



Centro Universitário de Brasília – UniCeub

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS

GABRIEL MACHADO DE OLIVEIRA

**A LIBERDADE DE EXPRESSÃO CULTURAL NA
JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:
UM ESTUDO À LUZ DA EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL
BRASILEIRA**

**BRASÍLIA
2015**

GABRIEL MACHADO DE OLIVEIRA

**A LIBERDADE DE EXPRESSÃO CULTURAL NA
JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:
UM ESTUDO À LUZ DA EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL
BRASILEIRA**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Msc. Luiz Emilio Pereira Garcia.

**BRASÍLIA
2015**

GABRIEL MACHADO DE OLIVEIRA

**A LIBERDADE DE EXPRESSÃO CULTURAL NA
JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:
UM ESTUDO À LUZ DA EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL
BRASILEIRA**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.
Orientador: Prof. Msc. Luiz Emilio Pereira Garcia.

Brasília, de _____ de 2015.

Banca Examinadora

Prof. Luiz Emilio Pereira Garcia.
Orientador

Prof.
Examinador

Prof.
Examinador

AGRADECIMENTO

Gostaria de agradecer primeiramente a Deus pelos desafios que tem me proporcionado, aumentando assim minha vontade e determinação de vencer na vida.

A toda minha família, pelo apoio que sempre tem me dado, o amor incondicional e acima de tudo a compreensão que possuem comigo.

Aos meus colegas de trabalho e meus chefes na procuradoria geral do estado do Rio de Janeiro, que sempre estiveram dispostos a tirar minhas dúvidas e me indicar materiais de leituras pertinentes para meu projeto e para minha vida.

Por último, mas não menos importante, agradecer ao meu querido professor orientador Luiz Emilio, que sempre esteve disposto a me ajudar e fez parte de todo esse projeto.

“Non sono d’accordo con quello che dici, ma darei la vita perché tu lo possa dire.”

“Posso não concordar com o que você diz, mas defenderei até a morte o seu direito de dizê-lo.”

(François Marie Arouet, “Voltaire”).

RESUMO

O presente estudo teve por objetivo fazer uma análise do direito de liberdade de expressão cultural enquanto direito fundamental, através de um estudo da evolução histórica dos direitos fundamentais no mundo e no Brasil e, principalmente, sua aplicação pós Constituição de 1988. Para observar esta situação, foi feita uma pesquisa histórica de como os direitos fundamentais foram reconhecidos e como evoluíram até chegar no Brasil, verificando todas as Constituições, desde a do império até a Constituição Federal vigente. Foi feita também um diagnóstico dos casos para ser esclarecida a aplicação da liberdade de expressão cultural nos dias de hoje, sendo neste trabalho exemplificado por um apanhado de julgados do Supremo Tribunal Federal, nossa Corte máxima e guardião da Constituição, além de ter sido feita uma verificação de qual é o entendimento da Justiça a seu respeito e se este entendimento está de acordo com o previsto em lei para garantir o direito fundamental de liberdade à expressão cultural quando estes se esbarram em outros direitos fundamentais. Para o desenvolvimento deste trabalho foi feita uma pesquisa bibliográfica doutrinária e jurisprudencial em conjunto com a análise das Constituições, principalmente a de 1988, para que desta forma possibilitasse que fosse feito um comparativo entre o disposto em lei e o entendimento do Supremo Tribunal Federal. Os resultados obtidos ao longo deste trabalho demonstram que na maioria das vezes que um grupo minoritário tenta expressar sua cultura, acaba sendo suprimido pela maioria em um embate de direitos fundamentais no qual os direitos de liberdade de expressão cultural estão sendo sobrepostos por outros direitos fundamentais.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Constituição Federal. Liberdade de Expressão Cultural. Direitos Fundamentais. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

The current study has as goal to make an analysis of the rights to freedom of cultural expression as a fundamental right, making a review on the historic evolution of fundamental right in Brazil and in the world, mainly its applicability after 1988 Constitution. To observe this situation, an analysis of how the fundamental rights came to be acknowledged and how they evolved until arriving in Brazil will be carried out by analyzing all the Constitutions, from the one in the Brazil Empire to the current Federal Constitution. It was also made a diagnose of the cases to clarify the applicability of cultural freedom expression nowadays, being here exemplified by a compilation of trials from the Supreme Court, our highest court and guardian of the Constitution, we also made an analysis of which is our justice understanding regarding the case and if this understanding will be in accordance with the provisions of law to guarantee the fundamental right to freedom of cultural expression when they run into other fundamental rights. To make this work, a doctrinal and jurisprudential literature together with the analysis of the Constitutions was done, especially the 1988, so this would enable it to be made a comparison between the provisions of law and understanding of the Supreme Court. The results obtained during this study show that most of the time a minority group tries to express their culture ends up being suppressed by the most in a fundamental rights clash in which the rights to freedom of cultural expression are being overridden by other fundamental rights.

Keywords: Constitutional Law. Federal Constitution. Freedom of Cultural Expression. Fundamental Rights. Supreme Court.

Sumário

INTRODUÇÃO	9
1 Conceito de Direitos Fundamentais e Liberdade de Expressão Cultural	12
1.1 Conceitos Liberdade	12
1.2 Conceito de Liberdade de Expressão	14
1.3 Conceito de Cultura	18
2 Evolução dos Direitos Fundamentais	22
2.1 Conceito de Direitos Fundamentais	22
2.2 Direitos Fundamentais de 1ª Geração	27
2.3 Direitos Fundamentais de 2ª Geração	30
2.4 Direitos Fundamentais de 3ª Geração	32
2.5 Direitos Fundamentais de 4ª e 5ª Geração	34
3 Liberdade de Expressão à Luz das Constituições Brasileiras	36
3.1 Constituição de 1824	40
3.2 Constituição de 1891	44
3.3 Constituição de 1934	46
3.4 Constituição de 1937	48
3.5 Constituição de 1946	49
3.6 Constituição de 1967	50
3.7 Constituição de 1988	51
4 Entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da Liberdade de Expressão Cultural	54
4.1 Evolução Institucional do STF.....	54
4.2 Apresentação e análise dos casos.....	57
4.2.1 Marcha da maconha	57
4.2.2 Farra do boi.....	60
4.2.3 Rinha de galo.....	62
4.2.4 Caso Ellwanger.....	63
4.2.5 Vaquejada	64
4.3 Ponderação de princípios	66
4.4 Crítica ao posicionamento do STF.....	67
CONCLUSÃO	70

REFERÊNCIAS	72
--------------------------	-----------

INTRODUÇÃO

O Brasil é um dos países que possui uma das culturas mais ricas do mundo. A miscigenação de europeus, índios e africanos rendeu uma cultura muito diversificada e rica em comparação a outros países.

Por cada uma dessas etnias terem habitado partes diferentes do país, a miscigenação cultural é espalhada pelas regiões do país, resultando em culturas diferentes, o que gera, conseqüentemente, uma diversidade de religião, costumes, tradições, músicas, etc., ocasionando por vezes tensões culturais.

A manifestação dessas culturas é assegurada pela Constituição por meio da liberdade de expressão cultural que, por se tratar de um direito fundamental, evoluiu no mundo conforme a própria evolução das sociedades, tendo sido o seu reconhecimento lento, porém constante.

No Brasil, essa evolução se deu por meio das constituições, desde a primeira Constituição em 1824 até a atual Constituição de 1988, sendo que o alcance da liberdade de expressão cultural foi variando conforme a situação em que o Brasil se encontrava, ficando claro que ao analisar a liberdade de expressão cultural em 1824, é nítido que pelo contexto histórico e cultural da época, ela era mais restrita do que nos dias atuais.

Alguns julgados do Supremo Tribunal Federal (STF) levantaram a questão de se existem limites para o exercício da liberdade de expressão cultural, como foi o caso da proibição da “farra do boi” e das rinhas de galo.

Por outro lado, o mesmo STF que proibiu a prática da “farra do boi”, considerou constitucional a chamada “marcha da maconha”, sob o argumento de que esta marcha ser uma prática de manifestação de pensamento em caráter cultural.

O que pode ocorrer é uma insegurança jurídica em relação à liberdade de expressão cultural, já que a liberdade de expressão cultural é um direito fundamental, mas em alguns casos ela está sendo restringida em face de outro direito.

Este tema sobre liberdade de expressão cultural é relevante para a sociedade, possibilitando que se possa fazer um mapeamento sobre o que é a cultura no Brasil e sobre o que é cultura ao longo da história.

A relevância acadêmica deste assunto é referente à existência ou não de um limite para a liberdade de expressão cultural, principalmente quando esta liberdade está em confronto com outra forma de direito fundamental.

O objetivo geral deste trabalho é compreender a liberdade de expressão cultural dentro do historicismo constitucional brasileiro à luz do STF, através da análise de alguns de seus julgados tidos como mais relevantes.

O presente trabalho tem como objetivos específicos conceituar a liberdade de expressão cultural, analisar a evolução desta liberdade no mundo e no Brasil, à luz de nossas constituições e de julgados do Supremo Tribunal Federal.

Uma das formas de se diferenciar sociedades é através da cultura de cada sociedade. Existem várias culturas diferentes e por haver uma diversidade cultural muito grande, possibilita que haja o choque entre essas culturas, mas como a liberdade de expressão cultural é um direito fundamental o que acontece quando duas culturas se chocam ou quando existe uma reprovação daquela cultura? O que acontece com a liberdade de expressão cultural, quando ela entra em confronto com outro direito fundamental? Todas essas perguntas podem levar a uma indagação ainda mais complexa: Será que o Brasil é um país liberal culturalmente?

Por mais que o país esteja evoluído de um contexto conservador, caminhando para um contexto liberal, resquícios de conservadorismo ainda se encontram presentes na sociedade, o que impede que a liberdade de expressão cultural seja exercida de forma plena e irrepreensível, tendo seu conceito muito restringido pelo judiciário brasileiro em alguns casos.

No primeiro capítulo foi feita uma conceituação do que é a liberdade em seus variados sentidos, depois foi feita uma conceituação do que é a liberdade de expressão e o motivo da liberdade de expressão ser um direito fundamental. Foi feita também uma conceituação do que é a cultura.

No segundo capítulo foi feita a evolução dos direitos fundamentais de liberdade ou 1ª geração, sociais ou de 2ª geração e fraternais ou de 3ª geração e uma breve análise da existência da 4ª e 5ª geração, que é defendida por alguns autores.

No terceiro capítulo foi estudada a evolução desse direito fundamental no Brasil, à luz de todas as Constituições, desde a Constituição do Império, até a atual Constituição em vigência, a Constituição de 1988.

No quarto capítulo, foi feita uma análise da evolução institucional do Supremo Tribunal Federal, apresentação dos casos para demonstrar o real entendimento do STF a respeito da liberdade de expressão cultural, estudo da ponderação de princípios que retrata o conflito entre direitos fundamentais, além de uma aplicação dos conceitos estudados, para o desenvolvimento de uma crítica a respeito do posicionamento do STF, em um comparativo com o disposto no ordenamento jurídico brasileiro e o entendimento do Supremo Tribunal Federal, demonstrando se houve uma evolução da liberdade de expressão cultural.

Para o desenvolvimento deste trabalho, foi feito um apanhado de livros referente às liberdades de expressão cultural e ao reconhecimento dessa liberdade como direito fundamental, para que se possa traçar o conceito de liberdade de expressão, cultura e como essa liberdade evoluiu no mundo até chegar ao Brasil, além de terem sido selecionados casos que retratam com clareza o embate que o direito fundamental à liberdade de expressão cultural tem com outros direitos fundamentais.

1 CONCEITO DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO CULTURAL.

Para que se possa entender o conceito de liberdade de expressão cultural, primeiro deve-se analisar o que é liberdade, depois o que é a liberdade de expressão, analisar o conceito de cultural, para ao final ter a ideia da liberdade de expressão cultural.

1.1 CONCEITO DE LIBERDADE

O conceito de liberdade é muito amplo, e pode variar para cada um. Uma pessoa que não está encarcerada, é livre, mas da mesma forma, uma pessoa que pode falar o que lhe convém também é livre.

Existem várias formas de se analisar a liberdade, podendo ser feita uma análise filosófica, jurídica e moral, o que resulta em uma noção do quão amplo este conceito pode ser analisado.

Ao analisar a liberdade de forma filosófica, Thomas Hobbes dita:

“Liberdade significa, em sentido próprio, a ausência de oposição (entendendo por oposição os impedimentos externos do movimento); e não se aplica menos às criaturas irracionais e inanimadas do que as racionais. Porque de tudo o que estiver amarrado ou envolvido de modo a não poder mover-se senão dentro de um certo espaço, sendo esse espaço determinado pela oposição de algum corpo externo, dizemos que não tem liberdade de ir mais além. E o mesmo se passa com todas as criaturas vivas, quando se encontram presas ou limitadas por paredes ou cadeias; e também das águas, quando são contidas por diques ou canais, e se assim não fosse se espalhariam por um espaço maior, costumamos dizer que não têm a liberdade de se mover da maneira que fariam se não fossem esses impedimentos externos. Mas quando o que impede o movimento faz parte da constituição da própria coisa não costumamos dizer que ela não tem liberdade, mas que lhe falta o poder de se mover; como quando uma pedra está parada, ou um homem se encontra amarrado ao leito pela doença”.¹

Ao analisar o pensamento de Hobbes, é perceptível que a liberdade não é uma palavra absoluta, ou seja, não se pode querer ser livre uma coisa que não faz parte da constituição da própria liberdade, exemplificado por ele com a liberdade da

¹ HOBBS DE MALMESBURY, Thomas. “O Leviatã - a liberdade, por Thomas Hobbes”. 2012, disponível em <<http://blog-do-william-mendes.blogspot.com.br/2012/05/o-leviata-liberdade-por-thomas-hobbes.html>> Acesso em: 20 jun. 2015.

pedra se mover, neste caso não é falta de liberdade, e sim impossibilidade de se mover, o que se diferencia do outro exemplo dele, em que cita as cadeias.

A liberdade não pode ser analisada de forma crua, não é por se ter a liberdade, que não haverá consequências a esse exercício. Mesmo ela sendo exercida, a liberdade é passível de penalização se ela for extrapolada.

Se analisar do ponto de vista fático do próprio homem, as pessoas têm a liberdade de pegar uma arma e atirar em alguém, não há nenhum impedimento físico para que isso ocorra. Mas por existirem liberdades diferentes, juridicamente, ele não pode atirar em alguém, sob pena de responder pelo respectivo crime praticado, ou seja, na mesma situação, percebe-se que por um lado há liberdade, mas por outro lado não.

A liberdade do ponto de vista jurídico está relacionada ao ordenamento jurídico e suas disposições. Desta forma, é o ordenamento jurídico que dita o que o indivíduo pode fazer e mais importante ainda, o que ele não pode fazer.

O Código Penal é um excelente exemplo para a liberdade do ponto de vista jurídico, já que nele estão dispostas várias proibições, como por exemplo o homicídio, que dependendo da situação pode ser permitido, caso o indivíduo esteja em legítima defesa.²

A liberdade do ponto de vista jurídico deixa claro que nem tudo que é permitido está normatizado. Não há nada no ordenamento jurídico brasileiro que prevê a forma que as pessoas devem andar ou respirar, levando à conclusão de que o que não é proibido é permitido, transformando o leque de permissões em um número indeterminado e o leque de proibições em um número restrito, mas sujeito a alterações, conforme a própria evolução do direito, sendo inconcebível, por exemplo, a prática de crimes virtuais antes da existência da internet.

Do ponto de vista moral, a liberdade é referente a um julgamento social de determinado ato, já que se trata de uma ação que é permitida, mas pode ser moral ou imoral.

Uma das maiores diferenças do homem para os outros animais é a sua consciência, seu poder de não apenas fazer escolhas, mas de desenvolver sua racionalidade. Desta forma, além de possuir uma consciência lógica, o ser humano possui uma consciência moral, que seria a escolha da conduta para determinadas

² *Código Penal, Artigo 121*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 29 set. 2015.

situações, conduta esta que irá gerar um juízo de valor para os que a observam, podendo ser uma conduta moral ou imoral.³

A liberdade moral não está diretamente ligada ao que é permitido e proibido, mas aos valores que controlam as atitudes dos indivíduos dentro de uma sociedade, existindo uma consciência coletiva constituída de valores inseridos por convenções formuladas por uma consciência social. Esta consciência social é equiparável a um conjunto de regras desta sociedade, regras que ditam o que é adequado ou não a determinada situação.⁴

Desta forma, fica claro que a liberdade moral varia de acordo com a sociedade, sendo possível uma atitude ser moral em determinada sociedade, mas em outra ser imoral.

1.2 CONCEITO DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO CULTURAL.

Neste trabalho, a liberdade de expressão cultural é referente à manifestação da cultura, e não à liberdade cultural, ou seja, a liberdade para poder manifestar livremente sua cultura e não a liberdade cultural.

Se for feita uma análise sistemática do termo liberdade de expressão cultural, é possível se entender com mais facilidade a relevância jurídica deste direito.

De acordo com o dicionário, a liberdade é conceituada como direito e faculdade que tem uma pessoa de agir, crer, locomover-se ou expressar-se da forma que melhor lhe convier.⁵

Da mesma forma que foi analisada a liberdade, a expressão é a manifestação ou enunciação por meio de palavras ou gestos. Enunciar o pensamento por meio de palavras, gestos, sinais, ou até por outras formas.⁶

O dicionário dita a cultura como o conjunto de tradições e valores materiais e espirituais característicos de uma sociedade.⁷

³ SOUZA, Rodrigo. *Moral e Liberdade*. 2010, Disponível em: <<http://professorrodrigossouza.blogspot.com.br/2010/07/moral-e-liberdade.html>>. Acesso em 20 jun. 2015.

⁴ RIBEIRO, Paulo Silvino. *O que é moral?*; Brasil Escola. Disponível em <<http://www.brasilecola.com/sociologia/o-que-moral.htm>>. Acesso em 23 jun. 2015.

⁵ SACCONI, Luiz Antônio. *Minidicionário Sacconi da língua portuguesa*. 1. ed. Escala educacional. p. 167.

⁶ SACCONI, Luiz Antônio. *Minidicionário Sacconi da língua portuguesa*. 1. ed. Escala educacional. p. 258.

Resta analisar o que é a liberdade de expressão e a cultura para o direito, para que desta forma seja possível entender sua evolução à luz das Constituições e posteriormente à luz dos julgados do STF.

