BRASIL, 1988). Outro dispositivo constitucional essencial para a temática desenvolvida é o §2º do art. 220 da CF/1988, que veda a censura de natureza artística no âmbito da comunicação social. Para além da proteção da liberdade de expressão artística inserida no inc. IX do artigo 5º da Constituição, a Lei Maior também assegura essa proteção, em face da censura, nos meios de comunicação social (BRASIL, 1988).

No que se refere ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu art. 27, garante que todos têm o direito de fruição das artes, como também o direito à proteção dos interesses morais e materiais resultantes de qualquer produção artística de sua autoria (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948). O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, em seu art. 19, garante a liberdade de expressão para todas as pessoas, inclusive na forma artística (BRASIL, 1992). E o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais complementa essa proteção jurídica ao prever em seu art. 15 que os Estados partes do Pacto reconhecem que cada pessoa tem o direito de proteção dos interesses morais e materiais resultantes de toda produção artística de sua autoria (BRASIL, 1992).

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos em conjunto com o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 compõem o que se pode denominar de Carta Internacional dos Direitos Humanos (PIOVESAN, 2012, p. 226-227). Esses Pactos internacionais têm a característica de conferir maior exigibilidade jurídica aos direitos consagrados na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948.

**A liberdade de expressão artística e o direito à não discriminação:
obras de arte e o problema do discurso de ódio**
PEIXOTO DE BRITO, Felipe

A partir dessa análise jurídica dos distintos aspectos do direito humano à liberdade de expressão artística, pode-se constatar que essa liberdade possui uma ampla e densa proteção tanto no direito interno, quanto no direito internacional dos direitos humanos que, no Brasil, se vincula com as normas internas, considerando-se as declarações e tratados assinados pelo Estado brasileiro em âmbito internacional - e com repercussões jurídicas nacionais. Logo, para se haver uma ponderação, em casos concretos, na qual seja relativizada a liberdade de expressão artística, é preciso que se tenha uma fundamentação bastante robusta a fim de que, de forma jurídico-social, se justifique a não prevalência dessa liberdade. E, desse modo, pode-se afirmar que há um outro direito humano essencial para o ordenamento jurídico e com destaque para o objeto de pesquisa em análise. Para além da liberdade de expressão artística, o direito humano à não discriminação - como uma decorrência do direito à igualdade - tem de ser observado e aplicado com a maior concretização possível, em consonância com a dignidade da pessoa humana. Cumpre explicitar que a dignidade da pessoa humana está consagrada no inciso III, do art. 1º da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988).

Outrossim, quanto ao direito à igualdade, em sua vertente da não-discriminação, a Constituição Federal de 1988 consagra como um dos objetivos fundamentais da República a promoção do “bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (BRASIL, 1988) - art. 3º, inc. IV. Além disso, o art. 5º da CF/1988 estabelece em seu *caput* a igualdade de todos perante a lei e a inviolabilidade do direito à igualdade; e é criminalizada a prática do racismo também no art. 5º, mas no inciso XLII (BRASIL, 1988).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 consagra a igualdade de todos em dignidade e direitos em seu art. 1º (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948); e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos assegura o direito à não discriminação (art. 26) “por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação” (BRASIL, 1992); nota-se que são contemplados os mais variados tipos de não-discriminação, num rol exemplificativo. Isto é, os mais diversos grupos sociais e pessoas podem ter reconhecida - na aplicabilidade das normas às situações de fato - a garantia do direito à igualdade em sua vertente da não-discriminação.

É preciso que, na aplicabilidade dos direitos humanos, haja uma maior definição e prevalência de determinados princípios e direitos em cada caso. Sob essa ótica, Michel Villey - acerca da necessidade dos direitos humanos - pondera que os direitos humanos resultam da época moderna, tendo o fator do idealismo como uma característica da própria filosofia moderna; e o progresso como escopo da política desse período, tendo o Estado como concretizador dessa finalidade (VILLEY, 2007, p. 2). Os direitos humanos, por terem sido gestados em período histórico relativamente recente - quando comparado com toda a história da humanidade - carecem de maiores reflexões e desenvolvimento pelas sociedades nacionais e internacional. E o Estado, especialmente o Estado Democrático de Direito, tem papel fundamental nesse processo, considerando-se sua relação intrínseca com a sociedade; além da interrelação existente entre ética, cidadania e direitos humanos, visto que tanto a ética quanto a cidadania fazem parte do conteúdo dos direitos humanos, e constituem fatores fundamentais para uma maior concretização desses direitos. Cidadãos que observam seu papel social no âmbito do Estado Democrático de Direito, e buscam efetivar os direitos fundamentais como um todo, contribuem para o avanço de toda a sociedade.

