

**AS PLATAFORMAS DE *STREAMING* E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO:
ANÁLISE COM BASE EM PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL**

**STREAMING PLATFORMS AND FREEDOM OF EXPRESSION: AN ANALYSIS
BASED ON SUPREME COURT PRECEDENTS**

Vitor Luís PAVAN¹

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP)

RESUMO: Este artigo tem por principal escopo analisar os conflitos atuais da liberdade expressão frente aos conteúdos artísticos ou intelectuais que podem atingir à honra individual ou coletiva de determinado grupo. Para alcançar esse objetivo, observar-se-á a jurisprudência formada pelo Supremo Tribunal Federal sobre temas ligados à liberdade de expressão, liberdade da imprensa e liberdade artística e se as plataformas de *streaming* se demonstram ou não como um novo ambiente de maior liberdade de expressão quando comparada com a expressão de ideais, principalmente artísticas, em ambientes abertos.

Palavras-chave: liberdade de expressão; mercado de ideias, Supremo Tribunal Federal, plataformas, internet.

ABSTRACT: This article's main scope is to analyze the current conflicts of freedom of expression in the face of artistic or intellectual content that may harm the individual or collective honor of a given group. To achieve this objective, the jurisprudence formed by the Federal Supreme Court will be observed on topics linked to freedom of expression, freedom of the press and artistic freedom and whether or not streaming platforms demonstrate themselves as a new environment of greater freedom of

¹ Doutorando da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. E-mail: vitorlpavan@gmail.com

expression. when compared to the expression of ideals, mainly artistic, in open environments.

Keywords: freedom of speech; marketplace of ideas; Supreme Court; platforms, internet.

INTRODUÇÃO

Neste artigo se pretende explorar o “Especial de Natal Porta dos Fundos” que culminou na Reclamação 38.782/RJ. Assim, este trabalho se concentra nos principais acórdãos do Supremo Tribunal Federal acerca dos limites da liberdade de expressão.

Em ato complementar, buscar-se-á no terceiro capítulo analisar sucintamente o tema da liberdade de expressão e seus conflitos, considerando a limitação de laudas deste trabalho, não se pretende um aprofundamento tão sólido, tendo em vista a complexidade do tema.

E, em quarta e derradeira parte, irá se traçar algumas considerações sobre se as plataformas privadas de conteúdo artísticos - filmes, séries, músicas - como é o caso das marcas *Netflix*, *Amazon Prime*, dentre outras, trazem um alargamento da liberdade de expressão quando comparadas com os métodos tradicionais de liberdade artística, como a publicação de livros e peças teatrais.

1 SOBRE OS PRINCIPAIS PONTOS FÁTICOS E PROCESSUAIS DO EMBLEMÁTICO CASO “ESPECIAL DE NATAL PORTA DOS FUNDOS” VEICULADO NA PLATAFORMA DE STREAMING NETFLIX

O notório caso “Especial de Natal Porta dos Fundos” teve seu início por meio de ação civil pública - distribuída sob nº 0332259-06.2019.8.19.0001 - movida pela

Associação Centro Dom Bosco de Fé e Cultura contra a empresa NetFlix e o grupo Porta dos Fundos.

Como se trata de um processo longo, munido de várias peças processuais longas, apenas se pretende inicialmente expor ao leitor quais eram os fatos enfrentados e direitos alegados pelo Centro Dom Bosco por meio do ajuizamento desta ação civil pública.

Um dos principais argumentos da instituição religiosa seria que o filme traria um “[...] um ataque ‘frontal, bárbaro e malicioso ao conjunto de crenças e valores que cercam a figura do Cristo, do Deus uno e trino, da Santíssima Virgem e seu esposo, São José [...]”, logo argumenta que a liberdade de expressão e artística não é um direito absoluto, logo tendo limites.

Em complemento, o Centro Dom Bosco alegou que os limites pela intolerância religiosa e discurso de ódio devem ser combatidos no caso concreto: “ato de intolerância religiosa e discurso de ódio, ao retratar, às vésperas do Natal, Jesus Cristo como um homossexual pueril, namorado de Lúcifer, Maria como uma adúltera desbocada e José como um idiota traído por Deus [...]”, e que o filme objeto da ação teria como “[...] intento primário o menoscabo e a depreciação da fé alheia”.

A instituição religiosa também aduz que houve ferimento ao princípio da boa-fé, pois no caso há “dolo, malícia, atentado à boa-fé que constitui uma cláusula geral do convívio social (art. 422 do Código Civil), tudo permeia essa peça baixa e torpe, que despreza os valores e crenças de milhões de pessoas [...]”, bem como alude na inicial que os autores do filme “[...] não partilham, eles mesmos, das mesmas

convicções, julgando-se, pois, no direito (que não têm), de avaliar os valores mais caros a seus semelhantes”.