Referente à liberdade de expressão, temos como conceito ditado por Bruno Fontenele Cabral, que é o direito de qualquer indivíduo de manifestar de forma livre, suas opiniões, pensamentos e ideias, sem a prática de qualquer crime que possa afetar o direito alheio, sob pena de estar praticando crime contra várias pessoas.⁸

O autor dita também que existem dois tipos de liberdade de expressão, a pública e a privada. A liberdade de expressão privada é uma relação entre as partes e devido a isso, não necessita censura. A liberdade de expressão pública só faz necessária a censura como meio de garantir a liberdade dos outros cidadãos.⁹

A liberdade de expressão teve que evoluir muito até poder ser positivada, na Idade média, cientistas e autores de livros que continham ideias contrárias às da Igreja eram submetidos a penas desumanas.

A Igreja, além destas penas, possuía uma lista de livros proibidos, chamada de *index*, onde qualquer livro que fosse contra os ensinamentos da igreja, seria considerado proibido, ficando claro que em comparação a hoje, não havia qualquer forma de liberdade de expressão do que fosse contrário ao Estado ou à Igreja.

Analisando historicamente a liberdade de expressão, os Estados Unidos e a França foram os países que introduziram a liberdade de expressão no âmbito constitucional.¹⁰

No caso da França, a liberdade de expressão foi acolhida na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, sendo constitucionalizada somente em 1791.¹¹

⁷ SACCONI, Luiz Antonio. *Minidicionário Sacconi da língua portuguesa*. 1. ed. Escala educacional. p. 365.

⁸ FONTENELE CABRAL, Bruno. "Freedom of speech". *Considerações sobre a liberdade de expressão e de imprensa no direito norte-americano*. 2010, Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17476>>. Acesso em: 24 jun 2015.

⁹ FONTENELE CABRAL, Bruno. "Freedom of speech". *Considerações sobre a liberdade de expressão e de imprensa no direito norte-americano*. 2010, Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17476>>. Acesso em: 24 jun. 2015.

¹⁰ CHEQUER, Cláudio. *Liberdade de expressão como direito fundamental preferencial "prima facie". (Análise crítica e proposta da revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro)*. 1. ed. Lumen Juris. 2011, p.11.

Após a garantia da liberdade de expressão pela Constituição Francesa, muitos países inseriram este direito fundamental em seus ordenamentos, aumentando a proteção da liberdade de expressão no mundo.

Os Estados Unidos previram a garantia de liberdade de expressão através da Primeira Emenda, de 1791, apesar de a Constituição da Virgínia já projetasse a liberdade de expressão¹².

A Primeira Emenda Americana, previa que não poderia ser impedida a liberdade de expressão além da liberdade de exercício de religião, liberdade de imprensa, etc.

Por se tratar de um texto muito abstrato, constitucionalistas americanos propuseram justificativas diferentes para a liberdade de expressão, mas a maioria delas se enquadrava em uma de duas categorias.¹³

A primeira categoria, a liberdade de expressão é importante porque a permissão de que as pessoas digam o que bem entendem, possibilita a produção de efeitos benéficos para a sociedade.¹⁴

A segunda categoria justifica a liberdade de expressão como importante, não somente pelas consequências que ela produzirá, mas porque o Estado deve tratar os cidadãos capazes como agentes morais e responsáveis, mas sempre possibilitando a penalização deste cidadão, caso a liberdade de expressão seja extrapolada, no caso por exemplo de uma liberdade de expressão falaciosa.¹⁵

Cláudio Chequer explica o motivo de a liberdade de expressão ser um direito fundamental. Na grande maioria das sociedades, tem-se o direito à liberdade de expressão configurado como um direito fundamental *latu sensu*.¹⁶

¹¹ CHEQUER, Cláudio. *Liberdade de expressão como direito fundamental preferencial "prima facie". (Análise crítica e proposta da revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro)*. 1. ed. Lumen Juris. 2011, p.11.

¹² CHEQUER, Cláudio. *Liberdade de expressão como direito fundamental preferencial "prima facie". (Análise crítica e proposta da revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro)*. 1. ed. Lumen Juris. 2011, p.11.

¹³ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade. A leitura moral da Constituição norte-americana*. Infe. 2006, p. 318.

¹⁴ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade. A leitura moral da Constituição norte-americana*. Infe. 2006, p. 319.

¹⁵ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade. A leitura moral da Constituição norte-americana*. Infe. 2006, p. 319.

¹⁶ CHEQUER, Cláudio. *Liberdade de expressão como direito fundamental preferencial "prima facie". (Análise crítica e proposta da revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro)*. 1. ed. Lumen Juris. 2011, p.18.

A maioria dos fundamentos que justificam a liberdade de expressão, como direito fundamental em sentido amplo, estão configurados em um ou outro seguimento de dois grandes grupos.¹⁷

A primeira classe de fundamentos dita a liberdade de expressão como possuidora de uma importância de caráter instrumental, tratando-se de um meio para a realização de uma finalidade importante.¹⁸

A segunda classe de fundamentos da liberdade de expressão dita que a liberdade de expressão que ela é importante por ela mesma, ou seja, por si só, não somente pelas consequências que esse direito pode acarretar, mas pelo simples direito dos indivíduos expressarem-se de forma livre.¹⁹

Desta forma, Cláudio Chequer cita Eric Barendt para tratar sobre os quatro argumentos utilizados pela doutrina para fundamentar o direito à liberdade de expressão configurado com um direito fundamental.

O primeiro argumento é referente à garantia de uma autossatisfação, ou seja, a simples satisfação de se poder expressar livremente. O segundo argumento é em virtude de a liberdade de expressão ser importante instrumento para a descoberta da verdade²⁰. O terceiro argumento é em razão de possibilitar a participação do cidadão na democracia.²¹

Por fim, o quarto argumento é em razão de uma suspeita do governo, já que os governos têm fortes razões para ter medo dos impactos das ideias, sendo, pois, naturalmente tentados a reprimi-las.²²

Com a caracterização da liberdade de expressão como direito fundamental, a sua garantia tornou-se imprescindível em vários países, sendo que em nosso ordenamento a garantia da liberdade de expressão variou no

¹⁷ CHEQUER, Cláudio. *Liberdade de expressão como direito fundamental preferencial "prima facie". (Análise crítica e proposta da revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro)*. 1. ed. Lumen Juris. 2011, p.18.

¹⁸ CHEQUER, Cláudio. *Liberdade de expressão como direito fundamental preferencial "prima facie". (Análise crítica e proposta da revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro)*. 1. ed. Lumen Juris. 2011, p.18.

¹⁹ CHEQUER, Cláudio. *Liberdade de expressão como direito fundamental preferencial "prima facie". (Análise crítica e proposta da revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro)*. 1. ed. Lumen Juris. 2011, p.18.

²⁰ O termo verdade é subjetivo, já que pode se referir tanto à verdade de um quanto à verdade de outro

²¹ CHEQUER, Cláudio. *Liberdade de expressão como direito fundamental preferencial "prima facie". (Análise crítica e proposta da revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro)*. 1.ed. Lumen Juris. 2011, p.19.

²² CHEQUER, Cláudio. *Liberdade de expressão como direito fundamental preferencial "prima facie". (Análise crítica e proposta da revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro)*. 1. ed. Lumen Juris. 2011, p.19.

ordenamento brasileiro conforme as Constituições, desde a Constituição do Império até nossa atual Constituição em vigência.

A liberdade de expressão é fundamental na sociedade, já que por meio possibilita a divergência de pensamento. Se a liberdade de expressão não existisse, seria clara a imagem de uma ditadura onde os únicos pensamentos que pudessem ser expressados seriam aqueles permitidos juridicamente ou por intermédio do Estado.

A evolução da liberdade de expressão foi essência para que se possa ter um ordenamento jurídico condizente com a sociedade em que vivemos, a liberdade de expressão já passou por épocas em que ela era praticamente inexistente, nos casos das ditaduras, a liberdade de expressão era suprimida pela vontade do Estado, e os únicos pensamentos que podiam ser expressados, eram os que condiziam com os pensamentos do Ditador.

1.3 CONCEITO DE CULTURA

Com a conceituação de liberdade de expressão, os motivos que a torna um direito fundamental e sua importância na sociedade, resta saber o que é a cultura a ser expressa através desta liberdade.

Desde os primórdios da humanidade o ser humano vivia em sociedade e o comportamento humano derivou do uso de símbolos. Desta forma, Leslie White dita que o que caracteriza o homem como tal é a construção de símbolos. Sem os símbolos o homem não passaria de um animal, já que não existiria a cultura.²³

Só existe cultura com a atribuição de significados aos símbolos, que iram identificar uma sociedade, tornando-se um elemento de unificação e identificação de determinado grupo.²⁴

Para que se possa ter a atribuição de significados aos símbolos, é necessário que os símbolos mostrados por um indivíduo tenham o mesmo significado para o receptor, sendo necessário uma breve abordagem sobre significado e significante.

²³ LARAIA, Roque de Barris. *Cultura: um conceito antropológico*. 17. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 2004, p. 24.

²⁴ LARAIA, Roque de Barris. *Cultura: um conceito antropológico*. 17. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 2004, p. 63.

De forma breve, *significante* é o objeto tangível ao qual se refere, devendo ser atribuído a este *significante*, um significado, que será interpretado da mesma forma tanto pelo emissor da mensagem, quanto para o receptor da mensagem.²⁵

A cultura é uma forma de marca do indivíduo, unindo-o ao grupo desta cultura, impossibilitando a existência de culturas iguais, sempre existindo um ou mais elementos diferenciadores entre elas.

Pode parecer muito difícil de ser definir cultura, por se tratar de um conceito muito amplo, mas Terry Eagleton demonstra que a palavra cultura serve para realçar a diferença.²⁶

A palavra cultura está voltada para a divisão dentro dos homens, ela postula uma diversidade entre vontades, razão, desejo, ou seja, o que diferencia cada indivíduo dentro de uma sociedade.²⁷

A forma com que a cultura é compartilhada chega a ser imperceptível, já que os conhecimentos, comportamentos e experiências são transmitidos de forma cotidiana, pelos próprios membros desta sociedade, preservando os valores a serem seguidos.²⁸

O conjunto de símbolos que a coletividade entende como sendo um unificador é a cultura, é uma construção gradual de significados que, com o decorrer do tempo, podem mudar, não se condicionando a nada, mas sujeita a alterações futuras por motivos indeterminados.

Um dos motivos para a cultura unir seus indivíduos pode ser explicado por Piaget, que afirma que a comunicação e debate com pessoas consideradas iguais, do ponto de vista cultural, é mais eficiente do que no caso de pessoas diferentes. O debate com seus iguais coopera para se chegar a condições melhores.²⁹

Referente ao conceito de cultura, o autor Francisco Humberto Cunha a conceitua como a intervenção do homem para modificar o ambiente natural, tais

²⁵ FLATSCHART, Fábio. *Signo, significante e significado na web*. 2013, Disponível em <<http://quadrosbemois.com.br/signo-significante-e-significado-na-web/>>. Acesso em: 01 jul. 2015.

²⁶ EAGLETON, Terry. *A ideia de Cultura*. Tradução Sandra Castello Branco. São Paulo. Editora Unesp. 2005, p. 15.

²⁷ EAGLETON, Terry. *A ideia de Cultura*. Tradução Sandra Castello Branco. São Paulo. Editora Unesp. 2005, p. 15.

²⁸ AMARAL, Maria Nazaré de Camargo Pacheco. *Dewey: filosofia e experiência democrática*. São Paulo: Ed Universidade de São Paulo. 1990, p.84.

²⁹ PIAGET. Jean. *Psicologia e pedagogia*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense-Universitária. 1975, p. 184.

como artes, ciências, filosofia, e quaisquer outras produções do homem ao longo da história.³⁰ Nota-se que inevitavelmente toda e qualquer sociedade possui uma cultura, mas resta saber qual sua relevância para o direito.³¹

Para o jurista alemão Häberle, os direitos culturais devem ter duas compreensões: *stricto sensu* e *lato sensu*. Na compreensão *stricto sensu*, os direitos fundamentais culturais devem ser compreendidos de forma restritiva, conjuntamente com outros direitos, como por exemplo, os direitos econômicos ou sociais, para que se possa garantir-lhes um reconhecimento explícito e conseqüentemente tornando-os efetivos. Na compreensão *lato sensu*, o jurista afirma que a cultura é a base de todos os direitos fundamentais, determinando sua existência e depois, sendo determinada por eles.³²

Desta forma, assim dita o jurista alemão:

“Os direitos Fundamentais são expressão da cultura humana e (ao mesmo tempo) tornam-na possível. As garantias jurídicas da liberdade estão inseridas num contexto de conexões culturais, sem os quais estas garantias não podem ser validadas em sua efetividade jurídica (...). As objetivações ou os resultados da liberdade cultural, o trabalho criativo na arte e na ciência, bem como os programas de partido e a proteção das minorias são todos aspectos parciais da cultura dos direitos fundamentais num estado constitucional”.³³

O jurista alemão deixou clara a importância da cultura para o direito, se analisarmos de forma *lato sensu*, tem-se a cultura como a base dos direitos fundamentais.

A liberdade de expressão cultural pode ser referente à diversas práticas, tendo entre as mais conhecidas, a prática da cultura em si, ideologia ou alguma religião.

No caso do Brasil, por ter uma variedade cultural muito grande espalhada por cada estado, a proteção da liberdade de manifestação cultural tem que ser mais radical, para que possa abranger a manifestação de todas as culturas.

³⁰ HUMBERTO CUNHA FILHO, Francisco. *Direitos Culturais como Direitos fundamentais no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Brasília Jurídica. 2000, p. 24.

³¹ Este aspecto é tão forte que um estudioso do tema disse que “certamente, a mais antiga e a mais recente obra do homem é a cultura”. (*Direitos Culturais como Direitos fundamentais no Ordenamento Jurídico Brasileiro* de Francisco Humberto Cunha Filho. 2000, p. 24).

³² HUMBERTO CUNHA FILHO, Francisco. *Direitos Culturais como Direitos fundamentais no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Brasília Jurídica. 2000, p. 30 – 31.

³³ HUMBERTO CUNHA FILHO, Francisco. *Direitos Culturais como Direitos fundamentais no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Brasília Jurídica. 2000. p. 31.

De certa forma, é inegável o fato de que algumas culturas, as culturas de maioria, possuem uma proteção muito maior comparado às outras, além de um incentivo por parte do Estado e da mídia. Um bom exemplo disso é a religião, se analisar a proteção que existe da liberdade de expressão cultural referente ao catolicismo, como sua prática, é notável que esta proteção é muito superior se comparado com a liberdade de expressão dos adeptos das testemunhas de Jeová.

2 EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Os direitos fundamentais evoluíram conforme a própria sociedade, sendo necessário fazer a evolução destes direitos fundamentais e analisar quais as principais características de cada geração, para que se possa entender a liberdade de expressão cultural como direito fundamental.

2.1 CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A sociedade vive uma constante evolução dos direitos. Concepções do que é certo e errado, permitido e proibido, moral e imoral, podem tomar cursos diferentes ao longo da história.

Em um artigo publicado por Emerson Santiago, ele explica trajetória dos direitos considerados fundamentais, ditando que são datados aproximadamente da criação do Código de Hamurabi, onde o homem registrou pela primeira vez disposições que regulariam a vida em uma, além do avanço considerável dos direitos fundamentais.³⁴

No código de Hamurabi foram encontradas disposições que se referiam à defesa da vida, do direito à propriedade, além de dispor a respeito da dignidade, honra à família, além das leis por todos os cidadãos, inclusos os governantes.³⁵

Antes de termos um ordenamento jurídico legalmente organizado, nem sempre se teve assegurado alguns direitos fundamentais, como por exemplo o direito à liberdade de expressão cultural.

Houve uma época onde penas brutais eram aplicadas em pessoas que, muitas vezes, nem haviam cometido o crime o qual estava sendo acusada, mas estavam apenas exercendo sua liberdade cultural, existindo até a possibilidade de serem condenadas por bruxaria, pela prática de outra religião que não a do Estado.

Para que existisse a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos, previstas na Constituição Federal, os direitos fundamentais tiveram que evoluir conforme a própria sociedade.

A evolução histórica dos direitos fundamentais foi lenta, não tendo sido reconhecidos todos esses direitos de uma vez só, mas sim com a evolução do

³⁴ SANTIAGO, Emerson. *Direitos Fundamentais*. Disponível em <<http://www.infoescola.com/direito/direitos-fundamentais/>> Acesso em: 1 maio. 2015.

³⁵ SANTIAGO, Emerson. *Direitos Fundamentais*. Disponível em <<http://www.infoescola.com/direito/direitos-fundamentais/>> Acesso em: 1 maio. 2015.

próprio homem na sociedade, desta forma faz-se necessário entender o que são os direitos fundamentais.

Para que se entenda a evolução histórica dos direitos fundamentais, antes é necessário entender o que são os direitos fundamentais e o que diferencia esses direitos.³⁶

Isto nos remete à necessidade dos direitos fundamentais para que se possa controlar, de certa forma, os conflitos entre os homens. A vida em sociedade gera conflitos diários entre indivíduos, e para evitar uma desproporção alarmante entre ação e reação gere um caos social, existem os direitos fundamentais, ou seja, os direitos que iram coordenar esta sociedade.

Sendo necessário um objeto de controle social, Manoel Gonçalves dita à respeito desta coordenação, que ela tem de vir da lei. A lei põe-se, assim, como o instrumento de coordenação das liberdades. Nisto, Rousseau é seguido, ou seja, na ideia de que a lei, justa, expressa pela vontade geral, deve ser o instrumento de coordenação do exercício por todos de seus direitos.³⁷

Com este conceito inicial de Direitos fundamentais e sua diferenciação em relação aos seus derivados, é importante fazer um estudo histórico da aparição e do reconhecimento destes direitos.

Referente aos direitos fundamentais, Manoel Gonçalves cita uma passagem de *De Legibus*.

“Remoto ancestral da doutrina dos direitos fundamentais é, na Antiguidade, a referência a um Direito superior, não estabelecido pelos homens, mas dado a estes pelos deuses. Neste passo cabe a citação habitual à Antígona, de Sófocles, em que isso é, literariamente, exposto, em termos inolvidáveis. A mesma ideia, com tratamento sistemático, acha-se no diálogo *De legibus*, de Cícero.”³⁸

Conforme a citação acima nota-se que na antiguidade, o direito era muito relacionado com a religião. A religião possuía muito poder e quase sempre era esta

³⁶ Utilizando das palavras de Cançado Trindade para termos ideia do reconhecimento dos direito fundamentais, entre eles, os de liberdade de expressão cultural, a ideia dos direitos fundamentais é tão antiga quanto a própria história das civilizações, tendo logo manifestado, em distintas culturas e em momentos históricos de forma sucessiva, na afirmação da dignidade da pessoa humana, na luta contra todas as formas de dominação e exclusão, opressão e, em prol da salvaguarda contra o despotismo e arbitrariedade e, na asserção da participação na vida comunitária e de princípio de legitimidade.