**A liberdade de expressão artística e o direito à não discriminação:
obras de arte e o problema do discurso de ódio**
PEIXOTO DE BRITO, Felipe

3 A QUESTÃO DA ARTE

A arte tem diversas dimensões e a partir dessa premissa essa parte do artigo será dedicada a desvendar, brevemente, o conceito de arte, o direito da arte, o direito à arte e, finalmente, a possibilidade da relação entre arte e discurso de ódio. Os subtópicos estão dispostos em sequência lógica, na medida em que primeiramente faz-se preciso delimitar o que seja arte para em seguida definir o Direito da Arte e um direito a essa arte. Ao final, é verificada a possibilidade, ou não, da conexão entre uma obra artística e discursos de ódio.

3.1 Breves ponderações sobre o conceito de arte, o direito da arte e o direito à arte

Conforme afirmam Gladston Mamede e Otavio Luiz Rodrigues Junior, hodiernamente, o artista não precisa necessariamente construir de forma direta sua obra; seu trabalho pode circunscrever-se a pensar, isto é, idealizar a obra de arte a ser construída por uma ou mais pessoas (MAMEDE; RODRIGUES JUNIOR, 2015, p. 8). Essa reflexão é interessante visto que aumenta os horizontes da arte e as possibilidades do artista em si; por exemplo, um artista que não tenha condições de manusear a construção ou execução da sua obra de arte tem a alternativa, juridicamente legítima, de idealizar intelectualmente toda a obra, a ser executada por uma terceira pessoa, segundo suas instruções.

Enquanto o conceito de arte se refere a todas aquelas produções que o artista deliberadamente cria com a intenção de ser uma obra de arte, sendo essa obra destinada para a sociedade e reconhecida por ela, o Direito da Arte refere-se ao ramo do direito, com seu conjunto de normas jurídicas, que tem a arte como elemento central da sua atuação no sentido de alcançar segurança jurídica, prevenção e resolução de lides relacionadas à arte. Marcílio Toscano destaca o papel que o Estado, desde sua origem, tem na valorização da arte: “Seja para criar autoridade, seja para presentear aliados, seja para divulgar feitos ou pessoas, seja para atender a fins puramente hedonísticos, lúdicos ou pedagógicos – entre tantas outras razões possíveis” (FRANCA FILHO, 2015, p. 118).

Alysson Leandro Mascaro esclarece que a relação entre o direito e a arte deve ser percebida em três dimensões ou “instâncias”, nas palavras desse autor: numa primeira instância, considera-se que o direito e a arte são perpassados pelo conceito de mercadoria das sociedades, tendo uma origem histórica e social em comum; numa segunda dimensão, a arte é revestida pelo formato jurídico; e, por fim, é indagado se o formato artístico pode perpassar o direito e também a justiça (MASCARO, 2015, p. 18). Perceba-se que o direito e a arte podem relacionar-se de outras formas, para além da relação existente no Direito da Arte, em que a arte é um objeto de estudo do direito.

Sob essa ótica de abordagem, Mamede e Rodrigues Junior desvelam a relação entre o direito e a arte e explicitam que “o jurista, o bom jurista, é – e pode e deve ser – um *artista* que trabalha com os fatos, com os conflitos, incrustando-lhes normas e princípios jurídicos para, assim, ter por obra uma solução boa, equânime, justa” (grifos dos autores) (MAMEDE; RODRIGUES JUNIOR, 2015, p. 9). A arte, assim, para além de ser objeto do direito pode até mesmo ser utilizada como um instrumento, pelo jurista, na busca da justiça e da resolução adequada dos conflitos. Ressalta-se que a busca por uma solução jurídica adequada aos conflitos sociais, conforme asseverado nos

**A liberdade de expressão artística e o direito à não discriminação:
obras de arte e o problema do discurso de ódio**
PEIXOTO DE BRITO, Felipe

tópicos anteriores - no âmbito das tensões entre direitos humanos nos casos concretos - associa-se com um maior aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito.