Diantes desses argumentos apresentados, o Centro Dom Bosco requereu, em resumo que fosse impedido na véspera de natal a difusão de conteúdo audiovisual intitulado “Especial de Natal Porta dos Fundos: Primeira Tentação de Cristo”, bem como de qualquer referência publicitária ao supracitado filme, bem como que as empresa integrantes do polo passivo fossem condenadas ao pagamento de danos morais coletivos no montante de R\$ 2.000.0000,00 (dois milhões de reais), sendo o valor proporcional de dois centavos por católico que teria sido ofendido com o referido filme.

Em razão do limite de laudas deste trabalho e por metodologia inicialmente apresentada, não serão tratadas as peças defensivas da NetFlix e do Porta dos Fundos.

1.1 Principais fundamentos das decisões de primeiro e segundo grau do TJRJ

Ao analisar o pedido com tutela antecipada contido na ação civil pública, o Juízo de primeiro grau do Rio de Janeiro, indeferiu o pedido liminar, sendo que um dos argumentos é que [...] A exibição do filme é disponibilizada somente na plataforma privada de transmissão online da Netflix para os seus assinantes, não se tratando de exibição em local público, de forma que não há veiculação do conteúdo àqueles que não almejem assisti-lo².

² BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **ACP n° 0332259-06.2019.8.19.0001**. Cartório da 16ª Vara Cível da Capital. Decisão de 19.12.2019.

Após a interposição do recurso de Agravo de Instrumento - distribuído sob o nº 0083896- 72.2019.8.19.0000 - pelo Centro Dom Bosco e indeferimento pelo Desembargador plantonista do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ), os autos foram remetidos ao Relator do recurso. Assim, em segundo grau no TJRJ, houve proferimento de decisão monocrática³ concedendo o efeito suspensivo ao agravo de instrumento. Nesta decisão monocrática foram ponderados os seguintes fundamentos para concessão do efeito suspensivo:

I. Ainda não houve pronunciamento do STF acerca do Tema paradigma nº 837 (RE 662.055/SP), que trata: “Definição dos limites da liberdade de expressão em contraposição a outros direitos de igual hierarquia jurídica - como os da inviolabilidade da honra e da imagem - e estabelecimento de parâmetros para identificar hipóteses em que a publicação deve ser proibida e/ou o declarante condenado ao pagamento de danos morais, ou ainda a outras consequências jurídicas”.

II. No RHC 146303/RJ julgado em 6.3.2018, a Segunda Turma do STF “[...] considerou que o exercício da liberdade religiosa e de expressão não é absoluto, pois deve respeitar restrições previstas na própria Constituição” e complementou neste julgado que “[...] os postulados da igualdade e da dignidade pessoal dos seres humanos constituem limitações externas à liberdade de expressão, que não pode e não deve ser exercida com o propósito subalterno de veicular práticas criminosas tendentes a fomentar e a estimular situações de intolerância e de ódio público.”

³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Agravo de Instrumento nº 0083896-72.2019.8.19.0000**. Sexta Câmara Cível. Des. Benedicto Abicair. Decisão Monocrática de 08.01.2020.

III. que houve desdobramentos violentos em razão desse filme: “Apurei, inclusive, que em decorrência dessa ‘sátira’ teria ocorrido um atentado contra a primeira Agravada, em vias de apuração policial.”

IV. deve-se observar princípios para análise do caso: “O que se pretende, nos autos, é apurar, dentro dos princípios morais, constitucionais e legais como caracterizar o procedimento da primeira Agravada com sua ‘obra de arte’”.

V. A liberdade de expressão deve ser ponderada para não ocorrer excessos: “Contudo, sou cauteloso, seguindo a esteira da doutrina e jurisprudência, leia-se STF, de que o direito à liberdade de expressão, imprensa e artística não é absoluto. Entendo, sim, que deve haver ponderação para que excessos não ocorram, evitando-se consequências nefastas para muitos, por eventual insensatez de poucos”.

VI. ocorreu excesso nas redes sociais pelos participantes do Porta dos Fundos: “primeira Agravada não foi centrada e comedida ao se manifestar, nas redes sociais” .

VII. a plataforma NetFlix poderia ser acessada por qualquer pessoa, assim não teria um filtro: “Ressalto, por oportuno, que as Redes Sociais são incontrolláveis e a Netflix, até onde sei, é passível de ser acessada por qualquer um que queira nela ingressar, inclusive menores, bem como o título da “produção artística” não reflete a realidade do que foi reproduzido.”

VIII. a liberdade de expressão possui limites aos direitos de personalidade, especialmente à honra e à imagem.

Com base nessas ponderações, o desembargador concluiu a sua decisão monocrática dispondo que por ser “[...] mais adequado e benéfico, não só para a comunidade cristã, mas para a sociedade brasileira, majoritariamente cristã, até que se julgue o mérito do Agravo, recorrer-se à cautela, para acalmar ânimos, pelo que CONCEDO A LIMINAR na forma requerida”.