³⁷ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Editora SAFE, 1997. p. 17.

³⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 9. ed. São Paulo: Saraiva. 2007, p. 9.

que ditava o Ordenamento da época, sendo inegável a presença da religião na sociedade. Como exemplo, seguem as de palavras de Tomás de Aquino.

“Na suma teológica existe, inclusive, uma hierarquia. Suprema é a lei eterna (que só o próprio Deus conhece na plenitude), abaixo da qual estão, por um lado, a lei divina (parte da lei eterna revelada por Deus ou declarada pela Igreja), por outro, a lei natural (gravada na natureza humana que o homem descobre por meio da razão), e, mais abaixo, a lei humana (a lei positiva editada pelo legislador).”³⁹

Por esta passagem, fica clara a supremacia da lei divina em comparação com o direito em si, a religião era um instrumento de coação muito forte na antiguidade, sendo claro que aqueles que iam contra a Igreja eram submetidos a penas cruéis e muitas vezes mortos por defenderem seus ideais.

Os direitos fundamentais, na visão de Paulo Bonavides, seguindo Konrad Hesse, doutrinador alemão, são descritos como os direitos que almejam os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana⁴⁰, ou seja, os direitos fundamentais são necessários para que o homem possa viver sua vida de forma livre e digna.

Paulo Bonavides ainda cita Carl Schmitt, ao tratar dos critérios de caracterização dos direitos fundamentais. De acordo com Carl Schmitt, existem dois critérios formais de caracterização dos direitos fundamentais. O primeiro critério dita os direitos fundamentais como todos os direitos ou garantias nomeadas de forma específica no texto constitucional.⁴¹

O segundo critério é referente ao grau de importância que a Constituição atribui a esses direitos, visando uma segurança maior, tornando esses direitos imutáveis ou de difícil mudança, conhecido em nosso ordenamento como cláusulas pétreas.⁴²

Carl Schmitt atribui aos direitos fundamentais, do ponto de vista material, como variáveis de acordo com a ideologia, a modalidade de Estado, a espécie de

³⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 9. ed. São Paulo: Saraiva. 2007, p. 9.

⁴⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional 29ª edição, atualizada (em apêndice a CF/1988, com as Emendas Constitucionais até a de n. 77, de 11.2.2014)*. Malheiros Editores. 2014, p. 574.

⁴¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional 29ª edição, atualizada (em apêndice a CF/1988, com as Emendas Constitucionais até a de n. 77, de 11.2.2014)*. Malheiros Editores. 2014, p. 575.

⁴² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional 29ª edição, atualizada (em apêndice a CF/1988, com as Emendas Constitucionais até a de n. 77, de 11.2.2014)*. Malheiros Editores. 2014, p. 575.

valores e princípios que a Constituição consagra, aferindo-se desta forma que cada Estado tem seus direitos fundamentais.⁴³

Desta forma, fica claro que a garantia dos direitos fundamentais no texto constitucional, não passa de um espelho da sociedade e da situação em que o Estado se encontra.

Referente ao termo “direitos fundamentais”, alguns autores divergem quanto à sua terminologia, muitas vezes utilizada de forma errônea, os sinônimos referentes aos direitos fundamentais, na verdade possuem diferenças.

Manoel Jorge e Silva Neto explica quais as diferenças entre essas expressões e qual o significado de cada uma, deixando claro que por mais que sejam usados como sinônimos, possuem significados e alcances diferentes.

A expressão “direitos fundamentais” se encontra sedimentada na doutrina e no sistema do direito brasileiro, até porque o disposto no capítulo I de nossa constituição é: “Dos direitos e Garantias fundamentais”, convém assinalar que muitos outros termos vêm sendo utilizados como sinônimos, tais como: direitos do homem ou direitos humanos, direitos individuais, liberdades públicas ou ainda direitos públicos subjetivos.⁴⁴

Acerca de suas outras terminologias, ao se utilizar o termo “direitos humanos”, este se refere a aqueles direitos inerentes ao ser-humano, extrapolando quaisquer limites territoriais e englobando todo e qualquer ser humano, sendo desta forma, bem mais amplo que os direitos fundamentais previstos em nossa Constituição.

Neste caso ele dita que os direitos fundamentais são aqueles específicos do sistema normativo-constitucional, já os direitos humanos são aqueles empregados em tratados e convenções internacionais, dando um âmbito internacional para os direitos humanos, trazendo assim uma “uniformização” deste direito.⁴⁵

⁴³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional 29ª edição, atualizada (em apêndice a CF/1988, com as Emendas Constitucionais até a de n. 77, de 11.2.2014)*. Malheiros Editores. 2014, p. 575.

⁴⁴ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito Constitucional atualizado até a EC nº 57, de dezembro de 2008, e Súmula Vinculante nº 14, de 9/02/2009*. 5. ed. Lumen Juris Editora. 2009, p. 623.

⁴⁵ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito Constitucional atualizado até a EC nº 57, de dezembro de 2008, e Súmula Vinculante nº 14, de 9/02/2009*. 5. ed. Lumen Juris Editora. 2009, p. 623.

No tocante à expressão “liberdades públicas”, este termo deriva da doutrina francesa, e se remete às leis que possuem o objetivo de determinar as obrigações do Estado e de fixar as garantias ao seu cumprimento⁴⁶, sendo bem menor o seu conceito em relação aos direitos fundamentais propriamente ditos.

Referente aos direitos Individuais, estes consistem em um dos tópicos dos direitos fundamentais, um exemplo disso é o disposto em nossa Constituição: “Dos direitos e garantias fundamentais”, englobando o disposto no artigo 5º “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, de tal modo, é aferível que ambos se distinguem por seu alcance, já que os direitos fundamentais englobam os direitos individuais, mas os direitos individuais não deixam de ser direitos fundamentais.⁴⁷

A respeito dos Direitos Públicos Subjetivos, não se pode restringir o alcance do amplo campo dos direitos fundamentais aos direitos Públicos Subjetivos. A esfera dos direitos fundamentais é bem maior que dos direitos Públicos Subjetivos, mas estes direitos não deixam de ser fundamentais.⁴⁸

Ingo Wolfgang Sarlet também faz uma diferenciação das terminologias direitos fundamentais e direitos humanos. Para o autor, o termo direito fundamental é aplicável aos direitos do ser humano que foram reconhecidos e positivados no âmbito constitucional positivo de um Estado, sendo que a expressão direitos humanos é referente à relação com o direito internacional, através de seus documentos, pelo fato de se referir à posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como o próprio ser humano, independe de qualquer vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional.⁴⁹

Da mesma forma que o autor Manoel Jorge, Ingo Sarlet dita que a expressão direitos humanos é bem mais ampla que a expressão direitos fundamentais, podendo ser aferido que os direitos fundamentais são aqueles já

⁴⁶ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito Constitucional atualizado até a EC nº 57, de dezembro de 2008, e Súmula Vinculante nº 14, de 9/02/2009*. 5. ed. Lumen Juris Editora. 2009, p. 625.

⁴⁷ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito Constitucional atualizado até a EC nº 57, de dezembro de 2008, e Súmula Vinculante nº 14, de 9/02/2009*. 5. ed. Lumen Juris Editora. 2009, p. 625.

⁴⁸ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito Constitucional atualizado até a EC nº 57, de dezembro de 2008, e Súmula Vinculante nº 14, de 9/02/2009*. 5. ed. Lumen Juris Editora. 2009, p. 625.

⁴⁹ WOLFGANG SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005, p. 35 – 36.

positivados, já os direitos humanos se referem aos direitos inerentes ao ser humano, sendo maior que o direito positivado, por este acompanhá-lo onde ele estiver.

Um exemplo disso é o caso de duas pessoas, de duas culturas completamente diferentes, com ordenamentos jurídicos diferentes, estarem em um lugar sem qualquer ordenamento, uma “terra sem lei”. É notório que eles saberiam, apesar de todas essas diferenças culturais, que em condições que não fossem de estado de necessidade ou semelhante, não poderiam se matar pelo fato de o direito a vida não ser um direito meramente positivado, é um direito que é inerente a cada pessoa.

A corrente que defende os direitos fundamentais como direitos inerentes ao ser humano é conhecida como jusnaturalismo, ou seja, os direitos fundamentais estão presentes antes mesmo do homem e da lei.

Referente ao conceito de jusnaturalismo, em um artigo publicado por Carolina Arantes Neuber Lima, esta define o jusnaturalismo como uma corrente jurídica baseada na crença de existência de direitos inatos a todos os seres humanos. Suas contribuições ao nascimento dos Direitos Humanos são inquestionáveis, sendo que, para os adeptos da doutrina do Direito Natural, o sujeito de direitos seria todo e qualquer homem.⁵⁰

2.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS DE 1ª GERAÇÃO.

A revolução francesa, que ocorreu no século XVIII teve como lema, as gerações dos direitos fundamentais e até mesmo como ocorre sua evolução histórica.

Os direitos fundamentais se dividiram em gerações, sendo cada geração marcada por uma característica que a sociedade vivia no momento. Com o lema “liberdade, igualdade e fraternidade”, ficou configurado os direitos fundamentais e suas respectivas gerações, sendo os direitos de liberdade os de 1ª geração, os direitos sociais os de 2ª geração e os direitos fraternais como os direitos de 3ª geração.

⁵⁰ LIMA, Carolina. *O Jusnaturalismo e o nascimento dos Direitos Humanos*. 2013, Disponível em <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-jusnaturalismo-e-o-nascimento-dos-direitos-humanos,44137.html/>> Acesso em: 15 maio 2015.

Manoel Jorge explica também as gerações destes direitos, já que a liberdade de expressão cultural é classificada como um direito fundamental de 1ª geração, já que cada geração dos direitos fundamentais foi marcada por uma característica da situação da sociedade na época.

Por se tratarem de gerações em épocas diferentes, que evoluíram os direitos fundamentais, não que há se falar em colisão ou substituição destas gerações uma pela outra, não havendo assim, conflito de gerações.⁵¹

O surgimento dos direitos fundamentais de primeira geração se deu com a declaração da Revolução Francesa, que foi amparada na ideia de liberdade individual e política, marcados pela ausência do Estado das questões individuais: os direitos civis e políticos.⁵²

Por conta da ausência do Estado, por se atrelar à ideia do *laisser-faire* *laisser-passer*, sendo desta forma omissa, acarretou desta forma no aumento das desigualdades sociais, por não se ter este órgão.⁵³

Os direitos de primeira geração foram os primeiros direitos da liberdade a constarem do instrumento normativo constitucional, passando a prever no texto constitucional um dos direitos mais fundamentais e essenciais para a existência humana.⁵⁴

Alexandre de Moraes dita os direitos de primeira geração como direitos de liberdades públicas, direitos individuais ou direitos políticos clássicos. Estes direitos foram criados institucionalmente na Constituição.⁵⁵

Os direitos de liberdade se moveram em cada país em um processo diferentes, podendo haver alguns recuos em relação à garantia destes direitos, como por exemplo as ditaduras, mas evoluíram de forma constantes conforme a natureza do respectivo modelo de sociedade, mas visualizando uma trajetória que

⁵¹ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito Constitucional atualizado até a EC nº 57, de dezembro de 2008, e Súmula Vinculante nº 14, de 9/02/2009*. 5. ed. Lumen Juris Editora. 2009, p. 626.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito Constitucional atualizado até a EC nº 57, de dezembro de 2008, e Súmula Vinculante nº 14, de 9/02/2009*. 5. ed. Lumen Juris Editora. 2009, p. 626.

⁵³ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito Constitucional atualizado até a EC nº 57, de dezembro de 2008, e Súmula Vinculante nº 14, de 9/02/2009*. 5. ed. Lumen Juris Editora. 2009, p. 626.

⁵⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional 29ª edição, atualizada (em apêndice a CF/1988, com as Emendas Constitucionais até a de n. 77, de 11.2.2014)*. Malheiros Editores. 2014, p. 577.

⁵⁵ DE MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 23. ed. Atualizado até a EC nº 56/07. Editora Atlas. 2008, p. 31.

parte com frequência do mero reconhecimento formal para concretizações progressivas, até atingir a amplitude máxima de efetivação democrática do poder.⁵⁶

A ideia que veio contida nos direitos fundamentais de primeira geração eram de abstenção do governante, com a criação de obrigações de não fazer e de não intervenção na vida pessoal do indivíduo.⁵⁷

A evolução dos direitos fundamentais de primeira geração, ao longo da história, sempre deixou brechas para que eles continuassem a evoluir, até chegar no ponto de hoje não haver constituição que não preveja os direitos fundamentais de primeira geração.⁵⁸

O titular dos direitos de primeira geração é o indivíduo, sendo uma faculdade ou atributo da pessoa e ostentam uma subjetividade como traço característico, tornando-se direitos de resistência ou oposição diante do poder do Estado.⁵⁹

José Afonso da Silva dita que a liberdade é uma conquista constante, pelo fato da liberdade estar diretamente ligada com a evolução da humanidade, fortalecendo a liberdade de acordo com o alargamento da atividade humana.⁶⁰

Para Fábio Konder Comparato, o primeiro indício de limitação do poder político ocorreu no século X A.C. quando o Rei Davi se proclamou delegado de Deus e aplicador da lei Divina⁶¹, sendo clara a presença da religião, relativo aos direitos fundamentais.

Desta forma percebemos a nítida necessidade dos Direitos fundamentais como forma de controle desta arbitrariedade.

Prova disso é a existência de tal controle social para a manutenção da ordem pública desde os tempos mais primórdios, existindo até mesmo na legislação babilônica do século 18 A.C.

⁵⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional 29ª edição, atualizada (em apêndice a CF/1988, com as Emendas Constitucionais até a de n. 77, de 11.2.2014)*. Malheiros Editores. 2014, p. 577.

⁵⁷ FERREIRA MENDES, Gilmar e GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Editora Saraiva. 2011, p. 156.

⁵⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional 29ª edição, atualizada (em apêndice a CF/1988, com as Emendas Constitucionais até a de n. 77, de 11.2.2014)*. Malheiros Editores. 2014, p. 577.

⁵⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional 29ª edição, atualizada (em apêndice a CF/1988, com as Emendas Constitucionais até a de n. 77, de 11.2.2014)*. Malheiros Editores. 2014, p. 578.

⁶⁰ AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo. 34ª edição revista e atualizada (até a Emenda Constitucional n. 67, de 22.12.2010)*. Malheiros Editores. 2011, p. 232.

⁶¹ KONDER COMPARATO, Fábio. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2003, p. 40.

Os direitos fundamentais de primeira geração entram na categoria de *status negativos* e trazem a separação entre sociedade e Estado. Sem essa separação, não há a dimensão do verdadeiro caráter dos direitos de liberdade.⁶²

Estes direitos de liberdade são necessários também para a valorização do homem-singular, o homem de liberdades abstratas, ou seja, o homem que compõe a sociedade civil.⁶³

Os direitos de liberdade são imprescindíveis em nossa sociedade, é uma forma de combater o poder absoluto do Estado e diferenciar o homem na sociedade.

2.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS DE 2ª GERAÇÃO.

Os direitos de segunda geração, da mesma forma que os de primeira geração, dominam o século XX. Estes direitos são conhecidos como os direitos sociais, culturais e econômicos, além de serem direitos coletivos ou de coletividade, sendo inseridos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, após terem sido concebidos por consequência do antiliberalismo do Século XX.⁶⁴

Desta forma surgem os direitos de segunda geração: os direitos sociais ou direitos à prestação, tendo como exemplo o direito à segurança, moradia, trabalho e lazer.⁶⁵

Paulo Gustavo Gonet afirma que os direitos de segunda geração são conhecidos como direitos sociais, não por serem relativos à coletividade, mas pelo fato de estarem ligados a reivindicações da justiça social.⁶⁶

Estes direitos nasceram atrelados com o princípio da igualdade, do qual são inseparáveis, por que se isso ocorresse, seria o mesmo que retirar a razão que os ampara.⁶⁷

⁶² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional 29ª edição, atualizada (em apêndice a CF/1988, com as Emendas Constitucionais até a de n. 77, de 11.2.2014)*. Malheiros Editores. 2014, p. 578.

⁶³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional 29ª edição, atualizada (em apêndice a CF/1988, com as Emendas Constitucionais até a de n. 77, de 11.2.2014)*. Malheiros Editores. 2014, p. 578.

⁶⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional 29ª edição, atualizada (em apêndice a CF/1988, com as Emendas Constitucionais até a de n. 77, de 11.2.2014)*. Malheiros Editores. 2014, p. 578.

⁶⁵ KONDER COMPARATO, Fábio. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2003, p. 40.

⁶⁶ FERREIRA MENDES, Gilmar e GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Editora Saraiva. 2011, p. 155.

“O começo do nosso século viu a inclusão de uma nova categoria de direitos nas declarações e, ainda mais recentemente, nos princípios garantidores da liberdade das nações e das normas da convivência internacional. Entre os direitos chamados sociais, incluem-se aqueles relacionados com o trabalho, o seguro social, a subsistência, o amparo à doença e à velhice”.⁶⁸

Da mesma forma que os direitos de primeira geração, esses direitos foram objeto de uma formulação especulativa em esferas filosóficas e políticas de cunho ideológico, principalmente, uma vez que foram proclamados nas Declarações solenes das Constituições marxistas e também no constitucionalismo da socialdemocracia, dominaram por inteiro as Constituições do segundo pós-guerra.⁶⁹

Antes de terem sua eficácia reconhecida, passaram por um ciclo de normatividade muito baixa e tiveram sua eficácia duvidosa, em decorrência de sua própria natureza de direitos que exigem do Estado prestações materiais, que podem estar limitadas pelos próprios meios de recurso.⁷⁰

Por terem sua eficácia questionada os direitos de segunda geração foram remetidos à chamada esfera programática, por não terem contido as garantias ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos de liberdade.⁷¹

Os direitos de segunda geração atravessaram uma crise de execução, que parecia ter fim com a formulação do preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, inclusive na Constituição brasileira.⁷²

Assim como os direitos de primeira geração, a tendência é que os direitos de segunda geração se tornem auto justificáveis, já que não poderão ser

⁶⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional 29ª edição, atualizada (em apêndice a CF/1988, com as Emendas Constitucionais até a de n. 77, de 11.2.2014)*. Malheiros Editores. 2014, p. 578.

⁶⁸ DE MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 23. ed. Atualizado até a EC nº 56/07. Editora Atlas. 2008, p. 31.

⁶⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional 29ª edição, atualizada (em apêndice a CF/1988, com as Emendas Constitucionais até a de n. 77, de 11.2.2014)*. Malheiros Editores. 2014, p. 578.