Por sua vez, o direito à arte corresponde à um direito humano fundamental à arte que encontra fundamentos no Direito Internacional dos Direitos Humanos e no Direito Constitucional. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 27, reconhece que toda pessoa tem o direito de fruição das artes (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948); o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em seu artigo 15, consagra para cada indivíduo o benefício da proteção dos seus interesses morais e materiais em produção artística na qual seja autor (BRASIL, 1992) e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos estabelece, em seu art. 19, que cada pessoa tem o direito à liberdade de expressão, inclusive sob a forma artística (BRASIL, 1992). A Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, ademais, assegura a liberdade de expressão artística (art. 5º, inc. IX), como também a proteção das obras de arte (art. 23, incisos III e IV), o reconhecimento como patrimônio cultural brasileiro das criações artísticas, manifestações artístico-culturais e sítios de valor artístico (art. 216, incisos III, IV e V); além da vedação da censura de natureza artística nos meios de comunicação social em seu art. 220, § 2º (BRASIL, 1988), conforme explorado anteriormente.

3.2 Arte e discurso de ódio

Ao discorrer sobre o conceito de arte nas atuais sociedades capitalistas, Alysso Leandro Mascaro ressalta que:

Se o sujeito de direito e a mercadoria são o núcleo tanto do direito quanto da arte no capitalismo, além disso, **o produto artístico se insere numa vasta rede de relações sociais**, nas quais se levantam interesses, poderes, satisfações, gozos, vaidades, glórias, **símbolos, disputas ideológicas**. No capitalismo, **sendo a arte constituída como essa unidade fundamental**, econômica e jurídica, que é a mercadoria, ela é valiosa tanto como produto trocável no mercado quanto como **por suas múltiplas funções sociais de poder**. (GRIFOS Nossos) (MASCARO, 2015, p. 20).

Observa-se, nesse sentido, conforme o supracitado autor, que a arte pode se inserir em questões ideológicas e, inclusive, relaciona-se com o poder em diversas funções sociais (MASCARO, 2015, p. 20). Alysso Mascaro ainda complementa que: “O uso da arte, assim sendo, é um dos instrumentos fundamentais do poder na sociedade: tanto turba quanto, acima disso, erige a ideologia da sociedade.” (MASCARO, 2015, p. 20). Sob essa ótica, considerando que a arte tem funções sociais, emana uma forma de manifestação da liberdade de expressão, é diversificada e pode conter múltiplas mensagens, pode-se afirmar que é possível sim que uma obra de arte expresse um ou mais tipos de discursos de ódio. O fato de que quem criou a obra tê-la idealizado como uma forma de expressão artística não exime essa obra de, eventualmente, incorrer, direta ou indiretamente, na expressão de um discurso de ódio.

**A liberdade de expressão artística e o direito à não discriminação:
obras de arte e o problema do discurso de ódio**
PEIXOTO DE BRITO, Felipe

Surge uma outra indagação, se uma obra eventualmente configurar-se num discurso de ódio, haveria como rastrear quem emanou aquele discurso? A resposta a esse questionamento é afirmativa, tendo em vista que a pessoa que idealizou a obra e teve a intenção de promover um discurso de ódio é a responsável por aquela expressão. Portanto, identificar o titular do discurso de ódio emanado através de uma obra artística perpassa, sobretudo, pela identificação da autoria intelectual, da idealização daquela obra.

E no caso distinto de um artista com obras sem discursos de ódio, mas que esse mesmo artista tenha o comportamento reiterado de, na sua vida pessoal e social, expressar discursos de ódio? Num caso como esse, restando comprovado que as obras desse artista não possuem conotação ofensiva, não incitam o ódio a minorias, as suas obras estariam plenamente abarcadas pela liberdade de expressão artística (sem violar o direito à não discriminação); já o artista, em sua vida pessoal e social (distinta, nesse caso concreto, da sua vida artística e profissional) poderia ser acusado de emanar discursos de ódio. Perceba-se que o comportamento do autor e da sua obra não necessariamente irão confundir-se para fins de emanação de discursos de ódio, necessário fazer essa ponderação. Mas se a obra possuir discursos de ódio e a autoria da obra for vinculada a determinado indivíduo, logo poderá configurar-se um caso de discurso de ódio emanado por esse indivíduo num formato de expressão “artística”. Coloca-se “artística”, nesse caso, entre aspas, pois cabe uma reflexão sobre até que ponto uma obra eivada de discurso de ódio seria reconhecida pela sociedade como uma obra de arte.