1.2 Dos Fundamentos dos votos da Reclamação 38.782/RJ

Diante desse quadro traçado, o Ministro Relator Gilmar Mendes sugeriu a seguinte ementa ao acórdão da Reclamação 38.782/RJ:

Reclamação. 2. Liberdade de expressão. 3. Decisões reclamadas que restringem difusão de conteúdo audiovisual em que formuladas sátiras a elementos religiosos inerentes ao Cristianismo. 4. Ofensa à autoridade de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos julgamentos da ADPF 130 e da ADI 2.404. 5. Limites da liberdade artística. 6. Importância da livre circulação de ideias em um Estado democrático. Proibição de divulgação de determinado conteúdo deve-se dar apenas em casos excepcionalíssimos, como na hipótese de configurar ocorrência de prática ilícita, de incitação à violência ou à discriminação, bem como de propagação de discurso de ódio. 7. Distinção entre intolerância religiosa e crítica religiosa. 8. Reclamação julgada procedente.

Do voto é possível extrair o seguinte resumo dos principais fundamentos:

- I. retoma a consolidada jurisprudência do STF acerca da livre circulação de ideias em um Estado democrático com sociedade pluralista;
- II. cita o termo que aparece em muito julgados do STF sobre o “mercado livre de ideias”, como nesta passagem: “Há diversas formas de indicar

descontentamento com determinada opinião e de manifestar-se contra ideais com os quais não se concorda”;

III. que há um rol para atuação nas exceções do abuso da liberdade de expressão, quais são: prática ilícita, incitação à violência, propagação ao discurso de ódio;

IV. o conceito de arte possui sentido amplo, assim inclui as chamadas “sátiras”;

V. há uma distinção entre intolerância religiosa e crítica religiosa;

VI. em sua visão o filme não incita violência contra grupos religiosos, assim seria apenas uma mera crítica por meio do instrumento da sátira, ainda que se paute em elementos importantes ao Cristianismo;

VII. a plataforma de transmissão é particular, logo o acesso é voluntário e controlado pelo próprio usuário - este será um dos principais capítulos deste trabalho;

VIII. cita principalmente que não pode ocorrer a censura da liberdade artística, citando a ADPF 130 e ADI 2.404, bem como outros julgamentos importantes do STF que serão abordados no próximo capítulo.

Esses principais fundamentos do voto servirão como engrenagem para os próximos tópicos deste trabalho.

2 PRECEDENTES DO STF SOBRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Oriundo do voto da supramencionada Reclamação 38.782/RJ se obtém diversos posicionamentos do STF sobre a liberdade de expressão e liberdade artística, que trazem um panorama de como o ordenamento jurídico brasileiro tem enfrentado este tema complexo.

2.1 ADPF 130: Lei de Liberdade de Imprensa

Um dos mais notórios julgados do STF sobre a liberdade de expressão e liberdade de imprensa é a ADPF 130⁴.

Neste acórdão o Relator, Min. Carlos Britto, exalta que a Constituição Federal de 1988: “[...] consagrou que as garantias de liberdade plena de informação e de imprensa somente podem ser integralmente preservadas se entendidas como proibitivas de qualquer tipo de censura prévia”.

Na Reclamação 38.782/RJ, o Min. Gilmar Mendes exalta em passagem do seu voto sobre a importância do art. 220⁵ da Constituição Federal fazendo referência a ADPF 130, visto que esse artigo “[...] apresenta mecanismos alternativos à censura

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 130/DF**, Rel. Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, j. 30.4.2009.

⁵ Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV. § 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

para assegurar a proteção de posições individuais, tais como o direito de resposta e o exercício de pretensão indenizatória, contudo o art. 220 é claro sobre impedir “[...] a possibilidade de definir ex ante o conteúdo passível de veiculação na sociedade. Daí porque restou claro do julgado que “não cabe ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas”.

Veja-se nestas passagens da ementa da ADPF 130 que a proteção da liberdade de pensamento, criação, informação, não impede que seja aplicável outros direitos fundamentais, como “[...] vedação do anonimato (parte final do inciso IV); do direito de resposta (inciso V); direito a indenização por dano material ou moral à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas (inciso X); livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (inciso XIII); direito ao resguardo do sigilo da fonte de informação, quando necessário ao exercício profissional (inciso XIV)”.

Dessa forma “[...] primeiramente, assegura-se o gozo dos sobre direitos de personalidade em que se traduz a ‘livre’ e ‘plena’ manifestação do pensamento, da criação e da informação. Somente depois é que se passa a cobrar do titular de tais situações jurídicas ativas um eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios, ainda que também densificadores da personalidade humana”. O posicionamento do STF nesta ADPF deixa claro que a interpretação da Constituição Federal é no sentido. do “[...] mais **democrático** e civilizado regime da livre e **plena circulação das ideias e opiniões**, assim como das notícias e informações, mas **sem deixar de**

prescrever o direito de resposta e todo um regime de responsabilidades civis, penais e administrativas”. (g.n)

Dos grifos não presentes no original no trecho acima da ADPF 130, o STF buscou balizar, em poucas palavras, que a liberdade de expressão não pode sofrer censura, até mesmo porque o ordenamento jurídico brasileiro possui mecanismos de responsabilidade civil, penal e administrativa para eventuais excessos ou danos causados.