⁷⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional 29ª edição, atualizada (em apêndice a CF/1988, com as Emendas Constitucionais até a de n. 77, de 11.2.2014)*. Malheiros Editores. 2014, p. 578-579.

⁷¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional 29ª edição, atualizada (em apêndice a CF/1988, com as Emendas Constitucionais até a de n. 77, de 11.2.2014)*. Malheiros Editores. 2014, p. 579.

⁷² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional 29ª edição, atualizada (em apêndice a CF/1988, com as Emendas Constitucionais até a de n. 77, de 11.2.2014)*. Malheiros Editores. 2014, p. 579.

descumpridos em detrimento da facilidade que eles possuem em sua argumentação no caráter programático da própria norma.⁷³

Os direitos de segunda geração, em quase todos os sistemas jurídicos, possuíam uma aplicabilidade mediata, enquanto os direitos de primeira geração possuíam uma aplicabilidade imediata.⁷⁴

2.4 DIREITOS FUNDAMENTAIS DE 3ª GERAÇÃO.

Com a explosão da densidade demográfica, surgiu uma preocupação pela qualidade de vida, o que resultou no aparecimento dos direitos fundamentais de terceira geração: os direitos de natureza difusa. São direitos cujos destinatários são indivíduos indeterminados, como por exemplo, os direitos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, previstos no artigo 225, caput, da Constituição Federal brasileira de 1988.⁷⁵

A precariedade de desenvolvimento de algumas nações deu espaço para um direito fundamental diferente dos outros. Paulo Bonavides cita Karel Zvak que dita esses direitos como direitos de fraternidade, não compreendendo apenas a proteção específica de direitos individuais ou coletivos.⁷⁶

Os direitos configurados como de terceira geração são repletos de humanismo e universalidade, já não são mais direitos pensados para o indivíduo, mas para a coletividade, tendendo a se cristalizar no final do Século XX.⁷⁷

Sua titularidade é difusa ou coletiva, já que são concebidos para proteger o homem em coletividade. A figura do individualismo da primeira geração foi

⁷³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional 29ª edição, atualizada (em apêndice a CF/1988, com as Emendas Constitucionais até a de n. 77, de 11.2.2014)*. Malheiros Editores. 2014, p. 579.

⁷⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional 29ª edição, atualizada (em apêndice a CF/1988, com as Emendas Constitucionais até a de n. 77, de 11.2.2014)*. Malheiros Editores. 2014, p. 579.

⁷⁵ KONDER COMPARATO, Fábio. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 3 ed. São Paulo: Saraiva. 2003, p. 40.

⁷⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional 29ª edição, atualizada (em apêndice a CF/1988, com as Emendas Constitucionais até a de n. 77, de 11.2.2014)*. Malheiros Editores. 2014, p. 583.

⁷⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional 29ª edição, atualizada (em apêndice a CF/1988, com as Emendas Constitucionais até a de n. 77, de 11.2.2014)*. Malheiros Editores. 2014, p. 583.

complementada pela figura do coletivismo da segunda e terceira geração, aumentando o alcance e proteção dos direitos individuais.⁷⁸

Estes direitos fraternais têm como destinatário, em primeiro lugar o gênero humano, em um momento de sua afirmação como valor primordial em termos de existência concreta. Eles já foram enumerados como direitos familiares, mostrando de forma clara a evolução dos direitos fundamentais ao longo da história. Emergindo uma reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, paz, meio ambiente, patrimônio da humanidade e à comunicação.⁷⁹

Além dos temas supracitados, os direitos de terceira geração trazem ideia de qualidade de vida, progresso, autodeterminação dos povos e diversos outros direitos coletivos, buscando sempre o bom desenvolvimento da nação.⁸⁰

O filósofo Etienne-R. Mbaya, diferentemente de Vasak, dita os direitos de terceira geração como direitos de solidariedade e não fraternidade, ou chama os de “direitos ao desenvolvimento”.⁸¹

Mbaya dita que o direito ao desenvolvimento diz respeito tanto a Estados como a indivíduos. Referente ao indivíduo se traduz em uma pretensão ao trabalho, alimentação adequada e saúde, elementos essenciais para a subsistência do homem.⁸²

A descoberta de novos direitos é um processo sem fim, um sistema de direito se faz reconhecido, abrangendo novas áreas de liberdade a serem exploradas.⁸³

Desta forma que Mbaya demonstra que esse princípio se exprime de três formas:

⁷⁸ FERREIRA MENDES, Gilmar e GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Editora Saraiva. 2011, p. 155.

⁷⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional 29ª edição, atualizada (em apêndice a CF/1988, com as Emendas Constitucionais até a de n. 77, de 11.2.2014)*. Malheiros Editores. 2014, p. 583.

⁸⁰ DE MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 23. ed. Atualizado até a EC nº 56/07. Editora Atlas. 2008, p. 32.

⁸¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional 29ª edição, atualizada (em apêndice a CF/1988, com as Emendas Constitucionais até a de n. 77, de 11.2.2014)*. Malheiros Editores. 2014, p. 584.

⁸² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional 29ª edição, atualizada (em apêndice a CF/1988, com as Emendas Constitucionais até a de n. 77, de 11.2.2014)*. Malheiros Editores. 2014, p. 584.

⁸³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional 29ª edição, atualizada (em apêndice a CF/1988, com as Emendas Constitucionais até a de n. 77, de 11.2.2014)*. Malheiros Editores. 2014, p. 583.

1. “O dever de todo Estado particular de levar em conta, nos seus atos, os interesses de outros Estados (ou de seus súditos);
2. Ajuda recíproca (bilateral ou multilateral), de caráter financeiro ou de outra natureza, para a superação das dificuldades econômicas (inclusive com auxílio técnico aos países subdesenvolvidos e estabelecimento de preferência de comércio em favor desses países, a fim de liquidar déficits);
3. Uma coordenação sistemática de política econômica”.⁸⁴

Através destas três formas expostas por Mbaya, ele explica que o Estado deve primeiramente levar em conta os interesses de seus súditos, depois de ajudar financeiramente ou de outras formas, a superação das dificuldades econômicas, por fim deve coordenar a política econômica.

2.5 DIREITOS FUNDAMENTAIS DE 4ª E 5ª GERAÇÃO.

Não é sedimentado na doutrina, mas autores como Paulo Bonavides, defendem a existência de direitos de quarta geração e um direitos que pode vir a se tornar de quinta geração.

Com a sociedade clamando pelas minorias, surgiram então os direitos conhecidos como de quarta geração: os direitos das minorias ou direitos humanos à democracia, pluralismo e à informação.⁸⁵ Os direitos de quarta geração foram introduzidos pela globalização política na esfera da normatividade jurídica.⁸⁶

Já o direito de 5ª geração, seria o direito à paz, que ainda não é reconhecido como direito fundamental, mas há espaço para torna a paz um direito fundamental, através de sua positivação.⁸⁷

Manoel Jorge dita que os direitos fundamentais estão sujeitos a alterações, pelo fato de o homem estar evoluindo, desta fora, suas necessidades mudam e com isso, o direito também, para regular estas necessidades.

⁸⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional 29ª edição, atualizada (em apêndice a CF/1988, com as Emendas Constitucionais até a de n. 77, de 11.2.2014)*. Malheiros Editores. 2014, p. 585.

⁸⁵ KONDER COMPARATO, Fábio. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2003, p. 40.

⁸⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional 29ª edição, atualizada (em apêndice a CF/1988, com as Emendas Constitucionais até a de n. 77, de 11.2.2014)*. Malheiros Editores. 2014, p. 585.

⁸⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional 29ª edição, atualizada (em apêndice a CF/1988, com as Emendas Constitucionais até a de n. 77, de 11.2.2014)*. Malheiros Editores. 2014, p. 599.

Conforme Manoel Jorge, convém assinalar que o processo de densificação dos direitos fundamentais é infinito; vale dizer, teve o início identificado à revolução francesa, mas não tem fim. E isso acontece precisamente porque o Estado, instrumento de satisfação das necessidades humanas, está, de modo ininterrupto, submetido a modificações pelo simples fato de o ser humano que o cria estar constantemente em transformação.⁸⁸

O direito de liberdade de expressão se caracteriza como direito fundamental de 1ª geração, conforme explicado pelo autor, por estarem envolvidos pela ideia de liberdade individual, sendo assegurado aos cidadãos o direito de se expressar livremente, mas apesar de o direito cultural se tratar de um direito social de 2ª geração, ao tratarmos de liberdade de expressão cultural, estamos tratando de um direito de primeira geração, por não se tratar de acesso à cultura, mas manifestar e expressar uma cultura que já foi apropriada.

⁸⁸ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito Constitucional atualizado até a EC nº 57, de dezembro de 2008, e Súmula Vinculante nº 14, de 9/02/2009*. 5. ed. Lumen Juris Editora. 2009, p. 627.

3 LIBERDADE DE EXPRESSÃO À LUZ DAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS.

A liberdade de expressão cultural, além de sua evolução histórica supracitada, demonstrou sua evolução também por meio das Constituições brasileiras.

Desde a Constituição de 1824 até a Constituição de 1988, a liberdade de expressão foi tratada de diferentes formas, isto é, com significados e sentidos diversos, sendo necessário fazer uma análise de cada Constituição.

Para que se possa estudar a evolução dos direitos de liberdade de expressão cultural, à luz de nossas Constituições, precisamos primeiro entender o que esta Carta significa para nosso ordenamento.

André Puccinelli Junior demonstra que existem vários sentidos para a Constituição, ou seja, a Constituição pode ser analisada por diversos prismas, sendo eles sociológico, político, jurídico, culturalista e aberto ou processual.⁸⁹

No tocante ao sentido jurídico da norma, Hans Kelsen, ao tratar do conceito de norma fundamental, dita esta norma como a que fundamenta a validade de um ordenamento jurídico, ou seja, é a norma que não depende de validade de norma superior, ela que rege o ordenamento jurídico e o torna válido.⁹⁰

Ao estruturar o sistema jurídico de forma hierárquica, Kelsen demonstra que para que todas as normas sejam válidas, deve haver uma norma fundamental, ou seja, uma norma que validaria todas as outras normas hierarquicamente inferiores, e essa norma fundamental fica no topo da escala hierárquica.

Se for montado a pirâmide jurídica de Kelsen no ordenamento jurídico brasileiro, a norma que estará no topo, sendo o critério de superioridade de cima para baixo, é a Constituição. É a carta magna que dá validade às outras normas, ocupando o patamar de maior superioridade do sistema jurídico brasileiro.

Para que não haja o um regresso infinito de validade das normas, Kelsen explica que a validade da Constituição deriva de uma norma hipotética fundamental, uma norma presumida, já que essa norma não é positivada ou editada por nenhum

⁸⁹ PUCCINELLI JÚNIOR, André. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Editora Saraiva. 2013, p. 35 - 40.

⁹⁰ KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Tradução e Revisão de José Florentino Duarte. 1986, Palavras do tradutor. VII.

ato. Desta forma, essa norma que valida a Constituição estaria localizada em um plano lógico-jurídico, não podendo ser questionada por servir de base à independência de um ramo autônomo do conhecimento a toda uma construção teórica.⁹¹

Para que se tenha certeza da validade de uma norma em um Ordenamento Jurídico, ou seja, se elas devem ser seguidas ou não, deve analisar se esta norma contraria ou não a Constituição e se esta norma contrariar, não será válida.

Referente à Constituição em sentido sociológico, Ferdinand Lassalle demonstra a Constituição não como uma simples “folha de papel”, mas como um produto de mudanças sociais e revoluções, tirando a Constituição do âmbito fictício e elevando-a ao patamar da realidade da sociedade.⁹²

O autor dita a Constituição de país republicano como a lei fundamental proclamada pelo país na qual se baseia a organização do Direito público desse Estado.⁹³

Lassalle ainda diferencia a Constituição de uma Lei, dispondo que a Constituição deve ser mais sagrada, firme e imóvel que uma lei como, já que a Constituição é uma lei, mas não uma lei qualquer, é uma lei fundamental do Estado, resta descobrir o que é uma lei fundamental.⁹⁴

A lei fundamental é uma lei mais básica do que as outras, que constitui o fundamento das outras leis, ainda afirma que a ideia de fundamento traz, mesmo que implicitamente, a noção de uma força eficaz que torna pela lei de necessidade que o que se baseia nela seja assim e não de outro modo.⁹⁵

Referente à Constituição em sentido político, Carl Schmitt é seu maior defensor, ditando que o fundamento da Constituição é buscado na decisão política fundamental que antecede a elaboração da Constituição, ou seja, uma decisão sem a qual não se pode organizar ou fundar um Estado.⁹⁶

⁹¹ PUCCINELLI JÚNIOR, André. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Editora Saraiva. 2013, p. 37.

⁹² PUCCINELLI JÚNIOR, André. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Editora Saraiva. 2013, p. 35 - 36.

⁹³ LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma Constituição*. Edijur. 2014, p. 14.

⁹⁴ LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma Constituição*. Edijur. 2014, p. 15.

⁹⁵ LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma Constituição*. Edijur. 2014, p. 16.

⁹⁶ LOPES DE SOUZA JÚNIOR, Luiz. “A Constituição e seus sentidos: sociológico, político e jurídico. Disponível em: <<http://fg.jusbrasil.com.br/noticias/1516539/a-constituicao-e-seus-sentidos-sociologico-politico-e-juridico>>. 2009, Acesso em: 01 jun. 2015.

A Constituição em sentido culturalista e aberto, dita que a Constituição, ao mesmo tempo que é produzida pela sociedade, é também capaz de modificar esta sociedade. Desta forma, Meirelles Teixeira define a Constituição como o conjunto de normas fundamentais que são condicionadas pela cultura e ao mesmo tempo condicionadoras da cultura, sendo emanadas da vontade existencial da unidade política, e reguladoras existência e estrutura do Estado.⁹⁷

Referente à Constituição em sentido processual, Peter Häberle entende a Constituição como uma lei necessária, mas que é dependente de interpretação, sustentando ser a Constituição resultado de um processo de interpretação pública, condicionado historicamente.⁹⁸

Para Häberle, para que haja a interpretação constitucional, deve-se vincular todos os órgãos estatais, potências públicas, cidadãos e grupos, impossibilitando estabelecer um número fechado de intérpretes da Constituição.⁹⁹

A interpretação constitucional é um elemento da sociedade aberta, devendo os critérios de interpretação da Constituição serem tão abertos quanto mais pluralista for a sociedade.¹⁰⁰

Para que se possa entender a força de uma Constituição, Konrad Hesse dita a respeito da força normativa da Constituição que esta transforma –se em uma força ativa se existir disposição que orienta a própria conduta segundo a ordem estabelecida nela, ao se fazerem presentes, na consciência geral, particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional, não somente a vontade de poder, mas também a vontade de Constituição.¹⁰¹

A Constituição não pode impor nada sozinha, mas ela transforma-se em uma força ativa se suas disposições forem realizadas, existindo assim uma orientação da própria conduta segundo a ordem nela estabelecida por estar configurada a vontade de concretizar essa ordem.¹⁰²

⁹⁷ PUCCINELLI JÚNIOR, André. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Editora Saraiva. 2013, p. 35 - 38.

⁹⁸ PUCCINELLI JÚNIOR, André. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Editora Saraiva. 2013, p. 35 - 39.

⁹⁹ HARBELE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Sergio Antonio Fabris Editor. 1997, p. 13.

¹⁰⁰ HARBELE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Sergio Antonio Fabris Editor. 1997, p. 13.

¹⁰¹ HESSE, Konrad. *Força Normativa da Constituição*. Uniceub Biblioteca Central. 1991, p. 5.

¹⁰² HESSE, Konrad. *Força Normativa da Constituição*. Uniceub Biblioteca Central. 1991, p. 19.

A vontade de Constituição tem origem em três vertentes. A primeira vertente é relativa à compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa que não possa ser quebrada e que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido. A segunda vertente é referente à compreensão de que a ordem constituída é mais que mera ordem legitimada pelos fatos. A terceira vertente é referente à consciência de que essa ordem não é capaz de ser eficaz por si só, mas necessita da vontade humana.¹⁰³

Referente à força que constitui a essência e a eficácia da Constituição, além de residir na natureza das coisas, residem também pressupostos referentes tanto ao conteúdo da Constituição quanto à práxis constitucional.¹⁰⁴

Caso o conteúdo de uma Constituição esteja de acordo com a situação presente de uma sociedade, haverá mais segurança do desenvolvimento de sua força normativa, pelo fato de constituir como requisito essencial da força normativa da Constituição ser levado em conta os elementos sociais, políticos, econômicos e a incorporação do estado espiritual de seu tempo.¹⁰⁵

Outro ponto a ser analisado para o desenvolvimento da força normativa da Constituição é referente a práxis desta Constituição, que é a junção entre a teoria da Constituição com a prática do que está disposto.¹⁰⁶

Walter Burckhardt dita que quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição.¹⁰⁷

Por fim, Hesse dita que a interpretação tem significado não apenas decisivo, mas consolidador de preservador da força normativa da Constituição. Desta forma, com a mudança das relações fáticas de determinada sociedade, a interpretação da Constituição deve ser mudada, porque, do contrário, inicia-se um embate entre a norma e a realidade, tornando inevitável a ruptura da situação jurídica vigente.¹⁰⁸

Com a noção dos diversos sentidos para a Constituição e sua indiscutível importância em um sistema jurídico, André Puccinelli Júnior adequa um conceito para a constituição como o conjunto de normas fundamentais de um Estado e da

¹⁰³ HESSE, Konrad. Força Normativa da Constituição. Uniceub Biblioteca Central. 1991, p. 20.

¹⁰⁴ HESSE, Konrad. Força Normativa da Constituição. Uniceub Biblioteca Central. 1991, p. 20.

¹⁰⁵ HESSE, Konrad. Força Normativa da Constituição. Uniceub Biblioteca Central. 1991, p. 20.

¹⁰⁶ HESSE, Konrad. Força Normativa da Constituição. Uniceub Biblioteca Central. 1991, p. 21.

¹⁰⁷ HESSE, Konrad. Força Normativa da Constituição. Uniceub Biblioteca Central. 1991, p. 22.

¹⁰⁸ HESSE, Konrad. Força Normativa da Constituição. Uniceub Biblioteca Central. 1991, p. 23.

sociedade, emanadas da unidade política, condicionadas pela cultura total e condicionantes desta, permeadas por princípios e valores que lhe proporcionam abertura e reclamam interpretação concretizadora, e que sem despir-se de sua força normativa e supremacia hierárquica destina-se a regulamentar a organização e finalidade dos órgãos estatais, o modo de exercício e limites do poder político, além da definição dos direitos e garantias tutelados juridicamente.¹⁰⁹

Com o conceito de constituição em mente, é clara a noção de que como carta máxima de um ordenamento jurídico, a constituição é parâmetro regulador das demais áreas do direito, sendo ela que regula o que é (constitucional) ou não.