Um caso que ilustra a utilização de meios do âmbito artístico para disseminar discursos de ódio configura-se na condenação de Simon Bikindi pelo Tribunal Penal Internacional para Ruanda. O condenado era cantor e compositor de músicas e uma das acusações que fundamentou sua condenação foi a de incitação direta e pública para o cometimento do crime de genocídio contra os Tutsis. No julgamento foi constatado que no final de junho de 1994 - em Gisenyi, Ruanda - Bikindi estava em um carro equipado com sistema de som transmitindo músicas, incluindo músicas de autoria do próprio Bikindi, que tinham um conteúdo que incitava os Hutus a exterminar os Tutsis, ou seja, a cometer o crime de genocídio. (UNITED NATIONS, 2010). Esse caso paradigmático para o direito da arte, no âmbito do direito internacional dos direitos humanos, enfatiza sobre como é possível a incitação do ódio através de meios consagrados no mundo da arte, como é o caso da música.

Aristóteles, ao elencar os elementos característicos das pessoas que sofrem injustiças, exemplifica a injustiça: “Contra os que foram caluniados ou estão expostos a sê-lo; pois os tais não se resolvem a acusar por temerem os juízes, nem, se o fizerem, os conseguem persuadir; neste número contam-se os invejados e os odiados” (ARISTÓTELES, 2005, p. 142). Evidencia-se como, desde a antiguidade, já havia uma dificuldade das pessoas – especialmente aquelas em uma maior situação de vulnerabilidade – de acessar o poder judiciário para fazer cumprir os seus direitos em questões que envolvam discursos ofensivos (apesar de que naquela época tais discursos não tenham sido discursos de ódio como se conceitua na atualidade, é possível fazer um paralelo entre as situações).

O pensador grego também pontua a injustiça:

Contra os que não têm vantagem em perder tempo à espera do veredicto ou de uma indemnização, como é o caso dos estrangeiros e dos trabalhadores por conta própria; pois transigem com pouco e facilmente desistem dos processos. (ARISTÓTELES, 2005, p. 142)

**A liberdade de expressão artística e o direito à não discriminação:
obras de arte e o problema do discurso de ódio**
PEIXOTO DE BRITO, Felipe

Nessa outra passagem, há um reforço de como especificamente as pessoas numa situação de maior vulnerabilidade ficam sujeitas a violações dos seus direitos, sem uma posterior reparação no âmbito do poder judiciário. Logo, fatores econômicos podem implicar diretamente - devido à falta de recursos, estrutura adequada e profissionais do direito para lidar com as demandas das pessoas em maior vulnerabilidade - na concretização dos direitos humanos nos conflitos jurídico-sociais. E isso é algo que existe desde a antiguidade, conforme evidenciado nas duas passagens do filósofo grego.

4 DA POSSIBILIDADE DA INTERVENÇÃO ESTATAL EM OBRAS ARTÍSTICAS

Alysson Leandro Mascaro subdivide a questão da arte em quatro grandes áreas de situações jurídicas: produção, propriedade, circulação e regulação da arte. Mascaro também explicita que o Estado é um dos sujeitos ativos nas questões que envolvem a arte, tratando de regular e normatizar, por meio do direito, sobre as relações acerca da arte, inclusive sobre o instituto da censura (MASCARO, 2015, p. 22-23). A partir disso, pode-se deduzir que a possibilidade ou impossibilidade da intervenção estatal em obras artísticas está previamente regulada pelo Estado, por meio do direito. Partindo dessas regulações prévias, os operadores do direito precisam ponderar em cada caso concreto se seria cabível ou não a intervenção estatal numa determinada obra de arte.