2.2 ADI 2.404: classificação indicativa e horário televisivo controlado pelo Estado

A ADI 2.404⁶ também é citada na Reclamação 38.782/RJ. Nesta ADI, o Relator Min. Dias Toffoli ao analisar a limitação de veiculação de programas televisivos em determinados horários em razão da classificação indicativa, propôs em seu voto: “[...] que não há horário ou conteúdo autorizado pelo Estado, mas horários meramente recomendados para determinados tipos de conteúdo que possam, de alguma forma, causar riscos à integridade de grupos vulneráveis”.

Depreende-se desse importante julgado que a censura de horários foi afastada no Brasil, assim somente cabe ao Estado recomendar os horários mais adequados para exibição da programação infantil em rádio e televisão.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2.404/DF**, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. 31.08.2016.

2.3 HC 83.996: diretor teatral em atos obscenos dentro de espaço privado com público adulto

Em explicação sucinta, o HC 83.996/RJ⁷ trata de caso em que um diretor teatral realizou atos obscenos perante a plateia no fim de sua peça de teatro. Assim, o HC objetivava o: “trancamento da ação penal que atribuíra ao réu, conhecido diretor teatral, incursão nas penas do art. 233 do Código Penal, ao argumento de que a simulação de masturbação e a exibição das nádegas, após o término de peça teatral, em reação a vaias do público, caracterizaria ofensa ao pudor”.

O Min. Gilmar Mendes destacou que “[...] a reação do público, em si, ao vaiar o diretor teatral em protesto à qualidade da obra apresentada, deveria ser interpretada dentro do contexto em que inserida, ou seja, tratava-se de manifestação realizada dentro de teatro, por público adulto e consciente do que poderia ser esperado da proposta artística”.

No voto do Min. Celso de Mello constou que o fato do ato ter sido “[...] praticado no Teatro Municipal do Rio de Janeiro, às duas horas da manhã, perante um público culto e sofisticado”, logo “[...] tenderia a reconhecer que foi muito mais uma expressão, ainda que grosseira, mas de sua própria liberdade de manifestação e reação às vaias”. Dessa forma, a Segunda Turma do STF deferiu o HC e determinou o trancamento da ação penal.

Na Reclamação 38.782/RJ, o Min. Gilmar Mendes também cita o HC 83.996 para referenciar que o local fechado de acesso e o próprio público merece uma

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 83.996/RJ**, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, j. 17.08.2004.

interpretação contextual: “A reação do público, em si, ao vaiar o diretor teatral em protesto à qualidade da obra apresentada, deveria ser interpretada dentro do contexto em que inserida, ou seja, tratava-se de manifestação realizada dentro de teatro, por público adulto e consciente do que poderia ser esperado da proposta artística”.

2.4 ADI 4.815: biografia não autorizada e arts. 20 e 21 do Código Civil de 2002

Outro caso notório que trata sobre censura prévia é a ADI 4.815⁸. A Rel. Min Cármen Lúcia nesta oportunidade dispôs de forma primorosa sobre a conceituação de censura e o seu combate: “Censura é forma de controle da informação: alguém, não o autor do pensamento e do que quer se expressar, impede a produção, a circulação ou a divulgação do pensamento ou, se obra artística, do sentimento. Controla-se a palavra ou a forma de expressão do outro”.

No julgamento da ADI 4815⁹ foi fixado, em apertada síntese, que não precisaria mais do consentimento da pessoa biografada pelo autor para escrever a biografia, preservando eventual responsabilidade do autor.

Silmara CHINELLATO¹⁰, em notas conclusivas quanto à análise dessa ADI, dispõe que não há hierarquia entre liberdade de expressão (art. 5, IX da Constituição Federal) e direito à vida privada, à intimidade, ao segredo, à imagem (art. 5, X da Constituição Federal), considerando essas garantias constitucionais são ambas

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4.815/DF**, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, j. 10.06.2015.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4.815/DF**. Rel. Min. Cármen Lúcia. Plenário, j. 10.06.2015.

¹⁰ CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Liberdade de expressão: direitos da personalidade e as biografias não autorizadas. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, v. 44/45, p. 201-237, 2014. p. 226.

prestigiados no art. 220 §1º da Constituição Federal. Ademais, a autora entende que não cabe definição de dano não indenizável pela colisão desses princípios à luz dos arts. 20 e 21 do Código Civil de 2002, bem como não há relação de causa e efeito entre autorização para biografia e isenção de responsabilidade civil. Complementa que não pode a lei ou a jurisprudência considerar como implícita a inexistência de responsabilidade civil com base na natureza da obra. Acrescenta que se não houver consentimento do biografado a responsabilidade civil existirá por força da responsabilidade civil subjetiva, fundada na culpa. E quanto às pessoas notórias, dispensaria autorização prévia para biografia, contudo não afasta a responsabilidade civil se houver dano patrimonial ou moral.