3.1 CONSTITUIÇÃO DE 1824.

A Constituição de 1824 foi a primeira Constituição do Brasil, o país herdou suas características constitucionais do país que outrora foi seu colonizador, Portugal.

Nas palavras de Alexandre Cunha, como características essenciais à situação política brasileira no ano de 1824, o país era uma monarquia, vindo a proclamar a república somente no ano de 1888.¹¹⁰

Esta Constituição possuía dois pontos importantes, o primeiro é o liberal, que foi herdado da Constituição francesa, já o segundo ponto é o conservador, herdado da Santa aliança e do absolutismo.¹¹¹

Após a proclamação da Independência, fez-se necessário a outorga de um texto Constitucional para reger o novo Estado independente, desta forma, em julho de 1822, a Assembleia Geral Constituinte foi convocada, para que 2 anos mais tarde surgisse a Constituição de 1824.

A Constituição do Império de 1824 foi a primeira a ser outorgada no Brasil, trazendo em seu texto temas de muita polêmica como a utilização do termo federação ou província.¹¹²

¹⁰⁹ PUCCINELLI JÚNIOR, André. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Editora Saraiva. 2013, p. 35 - 40.

¹¹⁰ CUNHA SANCHES, Alexandre. *Todas as Constituições brasileiras edição comentada*. Constituição de 1988 atualizada. Bookseller. 2001, p. 17.

¹¹¹ BONAVIDES PAES DE ANDRADE, Paulo. *História Constitucional do Brasil*. 5. ed. OAB EDITORA. 2002, p. 104.

De acordo com Antônio Wolkmer, as guerras de independência que ocorreram principalmente na América Latina no início do século XIX deram muita força aos interesses políticos, o que por consequência iria gerar um direcionamento para que houvesse a aparição do constitucionalismo moderno liberal, o qual é imprescindível para limitar o poder absoluto e resumiu uma luta lenta ao longo da história do povo que vivia à beira das margens sociais, explorado e dominado, em face da liberdade.¹¹³

A primeira constituição do Brasil que inaugurou o constitucionalismo brasileiro foi a Lei Fundamental de 1824, que fixou e sistematizou um regime monárquico, imperial e monista.

Os fundamentos da Constituição eram em grande parte influência do modelo Constitucional francês, o que não deixou de fora o liberalismo inglês, que agregou um grupo de diretrizes para desta forma consolidar a estrutura de Estado parlamentar com um poder moderador concedido ao soberano, do mesmo modo que um governo monárquico transmissível hierarquicamente, representativo no âmbito constitucional.¹¹⁴

Desta forma ficou sedimentado uma forma singular e concentrada de Estado, o que dividiu o Estado em entidades administrativas formadas por distritos, conhecidos como províncias. A divisão hoje considerada tradicional dos poderes se articulava no funcionamento do Executivo, que era presidido pelo soberano e exercido por um conselho de ministros. O Legislativo modelava um bicameralismo sustentado por Câmara temporária e Senado vitalício.¹¹⁵

O Brasil, enquanto da vigência da Constituição de 1824, ainda era Império, tendo a religião como uma de suas grandes bases, já que a religião era uma das bases do Império português, tendo sido herdada pelo Brasil.

Na Constituição de 1824, em seu Título 1º, trata do Império do Brasil, seu território, Governo, Dinastia, e Religião, sendo que em seu capítulo 5º dispõe:

¹¹² CUNHA SANCHES, Alexandre. *Todas as Constituições brasileiras edição comentada*. Constituição de 1988 atualizada. Bookseller. 2001, p. 17.

¹¹³ WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América*. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/antoniowolkmer.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2015.

¹¹⁴ WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América*. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/antoniowolkmer.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2015.

¹¹⁵ WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América*. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/antoniowolkmer.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2015.

“A Religião Católica Apostólica Romana continuará a ser a Religião do Império. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto doméstico, ou particular, em casas para isso destinadas, sem forma algum exterior de Templo”.¹¹⁶

Da leitura do artigo 5º, nota-se que a liberdade religiosa na constituição de 1824 era uma liberdade parcial, tendo em vista que os cidadãos do império podiam ser adeptos de qualquer religião, mas sua fé só poderia ser manifestada nos templos de sua religião, não sendo permitido sua prática fora destes templos.

Ao analisar o art. 5º, é notável o tênue e frágil compromisso assumido pelo Estado Brasileiro em face da liberdade religiosa ao longo de quase todo o século XIX.¹¹⁷

Deve ser levado em consideração, primeiramente o tratamento dispensado pelo Constituinte à religião Católica, e em segundo plano, às demais religiões. O primeiro enunciado dispõe sobre um reconhecimento, ao afirmar que a “Igreja Católica Apostólica Romana continuará a ser a Religião do Império”, diferentemente do segundo enunciado, que dispõe sobre uma permissão, ao estabelecer que “todas as outras religiões serão permitidas”.¹¹⁸

Ao diferenciar o verbo continuar e o verbo permitir, fica claro que o verbo continuar refere-se ao reconhecimento de um autêntico direito, já o verbo permitir corresponde a uma autêntica concessão do poder estatal, e não propriamente ao reconhecimento de um pleno direito.¹¹⁹

A liberdade religiosa na Constituição de 1824 varia entre a constitucionalização de um direito e a constitucionalização de um regime de tolerância, referente às demais religiões. A desigualdade de tratamento, neste caso,

¹¹⁶ *Constituição Federal de 1824*. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 15 jul. 2015.

¹¹⁷ AURÉLIO LAGRECA CASAMASSO, Marco. *Estado, igreja e liberdade religiosa na “constituição política do império do Brasil” de 1824*. 2010, Disponível em:

<<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3619.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2015.

¹¹⁸ AURÉLIO LAGRECA CASAMASSO, Marco. *Estado, igreja e liberdade religiosa na “constituição política do império do Brasil” de 1824*. 2010, Disponível em:

<<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3619.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2015.

¹¹⁹ AURÉLIO LAGRECA CASAMASSO, Marco. *Estado, igreja e liberdade religiosa na “constituição política do império do Brasil” de 1824*. 2010, Disponível em:

<<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3619.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2015.

é tão alarmante, que não se pode constatar a existência de liberdade religiosa diante desta desigualdade.¹²⁰

Outro aspecto a ser levado em conta em relação à liberdade religiosa no Império é referente à liberdade de culto, que, no art. 5º, evidencia uma desigualdade de tratamento dispensado em favor da Igreja Católica, em detrimento das demais religiões, já que os católicos têm o direito de cultuarem publicamente a sua fé, em templos com essa finalidade.¹²¹

Para aqueles que não eram católicos só era permitido a manifestação de cultos domésticos em locais privados e em lugares sem a aparência semelhante a de um templo, isto é, sem torres, sinos ou qualquer característica de um local privativo para cultos. Mas as limitações à liberdade de culto não paravam aí, como refere Ricardo Mariano, até por volta de 1860, a “interpretação corrente” da Constituição de 1824 permitia que se exigisse daqueles que não eram católicos a prática de cultos apenas em língua estrangeira, e apenas para não os que não fossem brasileiros.¹²²

A Constituição de 1824 dispôs quem era ou não cidadão, deste modo era resguardado a inviolabilidade dos direitos tanto civis, quanto políticos, sendo basilar nesta situação, a liberdade, a segurança de cada indivíduo e a propriedade.¹²³

Era protegida na Constituição a liberdade de expressão e a liberdade de religião, além dos direitos à propriedade do ingresso ao emprego público por merecimento.¹²⁴

A Constituição trouxe previsão dos ingênuos e libertos que nasceram no Brasil, os que tinham pai brasileiro, os chamados “ilegítimos” de mãe nascida no Brasil que haviam nascidos em outro país, mas fixaram domicílio no Brasil e os filhos

¹²⁰ AURÉLIO LAGRECA CASAMASSO, Marco. *Estado, igreja e liberdade religiosa na “constituição política do império do Brasil” de 1824*. 2010, Disponível em:

<<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3619.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2015.

¹²¹ AURÉLIO LAGRECA CASAMASSO, Marco. *Estado, igreja e liberdade religiosa na “constituição política do império do Brasil” de 1824*. 2010, Disponível em:

<<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3619.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2015.

¹²² AURÉLIO LAGRECA CASAMASSO, Marco. *Estado, igreja e liberdade religiosa na “constituição política do império do Brasil” de 1824*. 2010, Disponível em:

<<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3619.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2015.

¹²³ CABRAL, Dilma. *Constituição de 1824*. 2014, Disponível em:

<<http://linux.an.gov.br/mapa/?p=5603>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

¹²⁴ CABRAL, Dilma. *Constituição de 1824*. 2014, Disponível em:

<<http://linux.an.gov.br/mapa/?p=5603>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

de pai brasileiro em serviço em outro país, ainda que não se estabelecessem no Brasil, além dos que nasceram em Portugal.¹²⁵

3.2 CONSTITUIÇÃO DE 1891.

A Constituição de 1891 foi marcada por ter sido a primeira Constituição da República, o que foi o coroamento do liberalismo no Brasil, herdado da Constituição Francesa.

A Constituição de 1891 tinha como ideologia a expressão de valores pautados na filosofia política republicano-positivista, os quais eram assentados por procedimentos referentes a uma democracia burguesa formal, gerada no cerne do liberalismo individualista clássico.¹²⁶

As Constituições 1824 e 1891 foram marcadas por um individualismo liberal-conservador, onde existia uma forma de governo que em nada condizia com a vontade do povo, principalmente por descarta por completo as minorias.¹²⁷

A fundamentação da Constituição na república coincidiu com as formas de representação política no tocante à conservação da grande propriedade, na proteção do liberalismo econômico, além da inauguração de direitos civis, os quais expressavam o esvaziamento do que se poderia conceber como cidadania no seu sentido autêntico de processo participativo.¹²⁸

A finalidade principal da Constituição de 1891 era a neutralidade do poder pessoal dos governantes e distanciar, tanto quanto possível, o Estado da Sociedade, como era axioma do liberalismo.¹²⁹

Ainda no regime monárquico, vários fatores caminhavam o Brasil para a Proclamação da República. A situação política do Brasil se descrevia em conflitos entre o Exército e a elite imperial, além do mais, a abolição da escravatura causou

¹²⁵ CABRAL, Dilma. *Constituição de 1824*. 2014, Disponível em: <<http://linux.an.gov.br/mapa/?p=5603>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

¹²⁶ WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América*. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/antoniowolkmer.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2015.

¹²⁷ WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América*. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/antoniowolkmer.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2015.

¹²⁸ WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América*. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/antoniowolkmer.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2015.

¹²⁹ CUNHA SANCHES, Alexandre. *Todas as Constituições brasileiras edição comentada*. Constituição de 1988 atualizada. Bookseller. 2001, p. 49 - 51.

revolta nos proprietários rurais, deixando o país em uma situação extrema de insegurança política.¹³⁰

Desta forma, vários movimentos visando combater o regime monárquico foram ganhando poder exigindo reforma ou até mesmo a revolução, que futuramente culminaram na proclamação da República.¹³¹

O Brasil, no dia 15 de novembro de 1889, proclamou sua República, deixando para trás o regime monárquico, iniciando desta forma uma batalha entre o positivismo e o catolicismo.¹³²

Como na Constituição dos Estados Unidos do Brasil se inspirou no modelo norte-americano, prevaleceu em seu texto a filosofia positivista, acarretando em uma separação da Igreja e do Estado, deixando de existir uma religião oficial brasileira.¹³³

A Constituição de 1891 prevê os direitos de liberdade em seu artigo 72, que dispõe:

“A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 1º - Ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

§ 2º - Todos são iguais perante a lei.

A República não admite privilégios de nascimento, desconhece foros de nobreza e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho.

§ 3º - Todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum.

§ 6º - Será leigo o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos.

§ 7º - Nenhum culto ou igreja gozará de subvenção oficial, nem terá relações de dependência ou aliança com o Governo da União ou dos Estados.

§ 8º - A todos é lícito associarem-se e reunirem-se livremente e sem armas; não podendo intervir a polícia senão para manter a ordem pública.

§ 12 - Em qualquer assunto é livre a manifestação de pensamento pela imprensa ou pela tribuna, sem dependência de censura, respondendo cada um pelos

¹³⁰ CUNHA SANCHES, Alexandre. *Todas as Constituições brasileiras edição comentada*. Constituição de 1988 atualizada. Bookseller. 2001, p. 49 - 51.

¹³¹ CUNHA SANCHES, Alexandre. *Todas as Constituições brasileiras edição comentada*. Constituição de 1988 atualizada. Bookseller. 2001, p. 49 - 51.

¹³² CUNHA SANCHES, Alexandre. *Todas as Constituições brasileiras edição comentada*. Constituição de 1988 atualizada. Bookseller. 2001, p. 49 - 51.

¹³³ CUNHA SANCHES, Alexandre. *Todas as Constituições brasileiras edição comentada*. Constituição de 1988 atualizada. Bookseller. 2001, p. 49 - 51.

abusos que cometer nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido o anonimato.

§ 24 - É garantido o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial.

§ 28 - Por motivo de crença ou de função religiosa, nenhum cidadão brasileiro poderá ser privado de seus direitos civis e políticos nem eximir-se do cumprimento de qualquer dever cívico.”¹³⁴

Referente à liberdade religiosa, no mesmo artigo, mas em seu § 3º, a Constituição prevê que todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, podendo esses indivíduos associarem-se para esse fim e adquirindo bens.

Pode-se notar que, o Brasil já não era mais um Estado religioso, optando pela laicidade, o que não quer dizer que o Brasil era um país ateu, mas que este não adotava nenhuma religião, deixando a liberdade desta prática com os cidadãos.

Diferentemente da Constituição de 1824, na Constituição de 1891, a prática da fé já era prevista publicamente, não era mais necessário que outras religiões fossem praticadas em locais privativos, sendo notável a evolução dos direitos de liberdade em relação a sua antecessora.

Referente à liberdade de expressão, a Constituição de 1891 garantia a liberdade de imprensa e expressão de opiniões. Não estabelece censura, porém cada pessoa fica responsável por abusos cometidos, previa também, como dito anteriormente, a Liberdade de culto religioso.

3.3 CONSTITUIÇÃO DE 1934.

Novamente o Brasil se encontrava em um ambiente de conflito, já que houve uma cisão entre a elite paulista e as elites mineira e gaúcha, devido à posse de Washington Luís em 1929.¹³⁵

Com a revolução em Minas Gerais e no Rio Grande do Sul, Getúlio Vargas sobe ao poder.¹³⁶

Getúlio Vargas concedeu maior espaço político para as Forças Armadas, o que gerou certo engessamento da liberdade de expressão no país.¹³⁷

¹³⁴ *Constituição Federal de 1891*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 17 jul. 2015.

¹³⁵ CUNHA SANCHES, Alexandre. *Todas as Constituições brasileiras edição comentada*. Constituição de 1988 atualizada. Bookseller. 2001, p. 87 - 89.

¹³⁶ CUNHA SANCHES, Alexandre. *Todas as Constituições brasileiras edição comentada*. Constituição de 1988 atualizada. Bookseller. 2001, p. 87 - 89.

A Constituição de 1934 abandonou o individualismo monista como tradição, o qual amparava um constitucionalismo liberal. O pluralismo disfarçado da Constituição de 1934 é facilmente identificado por seu variado político-ideológico e pela inserção de direitos sociais e econômicos, além de legitimar a representação tanto política quanto formal de grupos de caráter sociais, órgãos cooperativos e entidades profissionais do Congresso.¹³⁸

Além disso, a Constituição de 1934 explicitou o princípio da igualdade perante a lei, estatuidando que não haveria privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissão própria ou dos pais, riqueza, classe social, crença religiosa ou ideais políticas.¹³⁹

A Constituição de 1934, em seu artigo 113, prevê os direitos e garantias fundamentais:

“A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

1). Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou ideais políticas.

2). Ninguém será obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei.

4). Por motivo de convicções filosóficas, políticas ou religiosas, ninguém será privado de qualquer dos seus direitos, salvo o caso do art. 111, letra b.

5). É inviolável a liberdade de consciência e de crença e garantido o livre exercício dos cultos religiosos, desde que não contravenham à ordem pública e aos bons costume. As associações religiosas adquirem personalidade jurídica nos termos da lei civil.”

Pelo disposto nas garantias fundamentais da Constituição de 1934, houve uma defesa enganosa dos direitos de liberdade, já que qualquer forma de manifestação que fosse contra o governo vigente, seria imediatamente vetada.

Uma evolução que perdurou, foi referente aos direitos de manifestação religiosa, que poderiam ser praticadas em público, desde que não fossem contrários à ordem pública.

¹³⁷ CUNHA SANCHES, Alexandre. *Todas as Constituições brasileiras edição comentada. Constituição de 1988 atualizada*. Bookseller. 2001, p. 87 - 89.

¹³⁷ WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América*. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/antoniowolkmer.pdf>>. Acesso em: 7 ago. 2015.

¹³⁹ CUNHA SANCHES, Alexandre. *Todas as Constituições brasileiras edição comentada. Constituição de 1988 atualizada*. Bookseller. 2001, p. 87 - 89.

Em sede de jurisdição constitucional, alguns dos casos mais ilustrativos julgados sob a égide da Constituição de 1934 dizem respeito à manifestação de pensamento.

3.4 CONSTITUIÇÃO DE 1937.

Novamente, uma Constituição foi concebida diante de um conflito. Desta vez, de um lado estava a Ação Integralista Brasileira de Plínio Salgado, que possuía uma doutrina nacionalista que combatia o capitalismo, já do outro lado houve a insurreição do PCB, que resultou na tentativa de golpe em 1935.¹⁴⁰

Diante desta situação, no dia 10 de novembro de 1937, Getúlio Vargas, juntamente com suas tropas, após cercar o congresso, anunciou a implantação do Estado Novo.¹⁴¹

Uma das principais características da Constituição de 37 foi o seu caráter extremamente autoritário, devido à ditadura que havia sido implantada, estando prevista em seu texto uma alta concessão de poder ao poder executivo.