É preciso ressaltar, todavia, que não é pelo fato de o Estado poder regular previamente os litígios e aspectos normativos acerca da arte que esse ente público tem um poder de intervenção ilimitado na matéria. Como assevera Leonardo Martins acerca do direito constitucional à expressão artística:

Enquanto direito fundamental, também a liberdade artística encontra-se nos fundamentos da organização política do Estado por força da simples escolha do constituinte de protegê-la, autorrestringindo suas competências em face do exercício daquela liberdade por seu titular. (MARTINS, 2015, p. 32)

Nesse contexto, para que possa intervir em obras artísticas o Estado deve observar rigorosamente os ditames do Constituinte, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, até mesmo no âmbito da promulgação de leis infraconstitucionais, sobre a temática, que devem preliminarmente, de início, estar conforme os ditames constitucionais.

Ademais, Leonardo Martins assevera que obras artísticas que intencionalmente incitem o ódio às minorias ou fizerem de forma comprovada apologia ao racismo não serão protegidas de início ou, no caso de serem protegidas inicialmente, em seguida sucumbirão diante da imposição das sanções penais respaldadas constitucionalmente, tendo em vista que o inciso XLII do art. 5º da Constituição de 1988, de forma expressa, criminaliza a prática do racismo (MARTINS, 2015, p. 74). Nota-se que a intervenção estatal no sentido de intervir para retirar de circulação obras de arte

**A liberdade de expressão artística e o direito à não discriminação:
obras de arte e o problema do discurso de ódio**
PEIXOTO DE BRITO, Felipe

que incitem o ódio às minorias, além de punir os responsáveis pela obra, está assegurada constitucionalmente e possui legislações infraconstitucionais para coibir esse tipo de prática em relação às incitações de ódio contra as mais diversas minorias e grupos vulneráveis. Como o caso da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que estabelece os crimes resultantes de preconceito de raça, de cor, etnia, religião ou de procedência nacional, conforme seu artigo primeiro (BRASIL, 1989).

É preciso evidenciar que a depender do sistema jurídico em análise pode variar significativamente a proteção do direito à não-discriminação em face da liberdade de expressão e, conseqüentemente, da expressão artística; até mesmo devido à aplicação distinta das normas jurídicas vigentes pelos tribunais constitucionais de cada Estado. O tribunal constitucional de um determinado Estado representa, em suas decisões, os valores que mais devem preponderar em cada caso concreto, conforme a Constituição em vigor.

Assim, nos tribunais constitucionais de países como Brasil e Alemanha, como também no próprio sistema regional europeu de proteção dos direitos humanos, observa-se uma certa preponderância do direito à não-discriminação sobre a liberdade de expressão, nos casos de discursos de ódio; já no ordenamento jurídico norte-americano, todavia, há uma certa tendência de preponderância da liberdade de expressão nos casos concretos (BRITO, 2018, p. 116-119). Acerca da interpretação realizada por cortes constitucionais, Michel Troper considera que esse tipo de jurisdição - quando compreende que exerce um poder, de caráter real, ao efetivar uma hermenêutica jurídica que vincula toda uma sociedade - se coloca diante da tarefa de ser coerente em suas decisões, formando uma jurisprudência consistente; esse autor delimita que a corte é livre no aspecto jurídico, mas determinada no aspecto social, tendo em vista esse contexto (TROPER, 2008, p. 139-140).

As tatuagens podem ser um tipo de manifestação artística, e o Supremo Tribunal Federal no julgamento, em 2016, do Recurso Extraordinário n. 898450/São Paulo, com repercussão geral reconhecida, decidiu que candidatos a concursos públicos podem ter tatuagens no corpo, mas apenas tatuagens que não contenham valores excessivamente ofensivos à dignidade humana, ao desempenho da função pública almejada e que não incitem à violência iminente; em resumo, que o conteúdo das tatuagens não viole valores consagrados pela Carta Magna brasileira de 1988 (BRASIL, 2017). Nesse julgado do tribunal constitucional brasileiro é evidenciada a preponderância, em um caso concreto, do direito à não discriminação em face da liberdade de expressão.