Novamente, o STF seguiu a linha de preservação à liberdade de expressão e combate à censura prévia, ainda que exaltando a proteção aos direitos de personalidade.

2.5 ADI 4.451: a possibilidade de humor perante os políticos por meio de sátira na época das eleições

Em poucas palavras, a ADI 4.451¹¹ tratou da inconstitucionalidade dos incisos II e III do artigo 45 da Lei 9.504/1997 que versava sobre a proibição de sátiras com os candidatos na época das eleições, assim poderia se estar diante de uma situação de cerceamento da liberdade artística.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4.451/DF**, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, j. 21.06.2018.

O Relator do acórdão, Min. Alexandre de Moraes, entendeu pela inconstitucionalidade dos artigos da Lei das Eleições, considerando que há: “restrição, subordinação e forçosa adequação programática da liberdade de expressão a mandamentos normativos cerceadores durante o período eleitoral, pretendendo diminuir a liberdade de opinião e de criação artística e a livre multiplicidade de ideias[...]”, e complementa o Relator que esses dispositivos teriam “[...] a nítida finalidade de controlar ou mesmo aniquilar a força do pensamento crítico, indispensável ao regime democrático; tratando-se, pois, de ilegítima interferência estatal no direito individual de criticar”.

Nessa ADI, que ficou conhecida na imprensa como a “ADI do humor”, o Ministro Alexandre de Moraes ressalta a liberdade de expressão e mídia como fundamentos do Estado Democrático de Direito, com a exceção de informações errôneas que estão sob o manto protetivo de eventuais ações cíveis e criminais.

2.6 ADPF 614: Decreto presidencial que altera a estrutura do Conselho Superior do Cinema e a possível censura à produção audiovisual

A ADPF 614¹² teve como objeto o Decreto 9.919/2019, da Presidência da República, pelo qual foi alterada a estrutura do Conselho Superior do Cinema. Assim, a ADPF tinha em seus argumentos que o referido decreto estaria censurando a produção audiovisual brasileira por meio do esvaziamento do Conselho Superior do

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 614/DF**, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, j. 16.12.2020.

Cinema, responsável pela implementação de políticas públicas de desenvolvimento da indústria cinematográfica nacional.

A Rel. Min. Carmen Lúcia exalta novamente o valor da liberdade de expressão: “o ser humano precisa produzir o Direito para viver com civilidade e precisa produzir cultura para viver com humanidade. A cultura é a expressão da história de cada povo. História que se conta pelo teatro, pela música, pela literatura, pelo cinema, pela pintura, pela dança”.

Por derradeiro processualmente, esta ADPF perdeu o objeto por conta de ato do Poder Executivo que revogou o decreto.

2.7 HC 82.424: o livro antisemita de Siegfried Ellwanger

Outro famoso caso relatado pela jurisprudência em doutrina é o HC 82.424¹³. Em síntese, o Ellwanger foi acusado de escrever, editar, divulgar e comercializar livros que continham apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias em face da comunidade judaica, assim teria cometido o crime de racismo, que é inafiançável e imprescritível (art. 5º, XLII da CF).

Este acórdão é importante pela delimitação da liberdade de expressão pelo discurso do ódio. No voto, o Rel. Min. Moreira Alves explica que: “[..] entendido que a incitação ao ódio público contra o povo judeu – na hipótese, por meio de publicações literárias – não estaria protegida pela cláusula constitucional que assegura a liberdade de expressão”.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 82.424/RS**, Rel. Min. Moreira Alves, Red. para acórdão Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, j. 17.09.2003.

Conforme a ementa desse acórdão, o “[...] preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o ‘direito à incitação ao racismo’, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra”. E complementasse que o caso teve esse posicionamento por sua questão histórica, visto que no entendimento do STF “[...] jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável”.

Na Reclamação 38.782/RJ, o Min. Gilmar Mendes retoma este caso como paradigmático para demonstrar que a “[...] proibição de divulgação de determinado conteúdo deve-se dar apenas em casos excepcionalíssimos, como na hipótese de configurar ocorrência de prática ilícita, de incitação à violência ou à discriminação, bem como de propagação de discurso de ódio”.

2.8 ADPF 187: marcha da maconha

Na ADPF 187¹⁴ é tratada sobre o limite da liberdade de expressão frente a uma droga que é considerada ilegal. Em outras palavras, é tratada nesta ADPF sobre a criminalização da liberdade de expressão em razão da defesa da legalização do consumo da maconha, nas denominadas “marchas da maconha”.