Referente aos Direitos e Garantias Individuais, estes estavam previstos no artigo 122, que dispunha: A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

“4º) todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum, as exigências da ordem pública e dos bons costumes;

9º) a liberdade de associação, desde que os seus fins não sejam contrários à lei penal e aos bons costumes; (Suspensão pelo Decreto nº 10.358, de 1942)

10) todos têm direito de reunir-se pacificamente e sem armas. As reuniões a céu aberto podem ser submetidas à formalidade de declaração, podendo ser interditadas em caso de perigo imediato para a segurança pública; (Suspensão pelo Decreto nº 10.358, de 1942)

A lei pode prescrever:

a) com o fim de garantir a paz, a ordem e a segurança pública, a censura prévia da imprensa, do teatro, do cinematógrafo, da radiodifusão, facultando à autoridade competente proibir a circulação, a difusão ou a representação;

¹⁴⁰ CUNHA SANCHES, Alexandre. *Todas as Constituições brasileiras edição comentada*. Constituição de 1988 atualizada. Bookseller. 2001, p. 159 – 160.

¹⁴¹ CUNHA SANCHES, Alexandre. *Todas as Constituições brasileiras edição comentada*. Constituição de 1988 atualizada. Bookseller. 2001, p. 159 – 160.

b) medidas para impedir as manifestações contrárias à moralidade pública e aos bons costumes, assim como as especialmente destinadas à proteção da infância e da juventude;

c) providências destinadas à proteção do interesse público, bem-estar do povo e segurança do Estado.

A imprensa reger-se-á por lei especial, de acordo com os seguintes princípios:

a) a imprensa exerce uma função de caráter público;

b) nenhum jornal pode recusar a inserção de comunicados do Governo, nas dimensões taxadas em lei.¹⁴²

O que fica nítido neste texto, é que prevaleceu a censura à liberdade como direito fundamental. O Estado teria o poder de controlar as ações de seus cidadãos sob a perspectiva de um texto falsamente liberal, já que todas as suas permissões estão sob a ótica de um limitador do Estado.

Da vigência deste texto constitucional, a liberdade de expressão era tida como inexistente, já que qualquer tipo de manifestação de pensamento que fosse contra a Ditadura implantada por Getúlio Vargas seria censurada de imediato.

3.5 CONSTITUIÇÃO DE 1946.

O fato de o Brasil ter participado ao lado dos aliados na Segunda Guerra Mundial, lutando contra as ditaduras nazifascistas, emergiu uma necessidade imediata de redemocratização do país, já que o próprio Brasil vivia uma ditadura.

Com a vitória de Eurico Gaspar Dutra, iniciaram-se os preparativos da nova Constituição.

As características principais da constituição de 1946 foram relativas à mudança do regime vigente no país, já que não havia mais uma ditadura instaurada.

O novo texto constitucional foi marcado por ter levado o país a um campo liberal e democrático, prevendo as garantias individuais em seu artigo 141.¹⁴¹

“A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 5º - 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.

¹⁴² *Constituição Federal de 1937*. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 10 set. 2015.

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 classe.

§ 7º - É inviolável a liberdade de consciência e de crença e assegurado o livre exercício dos cultos religiosos, salvo o dos que contrariem a ordem pública ou os bons costumes. As associações religiosas adquirirão personalidade jurídica na forma da lei civil.

§ 8º - Por motivo de convicção religiosa, filosófica ou política, ninguém será privado de nenhum dos seus direitos, salvo se a invocar para se eximir de obrigação, encargo ou serviço impostos pela lei aos brasileiros em geral, ou recusar os que ela estabelecer em substituição daqueles deveres, a fim de atender escusa de consciência.¹⁴³

Desta forma, a maior parte do texto autoritário presente na última constituição, já não fazia mais parte do texto constitucional, tendo a liberdade de expressão e manifestação de pensamento evoluído consideravelmente.

3.6 CONSTITUIÇÃO DE 1967.

Com a queda de João Goulart no dia 1 de abril de 1964 houve uma brecha, para que o poder do Comando Militar Revolucionário pudesse assumir.

A Carta Constitucional foi mantida pelo Ato Institucional de 9.4.64, mas a quantidade enorme de Emendas sofridas deu origem a Constituição de 1967.

A Constituição de 1967 foi marcada pela considerável redução da autonomia individual com a suspensão dos direitos e garantias fundamentais.

Referente às garantias individuais, esta carta dispunha:

Art. 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 1º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção, de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O preconceito de raça será punido pela lei.

§ 5º - É plena a liberdade de consciência e fica assegurado aos crentes o exercício dos cultos religiosos, que não contrariem a ordem pública e os bons costumes.

§ 6º - Por motivo de crença religiosa, ou de convicção filosófica ou política, ninguém será privado de qualquer dos seus direitos, salvo se a invocar para eximir-se de obrigação legal imposta a todos, caso em que a lei poderá determinar a perda dos direitos incompatíveis com a escusa de consciência.

¹⁴³ *Constituição Federal de 1946*. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 10 set. 2015.

§ 8º - É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica e a prestação de informação sem sujeição à censura, salvo quanto a espetáculos de diversões públicas, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos independe de licença da autoridade. Não será, porém, tolerada a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe.

O seu texto é praticamente o mesmo da sua antecessora, mas na prática havia uma regulação muito maior por parte do Estado na diminuição da liberdade de expressão, por novamente um poder militar estar integrando a Chefia Executiva.

Referente à liberdade de culto religioso, esta não mudou da última constituição, sendo permitida sua prática sem repreensão, desde que não fosse contra os bons costumes.

3.7 CONSTITUIÇÃO DE 1988.

Nossa atual constituição em vigência é bem descrita nas palavras do autor:

“Em 1984 intensificou-se a luta pela democracia na medida em que a multidão tomou as ruas com objetivo de concretizar seu anseio em votar para presidente da república. Este movimento. (Diretas já) converteu-se em unanimidade nacional e, assim, foi proposta uma emenda que pretendia assegurar eleições diretas”.

Com a morte de Tancredo Neves e a tomada de Sarney no poder, deram início os trabalhos de elaboração da nova constituinte, a Constituição Federal de 1988.

O fato de a Constituição Federal de 1988 manter seu perfil republicano liberal, analítico e monocultural foi devido ao aumento dos direitos e garantias fundamentais, aumentando também o caráter pluralista em diversos campos de ação, como foi o caso do campo religioso, filosófico, político e até cultural. Isto resultou em um avanço considerável em comparação com outros momentos históricos no Brasil.¹⁴⁴

¹⁴⁴ WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América*. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/antoniowolkmer.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2015.

A Constituição de 1988 coroou o pluralismo ao agregar um adjetivo político, de forma mais ampla, referente ao art. 1º, inciso V, da Constituição Federal, que dita o princípio do pluralismo político pautado na convivência e interdependência, como eixo fundamental dos variados grupos sociais, como por exemplo as minorias especiais, movimentos sociais, etc., além de levar em consideração as diversidades referentes às crenças, valores e práticas.¹⁴⁵

É correto afirmar que a Constituição de 1988 reflete a sociedade brasileira, ao tratar de matérias que são referentes a pressões de vários grupos sociais. Desta forma o possível motivo para a difícil aplicação deste texto deve-se à incompatibilidade de interesses que são tutelados na Constituição de 1988.

A Constituição de 1988 pode ser considerada a mais liberal em comparação às outras, esta Carta prevê a prática da liberdade de expressão cultural por qualquer cidadão, sem que lhe seja vedado este direito, disposta no artigo 5º:

“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.”¹⁴⁶

A Constituição de 1988 demonstra de forma clara que a sociedade havia evoluído suficientemente para adaptar-se às diversidades culturais, mas alguns

¹⁴² WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América*. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/antoniowolkmer.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2015.

¹⁴⁶ *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 10 set. 2015.

casos que foram julgados pelo STF demonstram que essa aceitação ainda não aconteceu totalmente.

Com a concepção da Constituição de 1988, tem-se que a liberdade de manifestação cultural evoluiu de forma notável até os dias de hoje. Ao analisar a Constituição de 1824 em comparação com a Constituição de 1988, fica claro que não somente a liberdade religiosa, mas a liberdade de manifestação de pensamento evoluiu muito.

Outro ponto interessante a ser analisado é a Constituição de 1937 em comparação com a Constituição de 1988, já que o Brasil passava por uma ditadura na vigência da Constituição de 1937, suprimindo qualquer forma de liberdade de expressão contrárias ao que o Estado brasileiro ditava na época, mas com a vigência da Constituição de 1988, o Brasil voltou a ser um Estado liberal, pelo menos no papel.

O constitucionalismo brasileiro sempre se pautou formalização da realidade que o Brasil passava, tentando adequar esta realidade no texto constitucional, mas mesmo assim, em diversas oportunidades, as Constituições brasileira não refletiram as vontades e necessidades da maioria da sociedade.¹⁴⁷

¹⁴⁷ WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América*. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/antoniowolkmer.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2015.

4 ENTENDIMENTO DO STF ACERCA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO CULTURAL.

Devido ao fato de a liberdade de expressão cultural ser configurada como direito fundamental previsto na Constituição, é necessário a análise do que é o STF para o ordenamento jurídico brasileiro e verificar seu entendimento a respeito da liberdade de expressão cultural.

4.1 EVOLUÇÃO INSTITUCIONAL DO STF.

Com a evolução do direito de liberdade de expressão cultural à luz das Constituições, faz-se necessário analisar a evolução do Supremo Tribunal Federal, órgão responsável por guardar a Constituição Federal.

Na vigência da Constituição de 1824, não existia o Supremo Tribunal Federal como é conhecido hoje, mas havia a figura do Supremo Tribunal de Justiça, conforme afirma Luís Carlos Martins Alves Jr:

“O órgão de cúpula do Judiciário é o Supremo Tribunal de Justiça, composto de juízes letrados, que receberiam o título de Conselheiros. Os magistrados serão nomeados pelo Imperador. O Supremo Tribunal de Justiça foi estabelecido pela Lei 18 de setembro de 1828, composto de 17 juízes tirados dos Tribunais Relação.”¹⁴⁸

O Supremo Tribunal de Justiça tinha a competência de uniformizar a jurisprudência e aplicação da lei pelos demais Tribunais de Relação, tornando-o o guardião do direito Imperial.¹⁴⁹

A Constituição do Império já estava contida no modelo liberal do Estado, estando dispostas em seu texto as principais características deste modelo, como os direitos e garantias individuais.¹⁵⁰

Outro ponto muito interessante relativo ao constitucionalismo liberal, é o dogma relativo à ser considerado constitucional, apenas as dispositivos que tratam da organização do poder e os direitos e garantias individuais e políticos dos cidadão.

¹⁴⁸ MARTINS ALVES JUNIOR, Luís Carlos. *O Supremo Tribunal Federal nas Constituições Brasileiras*. Mandamento Editora. 2004, p. 125.

¹⁴⁹ MARTINS ALVES JUNIOR, Luís Carlos. *O Supremo Tribunal Federal nas Constituições Brasileiras*. Mandamento Editora. 2004, p. 128.

¹⁵⁰ MARTINS ALVES JUNIOR, Luís Carlos. *O Supremo Tribunal Federal nas Constituições Brasileiras*. Mandamento Editora. 2004, p. 128-129.

O que não está inserido nesta categoria é considerado constitucional apenas formalmente.¹⁵¹

A figura do Supremo Tribunal Federal vem após o Supremo Tribunal de Justiça do Império, mas assumiu uma atribuição nova e muito importante, a de guarda da Constituição 1891.¹⁵²

“A competência do Supremo Tribunal Federal estava discriminada no artigo 59 do Texto Constitucional. O Tribunal tinha competência privativa e originária para processar e julgar, nos crimes comuns, o Presidente da República, os Ministros de Estado e os ministros diplomáticos, estes inclusive nos crimes de responsabilidade. Também competia, originariamente ao Tribunal, processar e julgar as demandas entre a União e os Estados, e entre estes uns com outros, bem como às relativas com as nações estrangeiras com a União ou com os Estados. Também cabia ao Supremo decidir os conflitos de competência entre os juízes ou Tribunais federais ou entre estes com os dos Estados, bem como entre os juízes e Tribunais de um Estado em conflito com os juízes ou Tribunais de outros Estados.”¹⁵³

Outro sistema herdado do modelo norte-americano foi o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis, conhecido como *judicial review*. Desta forma, o ordenamento brasileiro incluiu em seu sistema jurídico uma forma de controle de constitucionalidade, que teve como marco inicial o caso *Marbury vs Madison*, ocorrido no ano de 1803 nos Estados Unidos.¹⁵⁴

Referente ao Supremo Tribunal Federal na vigência da Constituição de 1937, Luís Carlos demonstra bem a situação política do país.

“O Tribunal não tinha liberdade alguma para julgar. Era escravo da vontade do Ditador. O Supremo, no período do Estado Novo, desceu ao fundo do poço e da respeitabilidade, como guardião da Constituição. Nele a Sociedade não poderia enxergar a força capaz de se opor aos desmandos do poder. O Supremo estava à mercê de Vargas.”¹⁵⁵

As manifestações de liberdade de expressão eram praticamente inexistentes, limitando-se apenas ao que o Ditador queria, já que os Ministros da

¹⁵¹ MARTINS ALVES JUNIOR, Luís Carlos. *O Supremo Tribunal Federal nas Constituições Brasileiras*. Mandamento Editora. 2004, p. 129.

¹⁵² MARTINS ALVES JUNIOR, Luís Carlos. *O Supremo Tribunal Federal nas Constituições Brasileiras*. Mandamento Editora. 2004, p. 143.

¹⁵³ MARTINS ALVES JUNIOR, Luís Carlos. *O Supremo Tribunal Federal nas Constituições Brasileiras*. Mandamento Editora. 2004, p. 144.

¹⁵⁴ MARTINS ALVES JUNIOR, Luís Carlos. *O Supremo Tribunal Federal nas Constituições Brasileiras*. Mandamento Editora. 2004, p. 143-144.

¹⁵⁵ MARTINS ALVES JUNIOR, Luís Carlos. *O Supremo Tribunal Federal nas Constituições Brasileiras*. Mandamento Editora. 2004, p. 260.

Corte eram refém do Presidente, devido ao grande poder que se concentrava no chefe do executivo. Caso alguma decisão não fosse do agrado do Presidente, ele poderia anulá-la ou excluir compulsoriamente o Ministro que a proferiu, ou até mesmo excluir todos os Ministros.¹⁵⁶

Da vigência da constituição de 1946, praticamente não alterou a competência do Supremo Tribunal, mas em comparação com a Constituição de 1937, o Supremo Tribunal reassumiu a posição de último árbitro do contencioso constitucional, ou seja, era o Supremo Tribunal que dava a última palavra relativa ao contencioso Constitucional, ademais, havia a possibilidade de o Senado Federal suspender a execução de lei ou decreto que foi declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.¹⁵⁷

Referente ao Supremo Tribunal Federal enquanto da vigência da Constituição de 1967, Luís Carlos descreve:

“A atuação do Supremo Tribunal Federal no regime constitucional militar deve ser dividida em duas fases: a primeira que vai de 31 de março de 1964 até a edição do AI-5, em 13 de dezembro de 1968; e a segunda a partir do AI-5. Essa corte se faz necessário porque com a edição do AI-5 a jurisdição constitucional do Supremo, em favor da cidadania e da liberdade esteve coarctada. Assim como o Poder Legislativo, a partir do AI-5 que resultou na aposentadoria compulsória de três membros da Corte, o Governo demonstrou que não aceitaria imóvel as decisões do Tribunal que contrariassem os seus interesses. Com efeito, até a edição desse Ato Institucional, o Supremo decidiu em inúmeros casos com altivez a independência, dentro da competência que o regime lhe permitia. Desde o Ato Institucional n. 2, que aumentou a quantidade de Ministros da Corte, vedava-se ao Judiciário conhecer dos atos praticados pelo Comando Revolucionário e pelo Governo Federal com fundamento em Atos Institucionais, bem como as resoluções das Casas Legislativas que cassassem mandatos ou suspendessem direitos políticos.”¹⁵⁸

Ademais, uma alteração considerável em relação à atuação do Supremo Tribunal Federal, foi referente à inauguração de dos institutos da advocatória e da

¹⁵⁶ MARTINS ALVES JUNIOR, Luís Carlos. *O Supremo Tribunal Federal nas Constituições Brasileiras*. Mandamento Editora. 2004, p. 260.

¹⁵⁷ MARTINS ALVES JUNIOR, Luís Carlos. *O Supremo Tribunal Federal nas Constituições Brasileiras*. Mandamento Editora. 2004, p. 277.

¹⁵⁸ MARTINS ALVES JUNIOR, Luís Carlos. *O Supremo Tribunal Federal nas Constituições Brasileiras*. Mandamento Editora. 2004, p. 336.

representação de inconstitucionalidade, previstos nos artigos 118 a 120 da Constituição de 1967.¹⁵⁹

Por fim, relativo ao Supremo Tribunal Federal pós Constituição de 1988, este detém como competência precípua, a guarda da Constituição. No ordenamento jurídico brasileiro, o Supremo Tribunal Federal exerce um controle de constitucionalidade concentrado, sendo ele competente para dar a última palavra relativa ao texto Constitucional, o que não impede que os juízes exerçam o controle de constitucionalidade de forma difusa.

O Supremo Tribunal Federal é de vital importância neste trabalho, por ter sido proferido por ele os julgados a serem analisados, deixando clara a importância jurídica deste órgão no ordenamento jurídico, por este ditar o entendimento em relação ao texto constitucional.

4.2 APRESENTAÇÃO E ANÁLISE DOS CASOS.

Alguns julgados definiram o rumo do entendimento do Supremo Tribunal Federal em relação à liberdade de expressão cultural, com por exemplo, os julgados da farra do boi, rinha de galo, caso Siegfried Ellwanger, “marcha da maconha” e o caso que está atualmente em trâmite da vaquejada.

4.2.1 MARCHA DA MACONHA.

O primeiro caso a ser tratado neste trabalho é o caso da “marcha da maconha”, julgado na ADPF 187. Este caso deixa nítida a necessidade da liberdade de expressão cultural em uma sociedade.

A “marcha da maconha” é autointitulada como um grupo composto por indivíduos e instituições trabalhando com o objetivo de gerar locais para debates, estudos de possíveis alterações das Leis e políticas públicas a respeito da maconha e os usos que derivam dela, suporte na criação de contextos políticos, sociais e culturais, objetivando a livre manifestação dos cidadãos a respeito das políticas e

¹⁵⁹ MARTINS ALVES JUNIOR, Luís Carlos. *O Supremo Tribunal Federal nas Constituições Brasileiras*. Mandamento Editora. 2004, p. 335.

leis sobre drogas e exigir uma melhora na eficácia das leis, tornando-as mais justas e transparentes, sempre respeitando os Direitos Humanos.¹⁶⁰

Referente ao caso colocou-se em pauta se era constitucional a reunião de indivíduos com a finalidade de discutir políticas públicas, leis referentes à proibição e descriminalização e a informação do uso da maconha, sendo esse uso recreativo ou não, através da manifestação de pensamento. Além das discussões, havia críticas em relação aos modelos normativos em vigor.