5 CONCLUSÃO

Conclui-se que é possível a intervenção do Estado em obras de arte que possuam conteúdo de discurso de ódio, isto é, que veiculem mensagens discriminatórias que ultrapassam a área de proteção da liberdade de expressão artística. Ressaltando-se que a interpretação acerca da dimensão da área protegida pela liberdade de expressão artística tem de orientar-se pela Constituição e pelas normas infraconstitucionais que, por sua vez, estejam em harmonia com os princípios consagrados pela Carta Magna de 1988, no caso do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Verificou-se que o tribunal constitucional de cada Estado - no caso do Brasil, o Supremo Tribunal Federal - possui papel central na ponderação da liberdade de expressão artística em face

**A liberdade de expressão artística e o direito à não discriminação:
obras de arte e o problema do discurso de ódio**
PEIXOTO DE BRITO, Felipe

do direito à igualdade em sua vertente da não discriminação; isso porque suas decisões impactam sobremaneira em toda a interpretação do ordenamento jurídico. O direito internacional dos direitos humanos também possui forte influência nesse processo de interpretação das normas, visto que dialoga e interpenetra-se com o direito constitucional, em especial no Brasil que, atualmente, adota diversos tratados internacionais de direitos humanos. Constatou-se, ademais, que a obra de arte e a pessoa do artista não necessariamente se confundem quanto à emanção de discursos de ódio, conforme exemplificado.

Por fim, foi explicitado que a forma como cada Estado pondera, de um lado, a liberdade de expressão, e, de outro lado, o direito à igualdade em sua vertente da não discriminação, varia de acordo com a interpretação que a corte constitucional, do Estado em análise, confere a esses princípios constitucionais, quando aplicados aos casos concretos que envolvem o fenômeno do discurso de ódio.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. Tradução de: Virgílio Afonso da Silva.

ARISTÓTELES. **Retórica**. 2 ed. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005. Tradução e notas de: Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 898450/São Paulo, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 17 de agosto de 2016. **Processo Eletrônico. Repercussão Geral - Mérito. Dje-114**. Brasília, 31 maio 2017. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12977132>>. Acesso em: 03 nov. 2022.

BRITO, Felipe Peixoto de. **A aplicabilidade da liberdade de expressão em relação ao direito à igualdade e não discriminação: o discurso de ódio sob a perspectiva internacional e no direito brasileiro**. 2018. 128f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2018.

FEITOSA, Enoque. “A defesa dos direitos fundamentais como direitos humanos e as tensões na forma jurídica”. *In: Cadernos de Direito Actual*, v. 5, p. 85-93, 2017.

FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. “O Belo e a Burocracia: a Aquisição de Obras de Arte pela Administração Pública”. *In: MAMEDE, Gladston; FRANCA FILHO, Marcílio Toscano; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (org.). Direito da arte*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 117-145.

FREITAS, Lorena. “Uma análise pragmática dos Direitos Humanos”. *In: Lorena Freitas; Enoque Feitosa. (Org.). Marxismo, Realismo e Direitos Humanos*. 1ed. João Pessoa: Editora Universitária UFPB, 2012, v. Único, p. 226-240.

**A liberdade de expressão artística e o direito à não discriminação:
obras de arte e o problema do discurso de ódio**
PEIXOTO DE BRITO, Felipe

MAMEDE, Gladston; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. “Uma Introdução ao Direito da Arte”. In: MAMEDE, Gladston; FRANCA FILHO, Marcílio Toscano; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (org.). **Direito da arte**. São Paulo: Atlas, 2015. Cap. 2. p. 8-16.

MARTINS, Leonardo. “Direito Constitucional à Expressão Artística”. In: MAMEDE, Gladston; FRANCA FILHO, Marcílio Toscano; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (org.). **Direito da arte**. São Paulo: Atlas, 2015. Cap. 4. p. 29-86.

MASCARO, Alysson Leandro. “Sobre Direito e Arte”. In: MAMEDE, Gladston; FRANCA FILHO, Marcílio Toscano; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (org.). **Direito da arte**. São Paulo: Atlas, 2015. Cap. 3. p. 17-25.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TROPER, Michel. **A filosofia do direito**. São Paulo: Martins, 2008. Tradução de: Ana Deiró.

UNITED NATIONS. “International Criminal Tribunal for Rwanda”. In: ICTR CASE PROFILE. **The Prosecutor v. Simon BIKINDI**. Disponível em: <<https://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/cases/ictr-01-72/public-information/en/profile-bikindi.pdf>>. Acesso em: 05 nov. 2022.

VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. (Coleção justiça e direito). Tradução de: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão.

QUADRO NORMATIVO

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 nov. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992**. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 05 nov. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 05 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 7.716, de 05 de janeiro de 1989**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm>. Acesso em: 05 nov. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2022.