O Relator, Min. Celso de Mello, constou em seu voto que o “[...] o direito à livre manifestação de pensamento se irradiam os direitos de crítica, e protesto, de

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 187/DF**, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 15.06.2011.

discordância e de livre circulação de ideias[...]” e complementa o Relator que essa manifestação de pensamento deve “[...] ser realizada de forma racional, com respeito entre interlocutores e sem possibilidade legítima de repressão estatal, ainda que as ideias propostas possam ser consideradas, pela maioria, estranhas, insuportáveis, extravagantes, audaciosas ou inaceitáveis”.

2.9 RHC 146.303: caso do Pastor com ofensas a outros religiões na plataforma youtube

O RHC 146.303¹⁵ teve como objeto o recurso ordinário em habeas corpus em que ao paciente, pastor de determinada Igreja Pentecostal, teria cometido o crime de imputar a prática do crime previsto no art. 20, §2º¹⁶, da Lei 7.716/1989. Essa acusação se pautou pelo fato de o pastor ter publicado vídeos e postado ofensas contra autoridades e seguidores de outras crenças religiosas — católica, judaica, islâmica, espírita, wicca, umbandista e outras —, pregando inclusive o fim de algumas delas e imputando fatos ofensivos aos seus devotos e sacerdotes, assim como uso o lema "Bíblia, sim, Constituição, não".

Houve divergência dos Ministros do STF nesse julgamento. Na emenda constou que “[...] há que se distinguir entre o discurso religioso (que é centrado na própria crença e nas razões da crença) e o discurso sobre a crença alheia,

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RHC 146.303/RJ**, Rel. Min. Edson Fachin, Red. para acórdão Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, j. 06.03.2018

¹⁶ Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. § 2º Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza:

especialmente quando se faça com intuito de atingi-la, rebaixá-la ou desmerecê-la (ou a seus seguidores)”, assim “[...] um é tipicamente a representação do direito à liberdade de crença religiosa; outro, em sentido diametralmente oposto, é o ataque ao mesmo direito”. Dessa forma, na análise do caso concreto, prevaleceu que a conduta do paciente do HC não foi de “[...] ‘defesa da própria religião, culto, crença ou ideologia, mas, sim, de um ataque ao culto alheio, que põe em risco a liberdade religiosa daqueles que professam fé diferente da do paciente”.

O Min. Fachin assim se pronunciou sobre a diferença do discurso religioso e a ofensa à religião alheia: “Há que se distinguir entre o discurso religioso (que é centrado na própria crença e nas razões da crença) e o discurso sobre a crença alheia. especialmente quando se faça com intuito de atingi-la., rebaixá-la ou desmerecê-la (ou a seus seguidores)”.

Este caso é importante, porque diferentemente dos outros estudados até o momento, o STF não concedeu o HC ao paciente por entender que as ofensas ultrapassaram a uma mera crítica. Veja-se que este é o caso citado na decisão monocrática que concedeu o efeito suspensivo ao agravo de instrumento ao Centro Dom Bosco culminando na interposição da Reclamação que é um dos objetos de estudo deste trabalho.

2.10 MCSL 1.248/RJ e MCREC 36.742/RJ: censura de livros com temática LGBT na Bienal do Livro

A Medida Cautelar na Suspensão de Liminar (MCSL) 1248/RJ¹⁷ teve por objeto decisão em sede de mandado de segurança (nº 0056881-31.2019.8.19.0000) que concedeu tutela para que fossem apreendidos materiais - livros, gibis - na Bienal do livro que tratariam em seu conteúdo sobre a temática LGBTQ+. O então Presidente do STF nesta oportunidade, Min. Dias Toffoli, concedeu a liminar para cassar a decisão monocrática do segundo grau do TJRJ, contando em sua decisão que “[...] As liberdades de expressão intelectual, artística, científica, de crença religiosa, de convicção filosófica e de comunicação são direitos fundamentais (art. 5º, incisos IX e XIV) e essenciais à concretização dos objetivos da República Federativa do Brasil [...]”, assim ocorrendo uma relação da liberdade de expressão com a construção de “[...] uma sociedade livre, justa, solidária e sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, incisos I e IV)”.

Sobre o mesmo tema, o Min. Gilmar Mendes se pronunciou na Medida Cautelar na Reclamação 36.742/RJ¹⁸ que: “o entendimento de que a veiculação de imagens homoafetivas é ‘não corriqueiro’ ou ‘avesso ao campo semântico de histórias de ficção’ reproduz um viés de anormalidade e discriminação que é atribuído às relações homossexuais”. O Min. Gilmar Mendes complementa que as “[...] manifestações do exercício de uma liberdade fundamental, de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo, a qual deve ser protegida, afastado o preconceito ou de qualquer outra forma de discriminação”.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MCSL 1.248/RJ**. Rel. Min. Dias Toffoli, j. 08.07.2019.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MCREC 36.742/RJ**. Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 08.09.2019.