Existe todo um caráter cultural em torno da maconha, os defensores da legalização alegam que o uso da maconha transcende a área recreativa ou medicinal, trata-se de uma área cultural, a qual é julgada com muito preconceito pela sociedade. Hoje em dia, não é o simples uso da maconha, mas toda uma ideologia de liberdade cultural alegada pelos defensores da descriminalização.

Vale ressaltar que o que está sendo tratado neste projeto não é referente à descriminalização da maconha, mas a liberdade de expressão cultural que gira em torno da maconha.

Desta forma, o caso da “marcha da maconha” foi liberado pelo Supremo Tribunal Federal, sendo defendido o direito das minorias, estando assim disposto no mérito:

“Marcha da maconha – manifestação legítima, por cidadãos da república, de duas liberdades individuais revestidas de caráter fundamental: o direito de reunião (liberdade-meio) e o **direito à livre expressão do pensamento** (liberdade-fim) – a liberdade de reunião como pré-condição necessária à ativa participação dos cidadãos no processo político e no de tomada de decisões no âmbito do aparelho de estado – consequente legitimidade, sob perspectiva estritamente constitucional, de assembleias, reuniões, marchas, passeatas ou encontros coletivos realizados em espaços públicos (ou privados) com o objetivo de obter apoio para oferecimento de projetos de lei, de iniciativa popular, de criticar modelos normativos em vigor, de exercer o direito de petição e de promover atos de proselitismo em favor das posições sustentadas pelos manifestantes e participantes da reunião(...). O direito à livre manifestação do pensamento: **núcleo de que se irradiam os direitos de crítica, de protesto, de discordância e de livre circulação de ideias** (...). O sentido de alteridade do direito à livre expressão e **o respeito às ideias que conflitam com o pensamento e os valores dominantes no meio social** – caráter não absoluto de referida liberdade fundamental (CF, ART. 5º, INCISOS IV, V) (...). **Proteção constitucional à liberdade de pensamento como salvaguarda não apenas das ideias e propostas**

¹⁶⁰ *Marcha da maconha*. Disponível em: <<http://marchadamaconha.org/>>. Acesso em: 15 set. 2015.

prevalentes no âmbito social, mas, sobretudo, como amparo eficiente às posições que divergem, ainda que radicalmente, das concepções predominantes em dado momento histórico-cultural, no âmbito das formações sociais – o princípio majoritário, que desempenha importante papel no processo decisório, não pode legitimar a supressão, a frustração ou a aniquilação de direitos fundamentais, como o livre exercício do direito de reunião e a prática legítima da liberdade de expressão, sob pena de comprometimento da concepção material de democracia constitucional – a função contra majoritária da jurisdição constitucional no estado democrático de direito – inadmissibilidade da “proibição estatal do dissenso” – necessário respeito ao discurso antagônico no contexto da sociedade civil compreendida como espaço privilegiado que deve valorizar o conceito de “livre mercado de ideias” – o sentido da existência do “free marketplace of ideas” como elemento fundamental e inerente ao regime democrático (ac 2.695-mc/rs, rel. min. celso de mello) - a importância do conteúdo argumentativo do discurso fundado em convicções divergentes – a livre circulação de ideias como signo identificador das sociedades abertas, cuja natureza não se revela compatível com a repressão ao dissenso e que estimula a construção de espaços de liberdade em obséquio ao sentido democrático que anima as instituições da república – as plurissignificações do art. 287 do código penal: necessidade de interpretar esse preceito legal em harmonia com as liberdades fundamentais de reunião, de expressão e de petição – legitimidade da utilização da técnica da interpretação conforme à constituição nos casos em que o ato estatal tenha conteúdo polissêmico - arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada procedente.”(Grifos nossos)¹⁶¹

Fica claro que a reunião para tratar sobre um tema polémico como a maconha, mesmo que seja condenado pela grande maioria da sociedade, configura uma liberdade de expressão de pensamento, a qual está englobada na liberdade de expressão cultural.

O caso foi julgado por decisão unânime no Supremo Tribunal Federal, que decidiu por liberar a realização da marcha da maconha, configurando esta reunião como livre expressão de pensamento.

Para os ministros, a chamada Marcha da Maconha e eventos similares são o retrato da liberdade de expressão, e não uma forma de apologia ao crime como interpretaram alguns juízes brasileiros. Para o tribunal, o Estado não tem o direito de proibir o exercício do livre pensamento, uma garantia da Constituição.

¹⁶¹ *Ementa da ADPF 187*. Disponível em:

<<https://integracaojornal.files.wordpress.com/2014/01/ementa-adpf-187-df-marcha-da-maconha.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2015.

De acordo com o Ministro Cesar Peluso, não pode haver a proibição por parte do governo de manifestações verbais ou não, pelo fato de a sociedade achar essas manifestações desagradáveis ou até mesmo incompatíveis com o pensamento dominante.¹⁶²

Não é o fato de a maioria da sociedade repudiar certa manifestação cultural, que necessariamente esta manifestação deva ser reprimida de imediato, para que ocorra a satisfação da maioria.

Deve ficar claro que grupos minoritários tem total direito de manifestar sua cultura de forma livre, sendo a cultura uma forma de caracterizar este grupo, portanto é impensável se proibir o elemento caracterizador de um grupo.

4.2.2 FARRA DO BOI.

O segundo caso a ser apresentado é referente à farra do boi, julgado no Recurso Extraordinário 153.531 do Rio de Janeiro. O festival denominado farra do boi possui um lastro histórico-cultural muito anterior à sua polêmica no Supremo Tribunal Federal.

Esta manifestação cultural é um elemento caracterizador de um grupo minoritário, que desenvolve esta tradição com intuito predominantemente cultural, sem qualquer ligação econômica ou jogada política.

“A tradição chegou ao Brasil com os imigrantes açorianos, entre 1748 e 1756. Desde essa época, registros orais e escritos falam de um divertimento popular conhecido como “brincadeira do boi bravo” ou “boi-de-campo”, que consistia em encomendar um boi de tropa em ocasiões festivas e dividir a carne entre os que haviam contribuído para a compra.”¹⁶³

A farra do boi consiste em um evento absolutamente cultural, característico do sul do Brasil, principalmente em Santa Catarina, que foi herdada e vivenciada na cultura brasileira.

Segue uma breve análise do caso:

“Recurso Extraordinário nº 153.531 - Diário da Justiça – 13/03/1998

¹⁶² *STF libera a marcha da maconha*. Disponível em: <<http://amp-mg.jusbrasil.com.br/noticias/2738058/stf-libera-marcha-da-maconha>>. Acesso em 15 set. 2015.

¹⁶³ DA COSTA E SILVA, Paulo. *A luta pela farra*. Disponível em: <<http://www.revistadehistoria.com.br/secao/em-dia/a-luta-pela-farra>>. Acesso em 15. Set. 2015.

A obrigação constitucional do Estado de assegurar a todos os cidadãos o pleno exercício de direitos culturais, promovendo a apreciação e difusão de manifestações culturais, não exime o Estado de observar o dispositivo constitucional que proíbe o tratamento cruel de animais.

Organizações para a proteção de animais impetraram recurso especial junto ao Supremo Tribunal Federal buscando a reforma de decisões de instâncias inferiores que haviam rejeitado ação demandando ordem judicial que proibisse o festival popular anual “FARRA DO BOI”. O festival inclui a “tourada a corda” e a surra de touros, por vezes até a morte, e é tradicionalmente celebrado por comunidades litorâneas de origem açoriana no Estado de Santa Catarina. As organizações recorrentes alegaram que se trata de prática cruel, que prejudica a imagem do País no exterior. Argumentaram que o Estado de Santa Catarina encontrava-se em violação do art. 225, §1, VII, da Constituição, que dispõe ser dever do governo “proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que (...) submetam os animais a crueldade.”

A Segunda Turma do Tribunal examinou se o festival era simplesmente uma manifestação cultural que eventualmente conduzia a abusos episódicos de animais ou se se tratava de prática violenta e cruel com os animais. Nessa discussão, o Tribunal considerou o argumento de que recursos tratam somente de matéria legal, e não factual. Argumentou-se que fato e lei estão muitas vezes conectados inextricavelmente, como demonstra a Teoria Tridimensional do Direito.

Por maioria de votos, a Segunda Turma decidiu que o festival “Farra do boi” constitui prática que sujeita animais a tratamento cruel, em violação do art. 225, §1, VII, da Constituição. Em voto contrário, um Ministro sustentou que o festival era uma expressão cultural legítima a ser protegida como tal pelo Estado, nos termos do art. 215, §1 da Constituição, e que a crueldade com animais durante o festival deveria ser atribuída a excessos a serem punidos pelas autoridades policiais.” (Grifos Nossos)¹⁶⁴

Como se pode notar, o próprio Supremo Tribunal Federal reconheceu a farra do boi como um festival de manifestação cultural, mas proibiu sua prática por maioria de votos, sob o argumento de que em um embate entre normas constitucionais, a liberdade de expressão cultural deveria ser reprimida para que não houvesse violação ao artigo 225, §1, VII, da Constituição Federal.

É aferível que no momento em que o direito fundamental de liberdade de expressão cultural entrou em choque com suposta violação do artigo 225, §1, VII, da Constituição, o judiciário brasileiro mostrou o claro direcionamento de seu entendimento para satisfazer os indivíduos que repreendem esta manifestação, que

¹⁶⁴ *Jurisprudência*. Disponível em: <

http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJurisprudencia_pt_br&idConteudo=185142&modo=cms>. Acesso em: 19 set. 2015.

em seu todo são a maioria da sociedade, suprimindo a liberdade de expressão cultural dos indivíduos que praticavam esta manifestação, ou seja, deixando de lado os direitos fundamentais de um grupo minoritário.

4.2.3 RINHA DE GALO.

Outro caso semelhante à farra do boi foi a proibição das rinhas de galo, que apesar de ter sido configurada por uma questão de apostas, tem um caráter histórico muito mais denso.

A rinha de galo teve registro de sua origem na Índia e em Medina. Os primeiros documentos que relatavam a existência e a prática desta manifestação cultural são datados de aproximadamente 1.400 anos antes de Cristo.¹⁶⁵

Assim como a farra do boi, a rinha de galo possui um caráter histórico cultural muito denso, estando ligada a inúmeros países em diversos momentos históricos.

No Brasil, a rinha de galo é uma manifestação cultural, apesar de ter sua imagem vinculada a questões de dinheiro e apostas, sua inserção na cultura brasileira foi um elemento caracterizador de grupos minoritários que exerciam sua liberdade de expressão cultural.

O caso está assim ementado na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1856 do Rio de Janeiro:

“Ação direta de inconstitucionalidade - briga de galos (lei fluminense nº 2.895/98)- legislação estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - diploma legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - crime ambiental (lei nº 9.605/98, art. 32)- meio ambiente - direito à preservação de sua integridade (cf, art. 225)- prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - proteção constitucional da fauna (cf, art. 225, § 1º, vii)- descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - reconhecimento da inconstitucionalidade da lei estadual impugnada - ação direta procedente. Legislação estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das

¹⁶⁵ *A rinha: tradição trazida para a América pelos conquistadores espanhóis*. 2005, Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/ultnot/bichos/ultnot/afp/ult296u336.jhtm>>. Acesso em: 15 set. 2015.

raças combatentes - norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – inconstitucionalidade.”¹⁶⁶

Trata-se de um evento cultural, que fez parte de grande parte da história do país, mas novamente o Supremo Tribunal Federal proibiu esta manifestação cultural sob alegação de violação ao mesmo artigo 225, §1, VII, da Constituição Federal, novamente reprimindo uma prática cultural, caracterizadora de um grupo minoritário, para que outro direito pudesse sobrepô-la.

Nota-se que o STF, órgão máximo do ordenamento jurídico brasileiro, direciona seu entendimento de uma forma um tanto quanto política, querendo agradar as maiorias, mesmo que isso custe a supressão de direitos fundamentais legítimos de grupos minoritários.

4.2.4 CASO ELLWANGER.

Outro caso a ser tratado neste trabalho é o emblemático caso Siegfried Ellwanger julgado no HC 82.424/RS, que gerou uma grande polêmica no país, divergindo correntes prós e contra Ellwanger.

Ellwanger era dono de uma editora e após publicar um livro com documentos datados da época do nazismo implantado por Adolf Hitler na Alemanha, foi condenado pelo crime de racismo pelo STF.

“Prática de racismo. Edição e venda de livros fazendo apologia de ideias preconceituosas e discriminatórias. Pedido de afastamento da imprescritibilidade do delito. Considerações acerca de se tratar de prática de racismo, ou não. Argumento de que os judeus não seriam raça. Sentido do termo e das afirmações feitas no acórdão. Impropriedade do Writ. Legalidade da condenação por crime contra a comunidade judaica. Racismo que não pode ser abstraído. Prática, incitação e induzimento que não devem ser diferenciados para fins de caracterização do delito de racismo. Crime formal. Imprescritibilidade que não pode ser afastada. Ordem denegada.”¹⁶⁷

Sobre o caso Ellwanger, tem-se que ele foi condenado por expressar sua opinião da religião judaica, sem conter qualquer discurso de ódio em sua obra, o que configuraria o racismo.

¹⁶⁶ STF – Ação direta de inconstitucionalidade: ADI 1856/RJ. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20626753/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1856-rj-stf>>. Acesso em: 20 set. 2015.

¹⁶⁷ Voto do Ministro Moreira Alves no Habeas Corpus 82.424/RS. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/255_Ellwanger%20-%20Voto%20Moreira%20Alves.pdf>. Acesso em: 20 set. 2015.

Para que ele efetivamente fosse condenado pelo crime de racismo, ele deveria incitar o ódio em sua obra, mas isso não ocorreu. Seu livro era repleto de documentos datados da época do Nazismo, com um cotejo predominantemente histórico e em algumas passagens o autor fazia exposições de seu pensamento a respeito do judaísmo, sem, contudo, existir um discurso de ódio como foi alegado.

O livro escrito por Ellwanger possui um caráter exclusivamente histórico, desviando-se de qualquer crítica ao grupo religioso que exerce a religião judaica. Isto fica mais claro por estar presente no livro a seguinte passagem: “Qualquer citação sobre o Sionismo ou referências sobre Judeus Internacionais não deverá ser considerada contra pessoas que professam a religião judaica, que residem e trabalham pacificamente conosco”.¹⁶⁸

O autor deixar claro que todos os conflitos entre judeus e alemães presentes em sua obra, foram conflitos históricos e seu único papel nesta obra era fazer uma análise a respeito destes conflitos e do holocausto.

Ademais, os documentos usados por Ellwanger em sua obra, são documentos reais que não foram forjados por ele, mais uma vez comprovando o caráter histórico da obra.

Outro ponto a ser analisado é referente à liberdade religiosa prevista na Constituição Federal de 1988, disposta no artigo 5º, inciso VI da Constituição Federal, que dita que é inviolável a liberdade de consciência e de crença, tendo por significado de consciência a capacidade de compreensão de aspectos da vivência humana, tanto históricos quanto morais.

Desta forma, percebe-se que se trata de uma questão muito mais política, já que Ellwanger estava apenas exercendo sua liberdade de manifestação religiosa, configurada também como liberdade de expressão cultural.

4.2.5 VAQUEJADA.

Está sendo julgado atualmente no Supremo Tribunal Federal um caso referente à prática cultural semelhante ao caso da farra do boi na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4983).

¹⁶⁸ RIGO SANTIN, Janaina, CITTOLIN ABAL, Felipe. *O Antissemitismo e o Supremo Tribunal Federal: análise do caso Ellwanger*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f0031c7a91d74015>>. Acesso em: 24 set. 2015.

“A vaquejada consiste em uma competição onde uma dupla de vaqueiros, montados em cavalos distintos, busca derrubar um touro, puxando-o pelo rabo, de forma a dominar o animal em uma área demarcada. A prática da vaquejada é considerada atividade esportiva e cultural fundada no Nordeste brasileiro e remonta, segundo a ação da PGR, “a uma necessidade antiga de fazendeiros daquela região para reunir o gado”, quando as fazendas não eram cercadas e era preciso reunir os animais. Entretanto, argumenta a PGR, “a prática inicialmente associada a atividades necessárias à produção agrícola passou a ser explorada como esporte e vendida como espetáculo, movimentando hoje cerca de R\$ 14 milhões por ano”¹⁶⁹.

Da mesma forma que a farra do boi e a rinha de galo, a vaquejada está sendo culturalmente suprimida, em face de conflitos de direitos fundamentais.

“A PGR lembra ainda que, em situações específicas em que houve embate entre as manifestações culturais e o meio ambiente, como em julgamentos de grande repercussão – briga de galo no Rio de Janeiro (ADI 1856) e farra do boi em Santa Catarina (RE 153531) –, a Corte entendeu que “o conflito de normas constitucionais se resolve em favor da preservação do meio ambiente quando as práticas e os esportes condenam animais a situações degradantes”. Assim, a PGR pede a concessão de liminar para suspender a prática da vaquejada no Estado do Ceará, “diante do risco de que animais sejam submetidos a tratamento cruel, o que é em si irreversível”. No mérito, requer que a lei estadual seja declarada inconstitucional.”¹⁷⁰

Referente à vaquejada, o Ministro Edson Fachin, seguido por Gilmar mendes, votaram pela improcedência do pedido, sob o fundamento de a vaquejada estar configurada como uma manifestação cultural, incidindo desta forma o disposto no artigo 225, §1º.

“É preciso despir-se de eventual visão unilateral de uma sociedade eminentemente urbana com produção e acesso a outras manifestações culturais, para se alargar o olhar e alcançar essa outra realidade. Sendo a vaquejada manifestação cultural, encontra proteção expressa na Constituição. E não há razão para se proibir o evento e a competição, que reproduzem e avaliam tecnicamente atividade de captura própria de trabalho de vaqueiros e peões desenvolvidos na zona rural desse país. Ao contrário, tal atividade constitui-se modo de criar, fazer e viver da população sertaneja”¹⁷¹

¹⁶⁹ *Notícias STF*. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=242811&caixaBusca=N>>. Acesso em: 15 set. 2015.

¹⁷⁰ *Notícias STF*. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=242811&caixaBusca=N>>. Acesso em: 15 set. 2015.

¹⁷¹ *Notícias STF*. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=242811&caixaBusca=N>>. Acesso em: 15 set. 2015.

Se for feito um comparativo com a farra do boi, fica claro que também trata de manifestação cultural e pelo entendimento do Ministro Fachin, não deveria ser proibida, já que da mesma forma, a farra do boi trata de manifestação cultural.