3 CONSIDERAÇÕES SOBRE A COLISÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO COM OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Após essa análise dos julgados do STF sobre os embates da liberdade de expressão, liberdade da imprensa e liberdade artística com os direitos da personalidade e os direitos fundamentais, neste capítulo se apoia na doutrina para outras considerações sobre os temas.

Ao analisar sobre a colisão entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade em casos concretos, BARROSO¹⁹ enuncia que a honra é um direito da personalidade protegido constitucionalmente, assim o ordenamento jurídico protege o indivíduo em sua dignidade e reputação perante a sociedade, tendo a restrição de quando o fato a ser imputado ao indivíduo ser verdadeiro, assim não guarnecendo o indivíduo proteção por fato apenas revelado ao meio social inserido ou pela mídia. Assim, a proteção ao direito da personalidade do grupo dos direitos morais, por exemplo, honra, imagem e privacidade, são protegidos quando ocorrerem notícias fraudulentas com o objetivo de prejudicar o indivíduo.

Por outro lado, BARROSO²⁰ demonstra a importância da preservação da liberdade de comunicação, diferenciando terminologicamente a liberdade de informação, de expressão e de imprensa. A liberdade de informação se pauta no direito de a pessoa saber e ter acesso a fatos e poder veicular informações. Já a liberdade de expressão consiste em dar o direito à pessoa de expressar opiniões sem

¹⁹ BARROSO, L. R. Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In. SARLET, I. **Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação**. Algumas aproximações. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. 63-100. p .14.

²⁰ *Ibid.* p. 19.

restrição pelo Estado e outros indivíduos. Já a liberdade de imprensa, conforme se extrai do próprio termo, direciona-se para que os veículos da imprensa e jornalistas possam comunicar as notícias sem interferências.

Nesse ponto, cabe trazer comentário assertivo de COMPARATO²¹ no sentido de que a liberdade de expressão não é propriedade de ninguém e sim é um direito fundamental, ou seja, intrínseco ao ser humano. Assim, a crítica de COMPARATO se constrói para que a liberdade de expressão não se torne liberdade de imprensa e fique apenas ao cargo de alguns grupos privados, quase um oligopólio empresarial, que possuem força para controle das informações de forma massiva.

Sobre os limites da liberdade de expressão, principalmente da liberdade de imprensa, e direitos da personalidade, Rui Stocco²² dispôs em seu tratado:

[...]o direito de informar encontra limite no direito individual da pessoa à imagem, à intimidade, à honra e à vida privada. A solução prática e a perfeita interação e convivência dos preceitos exige de cada qual que se comporte com cautela e seriedade, pois a divulgação de informação é um direito, a fidelidade ao fato, a ausência de excessos ou de sensacionalismo é um dever. Não se admitem insinuações, interjeições, dubiedades, sensacionalismo ou dramatização ofensiva ou pernicioso sobre fatos verdadeiros. Condena-se e pune-se no âmbito civil tanto a notícia falsa, forjada e sem pertinência fática, ou seja, a notícia inexistente no plano fenomênico, como a notícia verdadeira, mas, travestida, desvirtuada ou divulgada com excesso e abuso.

²¹ COMPARATO, Fábio Konder. *Direito à Comunicação: liberdade, a farsa e a tragédia*. Prefácio in: LIMA, V. A. de. **Liberdade de Expressão x Liberdade de Imprensa**. Direito à Comunicação e Democracia. São Paulo: Publisher Brasil, 2010.

²² STOCCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**, 6ª ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p. 1763.

Verifica-se que nos próximos julgamentos expostos do STF, além daqueles alhures já analisados, a discussão sobre a liberdade de expressão, de informação e imprensa e direitos da personalidade estão presentes.

O Ministro Luis Roberto Barroso se refere aos limites da liberdade de expressão na ementa abaixo decidido na ADPF 130, com a ressalva de que a liberdade de expressão não tem o fito de proteger a atuação de grupos ou agentes especializados na divulgação de notícias falsas injuriosas:, sendo assim “[...] a liberdade de expressão desempenha essencialmente três papéis: (a) garante a manifestação da própria opinião, como corolário do direito da personalidade; (b) assegura um mercado livre de ideias, em busca das verdades plurais da vida democrática; e (c) permite que as pessoas participem livremente do debate público e votem esclarecidamente”.²³

O Ministro do STF Luiz Fux também traz em seu voto²⁴ traz o termo “mercado das ideias”, conforme nesta passagem do seu voto: “No plano filosófico, Frederick Schauer nos recorda que a liberdade de expressão é protegida por ser o meio, por excelência, de chegar-se à verdade” e complementar que esse “[...] autor assenta a completa inaptidão do Governo para selecionar o que se deve entender por verdade, sendo que a obtenção desta somente é possível pelo mercado livre de ideias, qualificado pela livre troca de opiniões, pela liberdade de informação e pela liberdade de crítica[...].