Por mais que o STF esteja possivelmente caminhando para um entendimento diferente em prol da manifestação cultural, o Ministro Relator Marco Aurélio usou os mesmos fundamentos da proibição da farra do boi e da rinha de galo, relatando o conflito existente entre a liberdade de expressão cultural e a proteção ao meio ambiente, conflito este vivenciado tanto no caso da farra do boi, quanto da rinha de galo, onde suprimiu-se a liberdade de manifestação cultural em detrimento da proteção ao meio ambiente.¹⁷²

Até a presente data, apenas o Ministro Relator Marco Aurélio, da Primeira turma, votou pela procedência do pedido e os Ministros Edson Fachin, também da primeira turma e Gilmar Mendes, da segunda turma, votaram pela improcedência do pedido.

Com a votação, até o momento, favorável em prol da liberdade de expressão cultural, ao que parece, o STF pode estar alterando o seu entendimento a respeito desta liberdade, possibilitando um abertura maior do leque liberal referente às manifestações culturais, mas como o caso está em julgamento, não é certo que este entendimento realmente mude.

4.3 PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS.

Como relatado no caso anterior, deve-se questionar o que ocorre quando há um conflito entre direitos fundamentais. A partir do conflito, existe a figura da ponderação de princípios.

Quando há um conflito de direitos fundamentais, a ponderação de princípios é um meio de resolver este conflito, já que não se pode invalidar um destes direitos, mas se deve fazer uma ponderação destes direitos.

Referente à ponderação de princípios, Ronald Dworkin prevê dois tipos de modelos. O primeiro modelo é referente à aplicação do tudo ou nada, que está presente nas regras. Este modelo é referente à validade da regra, portanto não se

¹⁷² *Notícias STF*. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=242811&caixaBusca=N>>. Acesso em: 15 set. 2015.

aplica ao caso de embate de direitos fundamentais. O segundo modelo refere-se na dimensão de peso, não se aplica às regra e não se invalida o princípio que foi sobreposto.¹⁷³

A dimensão de peso dos princípios é referente a quando dois princípios se colidem ou entram em iminência de colidirem, pelo próprio caso concreto, resolvendo-se a colisão de princípios pela dimensão do peso.¹⁷⁴

Desta forma, resta saber qual princípio, no caso concreto, tem maior peso, tornando elemento essencial da conceituação de princípio a necessidade de descobrir qual o peso de um princípio no caso real.¹⁷⁵

Borowski admite existirem dois fundamentos para se buscar a ideia de peso de uma norma. A primeira é referente à sua força ou capacidade de fundamentação. A segunda é referente à sua capacidade de satisfação ou de atendimento. Estas ideias podem ser empregadas isolada ou conjuntamente.¹⁷⁶

No caso da colisão de direitos fundamentais, quando isto ocorrer, um não deverá ser inválido, utilizado a dimensão do peso dos direitos fundamentais, mas como Borowski dita, uma das formas de ter a dimensão do peso da norma é através da satisfação, isso por consequência pode gerar uma justiça de maioria.

Esta ideia de Borowski fica clara quando analisado os casos supracitados. Quando houve um conflito de direitos fundamentais, como no caso da farra do boi, o direito que “pesou mais” foi justamente o direito pretendido pela maioria, o que ocasionou uma justiça de maioria, conseqüentemente suprimindo os direitos de uma minoria em prol da satisfação da maioria.

4.4 CRÍTICA AO POSICIONAMENTO DO STF.

O caso da Marcha da maconha foi inserido neste trabalho com o intuito de demonstra que referente a este caso, o STF entendeu que não se poderia reprimir esta pratica de manifestação cultural em face do repúdio da maioria.

Referente à farra do boi, a rinha de galo e a vaquejada, casos extremamente parecidos, o STF decidiu por sobrepor o direito fundamental de

¹⁷³ DWORKIN. Ronald. *Taking Rights Seriously*, p. 26 e 27.

¹⁷⁴ DWORKIN. Ronald. *Taking Rights Seriously*, p. 26 e 27.

¹⁷⁵ DWORKIN. Ronald. *Taking Rights Seriously*, p. 26 e 27.

¹⁷⁶ BOROWSKI, Marek. *Grundrechte als Prinzipien*, p. 65.

primeira geração de liberdade de expressão cultural, pelo direito de terceira geração de proteção ao meio ambiente.

Ao sobrepor o direito fundamental de liberdade de expressão cultural, a Suprema Corte simplesmente negou um direito a um grupo minoritário, o que em hipótese alguma deveria ser feito pelo guardião da Constituição.

Esta sobreposição foi feita baseada em uma ponderação de princípios, na qual a vontade da maioria pesou mais do que o direito da minoria, suprimindo o elemento caracterizador de um grupo, em face da satisfação da maioria.

Referente ao caso Ellwanger, o STF optou por condená-lo pelo crime de racismo, para que a maior parte da sociedade tivesse o sentimento de justiça, quando na verdade ele estava exercendo uma liberdade de expressão religiosa com um cotejo altamente histórico, não havendo qualquer tipo de discurso de ódio em sua obra que fosse suficiente para condená-lo.

O posicionamento do Supremo Tribunal Federal deixa claro que quando há um embate da liberdade de expressão cultural em face de outros direitos fundamentais, ou quando o exercício de um desta liberdade é repudiado pela maioria, eles se posicionam para reprimir a liberdade de expressão cultural, mesmo que seja um exercício legítimo.

Pela apresentação dos casos supracitados, é facilmente aferível que nos casos da farra do boi, rinha de galo e Ellwanger, o Supremo Tribunal Federal fez uma justiça de maioria, ou seja, abriu mão do exercício do direito fundamental de liberdade de expressão de grupos minoritário, para que a “satisfação da maioria da sociedade fosse satisfeita”.

O conceito de cultura ditado por Terry Eagleton se mostra muito mais amplo ao que o STF entendeu nestes casos. A cultura é o diferenciador do indivíduo, ou seja, é através das manifestações culturais que se tem caracterizadas diversas sociedades hoje em dia.¹⁷⁷

Peter Häberle entende a cultura como uma expressão humana, desta forma o STF estaria reprimindo a própria expressão do homem para que houvesse uma satisfação dos que repudiam aquela prática cultural.¹⁷⁸

¹⁷⁷ EAGLETON, Terry. *A ideia de Cultura*. Tradução Sandra Castello Branco. São Paulo. Editora Unesp. 2005, p. 15.

¹⁷⁸ HUMBERTO CUNHA FILHO, Francisco. *Direitos Culturais como Direitos fundamentais no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Brasília Jurídica. 2000, p. 30 – 31.

A sociedade possui uma variedade enorme de indivíduos, cada indivíduo com crenças, pensamentos, culturas diferentes, por isso leva o nome indivíduo, por ser único.

A convivência em sociedade exige uma diversidade cultural gigantesca, já que cada indivíduo tem o direito de manifestar sua cultura, isto não deveria ser motivo de repúdio, mas de compreensão, porque se cada indivíduo se sentir incomodado com a cultura de outro indivíduo, não existiria diversidade cultural.

O Brasil historicamente sempre foi um país de várias culturas, já que em seu nascimento haviam diversos povos, como os índios, portugueses e os africanos. É inconcebível se querer uniformizar a cultura no Brasil, para que esta agrade a todos, devendo então ser respeitada essa diversidade cultural.

Se os casos tratados neste trabalho fossem analisados no contexto das outras Constituições brasileira, é claro os traços de conservadorismo que ainda existe na sociedade brasileira.

A Constituição de 1824 previa a prática religiosa, uma liberdade de expressão cultural, em ambientes privativos, já que o Império possuía uma religião e tentou-se harmonizar de certa forma a liberdade religiosa, mas nos casos da farra do boi e da rinha de galo, não houve um esforço do STF de tentar harmonizar a prática da liberdade de expressão cultural com o direito fundamental conflitante.

O Ministro Maurício Corrêa, em seu voto referente à farra do boi, paradigma dos casos da rinha de galo e da vaquejada, dita que:

“Essa comissão reconheceu a “farra do boi” como tradição cultural de Santa Catarina e esclareceu que a violência não é característica da farra do boi em si, e não se constitui como regra e sim como exceção; a farra do boi organizada não constitui contravenção penal.”¹⁷⁹

Desta forma fica claro que não houve nenhuma tentativa do STF de manter a manifestação cultural, mas fiscalizar a condição dos animais, o que demonstra que o Brasil ainda possui traços de conservadorismo em seu ordenamento jurídico. Estes traços limitam ou impedem que uma minoria exerça determinados direitos, como ficou provado nos casos da farra do boi, rinha de galo e Ellwanger.

¹⁷⁹ *Voto do Ministro Maurício Corrêa no RE 153.531*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=211500>>. Acesso em: 20 set. 2015.

CONCLUSÃO

O presente trabalho tratou sobre o entendimento do Supremo Tribunal Federal referente à liberdade de expressão cultural, à luz da evolução constitucional brasileira.

Para que fosse possível a elaboração deste trabalho, foi necessário primeiramente desenvolver os conceitos do que é liberdade, seguido pelo conceito de cultura e por fim o conceito da liberdade de expressão cultural, tendo sido feito um trajeto histórico da aplicação de cada conceito.

No segundo capítulo foi trabalhada a ideia de direito fundamental, sua conceituação e evolução histórica, para desta forma explicar o motivo da liberdade de expressão cultural pertencer à primeira geração de direitos fundamentais.

Depois foi feita uma análise da liberdade de expressão cultural à luz das Constituições brasileiras, desde a do império até a Constituição atualmente em vigência, estudando antes os variados conceitos de Constituição e a importância deste texto normativo para o ordenamento jurídico brasileiro, para que fosse possível desta forma compreender a evolução que este direito fundamental teve no ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, foram apresentados e análise casos tidos como de extrema relevância para o entendimento do Supremo Tribunal Federal em relação à liberdade de expressão cultural, sendo utilizados neste trabalho os casos da “marcha da maconha”, farra do boi, rinha de galo, o caso Siegfried Ellwanger e a vaquejada, caso que está sendo julgado atualmente, além de uma análise da ponderação de princípios.

A pergunta principal da pesquisa foi referente a o que aconteceria quando houvesse um embate de direitos fundamentais, sendo um deles a liberdade de expressão cultural ou até mesmo o que aconteceria se uma manifestação cultural fosse repudiada pela maioria da população, levando à indagação de se o Brasil realmente deixou de ser um país conservador.

Pela análise dos casos, ficou claro demonstrar que quando houve embate do direito de liberdade de expressão cultural com um direito de outra geração, o direito de liberdade de expressão cultural foi tolhido para que o direito de outra geração pudesse ser exercido de forma livre.

Na visão do Supremo Tribunal Federal (STF), nem toda forma de cultura pode ser expressada livremente, devem existir limites para essa expressão, como por exemplo a proibição da prática da “farra do boi”, no estado de Santa Catarina, que consiste em uma prática de manifestação cultural.

O mesmo STF que proibiu a prática da farra do boi, considerou constitucional a chamada “marcha da maconha”, sob o argumento de que esta marcha ser uma prática de liberdade de expressão cultural.

Quando existe um embate entre a liberdade de expressão cultural e outro direito fundamental, na maioria das vezes esse direito de liberdade se restringe para que o outro direito fundamental possa ser exercido plenamente, o que revela uma contradição, já que ambos os casos supracitados tratam de manifestações culturais.

Ao que parece, quando uma minoria tenta expressar sua cultura, que não apenas seja indiferente aos olhos da maioria, mas que contrarie a maioria, como o próprio exemplo da “Farra-do-boi” citado anteriormente, a liberdade de expressão dessa minoria é suprimida em face dos direitos fundamentais dessa maioria.

Não adianta dizer que é livre a manifestação cultural e não deixar as pessoas se expressarem culturalmente, impedindo-as de exercerem livremente seu direito fundamental de liberdade de expressão cultural, deixando claro que ainda existem traços de conservadorismo que impedem o exercício de manifestações culturais de grupos minoritários.

Um dos motivos para essa represália é devido à ponderação de princípios, que conseqüentemente gera uma justiça de maioria, já que quando uma manifestação cultural é repudiada pela maioria da população, o STF restringe esta manifestação cultural para que a maioria da população se sinta satisfeita com o julgamento e que haja um sentimento de justiça.

REFERÊNCIAS

- HOBBS DE MALMESBURY, Thomas. *O Leviatã - a liberdade, por Thomas Hobbes*. Disponível em <<http://blog-do-william-mendes.blogspot.com.br/2012/05/o-leviata-liberdade-por-thomas-hobbes.html>> 2012, Acesso em: 20 jun. 2015.
- SOUZA, Rodrigo. *Moral e Liberdade*. 2010, Disponível em: <<http://professorrodrigossouza.blogspot.com.br/2010/07/moral-e-liberdade.html>>. 2010. Acesso em 20 jun. 2015.
- RIBEIRO, Paulo Silvino. *O que é moral?* Brasil Escola. Disponível em <<http://www.brasilecola.com/sociologia/o-que-moral.htm>>. Acesso em 23 jun. 2015.
- SACCONI, Luiz Antonio. *Minidicionário Sacconi da língua portuguesa*. 1. ed. Escala educacional.
- CABRAL, Bruno Fontenele. *Freedom of speech. Considerações sobre a liberdade de expressão e de imprensa no direito norte-americano*. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2640, 23 set. 2010, Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17476>>. Acesso em: 24 jun. 2015.
- CHEQUER, Cláudio. *Liberdade de expressão como direito fundamental preferencial "prima facie". (Análise crítica e proposta da revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro)*. 1. ed. Lumen. 2011.
- DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade. A leitura moral da Constituição norte-americana*. Infe. 2006.
- LARAIA, Roque de Barris. *Cultura: um conceito antropológico*. 17. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 2004.
- FLATSCHART, Fábio. *Signo, significante e significado na web*. 2013, Disponível em <<http://quadrodosbemois.com.br/signo-significante-e-significado-na-web/>>. Acesso em: 01 jul. 2015.
- EAGLETON, Terry. *A ideia de Cultura*. Editora Unesp. 2005.
- AMARAL, Maria Nazaré de Camargo Pacheco. *Dewey: filosofia e experiência democrática*. São Paulo: Ed Universidade de São Paulo, 1990.
- PIAGET, Jean. *Psicologia e pedagogia*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1975.
- HUMBERTO CUNHA FILHO, Francisco. *Direitos Culturais como Direitos fundamentais no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Brasília Jurídica. 2000.
- SANTIAGO, Emerson. *Direitos Fundamentais*. Disponível em <<http://www.infoescola.com/direito/direitos-fundamentais/>> Acesso em: 1 maio. 2015.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. safE. 1997.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. Curso de direito Constitucional atualizado até a EC nº 57, de dezembro de 2008, e Súmula Vinculante nº 14, de 9/02/2009. 5. ed. Lumen Juris Editora. 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional 29ª edição, atualizada (em apêndice a CF/1988, com as Emendas Constitucionais até a de n. 77, de 11.2.2014)*. Malheiros Editores. 2014.

WOLFGANG SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005.

LIMA, Carolina. *O Jus naturalismo e o nascimento dos Direitos Humanos*. 2013, Disponível em <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-jusnaturalismo-e-o-nascimento-dos-direitos-humanos,44137.html>> Acesso em: 15 maio. 2015.

DE MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 23. ed. Atualizado até a EC nº 56/07. Editora Atlas. 2008.

FERREIRA MENDES, Gilmar e GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Editora Saraiva. 2011.

AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo. 34ª edição revista e atualizada (até a Emenda Constitucional n. 67, de 22.12.2010)*. Malheiros Editores. 2011.

KONDER COMPARATO, Fábio. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Editora Saraiva. 2013.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. 1986

LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma Constituição*. Edijur. 2014.

LOPES DE SOUZA JÚNIOR, Luiz. *A Constituição e seus sentidos: sociológico, político e jurídico*. 2005, Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1516539/a-constituicao-e-seus-sentidos-sociologico-politico-e-juridico>>. Acesso em: 01 jun. 2015.

HARBELE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Sergio Antônio Fabris Editor. 1997.

HESSE, Konrad. *Força Normativa da Constituição*. Uniceub Biblioteca Central. 1991.

BONAVIDES PAES DE ANDRADE, Paulo. *História Constitucional do Brasil*. 5. ed. OAB EDITORA. 2002.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América*. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/antoniowolkmer.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2015.

Constituição Federal de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 15 jul. 2015.

AURÉLIO LAGRECA CASAMASSO, Marco. *Estado, igreja e liberdade religiosa na “constituição política do império do Brasil” de 1824*. 2010, Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3619.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2015.

CABRAL, Dilma. *Constituição de 1824*. 2014, Disponível em: <<http://linux.an.gov.br/mapa/?p=5603>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

CUNHA SANCHES, Alexandre. *Todas as Constituições brasileiras edição comentada*. Constituição de 1988 atualizada. Bookseller. 2014.

Constituição Federal de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 17 jul. 2015.

Constituição Federal de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 10 set. 2015.

Constituição Federal de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 10 set. 2015.

Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 10 set. 2015.

MARTINS ALVES JUNIOR, Luis Carlos. *O Supremo Tribunal Federal nas Constituições Brasileiras*. Mandamento Editora. 2004.

Marcha da maconha. Disponível em: <<http://marchadamaconha.org/>>. Acesso em: 15 set. 2015.

Ementa da ADPF 187. Disponível em: <<https://integracaojornal.files.wordpress.com/2014/01/ementa-adpf-187-df-marcha-da-maconha.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2015.

STF libera a marcha da maconha. Disponível em: <<http://amp-mg.jusbrasil.com.br/noticias/2738058/stf-libera-marcha-da-maconha>>. Acesso em 15 set. 2015.

DA COSTA E SILVA, Paulo. *A luta pela farra.* Disponível em: <<http://www.revistadehistoria.com.br/secao/em-dia/a-luta-pela-farra>>. Acesso em 15. Set. 2015.

Jurisprudência. Disponível em: <http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJurisprudencia_pt_br&idConteudo=185142&modo=cms>. Acesso em: 19 set. 2015.

A rinha: tradição trazida para a América pelos conquistadores espanhóis. 2005, Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/ultnot/bichos/ultnot/afp/ult296u336.jhtm>>. Acesso em: 15 set. 2015.

STF – Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI 1856/RJ. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20626753/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1856-rj-stf>>. Acesso em: 20 set. 2015.

Voto do Ministro Maurício Corrêa no RE 153.531. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=211500>>. Acesso em: 20 set. 2015.

Notícias STF. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=242811&caixaBusca=N>>. Acesso em: 15 set. 2015.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously.*

BOROWSKI, Marek. *Grundrechte als Prinzipien.*