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **REC 42155/ES**. Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, j. 17.11.2020.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **REC 15887/DF**. Rel. Min. Luiz Fux, j. 19.06.2013.

Observa-se que no julgamento da decisão sobre a busca e apreensão de obras literárias em função do seu conteúdo, julgamento já citado neste artigo, notadamente aquelas que tratam do homotransexualismo em conteúdo divulgado em revistas infanto-juvenis durante festival literário realizado no Município do Rio de Janeiro, o então Ministro Relator Dias Toffoli, invocou na sua decisão monocrática a livre circulação de ideias no espaço público: “[...] o regime democrático pressupõe um ambiente de livre trânsito de ideias, no qual todos tenham direito a voz. De fato, a democracia somente se firma e progride em um ambiente em que diferentes convicções e visões de mundo possam ser expostas, defendidas e confrontadas umas com as outras, em um debate rico, plural e resolutivo”.²⁵

Contudo, nesta outra decisão em sede liminar, o Ministro Dias Toffoli também se remete ao “mercado livre de ideias”: “[...] Sabe-se que o “mercado livre de ideias”, primeiramente referido por Oliver Wendell Holmes Jr. no caso *Abrams v. United States*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1919, possui falhas tão deletérias ao bem-estar social quanto um mercado totalmente livre de circulação de bens e serviços [...]”. Contudo, desta vez, o Ministro lança uma crítica ao conceito: “Admitir que a transmissão de informações seria impassível de regulação para a proteção de valores comunitários equivaleria a defender a abolição de regulações da economia em geral”.²⁶

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MCSL 1.248/RJ**. Rel. Min. Dias Toffoli, j. 08.07.2019.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MCSL 1.178/PR**. Rel. Min. Dias Toffoli, j. 28.09.2019.

Em caso interessante, que se trata decisão proferida na Reclamação n.º 32.035²⁷, cuja suspensão ora se postula, atendeu a pedido formulado pela Empresa Folha da Manhã e Mônica Bergamo, em insurgência contra decisão da 12ª Vara Criminal Federal de Curitiba que, nos autos da Execução Provisória, negou a realização de entrevista jornalística com o ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, custodiado à época na carceragem da Polícia Federal em Curitiba. O relator, monocraticamente, julgou procedente a Reclamação para cassar a decisão reclamada e determinar seja franqueado ao reclamante e à equipe técnica, acompanhada dos equipamentos necessários à captação de áudio, vídeo e fotojornalismo, o acesso ao ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva a fim de que possa entrevistá-lo, caso seja de seu interesse, o Ministro Ricardo Lewandowski trata em passagem do seu voto, conforme é pacífico, que a liberdade de expressão, como qualquer direito fundamental não é absoluto, cabendo restrições conforme o caso concreto, assim a “relativização excepcional da liberdade de imprensa, a fim de que se garanta um ambiente informacional isento para o exercício consciente do direito de voto”.

Após a exposição desses julgados do STF, expõe-se na sequência termos doutrinários sobre o conflito da liberdade de expressão com os direitos da personalidade, principalmente sobre a ponderação de princípios.

Somente como parâmetro elementar, segue-se a conceituação mais comumente utilizada de princípio, justamente para diferenciá-lo de norma pelo

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **REC 32.035/PR**. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 28.09.2018.

ensinamento de ALEXY²⁸ no sentido de o princípio ser um “mandamento de otimização”, assim uma norma que guia para que certo ato seja realizado dentro de um espaço desenhado pelas possibilidades jurídicas e fáticas. E precisamente nessa circunscrição de possibilidades jurídicas é que faz morada a colisão de princípios.

Estudando profundamente a colisão de princípios, CANOTILHO²⁹ traz em sua clássica obra sobre o princípio da concordância prática ou da harmonização como ferramenta de interpretação:

Este princípio não deve divorciar-se de outros princípios de interpretação já referidos (princípio da unidade, princípio do efeito integrador). Reduzido ao seu núcleo essencial, o princípio da concordância prática impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros. O campo de leilão do princípio da concordância prática tem sido até agora o dos direitos fundamentais (colisão entre direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionalmente protegidos). Subjacente a este princípio está a ideia do igual valor dos bens constitucionais (e não uma diferença de hierarquia) que impede, como solução, sacrifício de uns em relação aos outros, e impõe o estabelecimento de limites e condicionamentos recíprocos de forma a conseguir uma harmonização ou concordância prática entre bens.

LOPES³⁰ avalia que a doutrina brasileira se pautou nas doutrinas portuguesa e alemã para direcionar a jurisprudência nacional quanto a interpretação no caso de embate entre garantias fundamentais. Essa influência é também guiada por Robert

²⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad.: Virgílio Afonso da Silva da 5ª Ed. alemã. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90.

²⁹ CANOTILHO, Gomes. J.J. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7ª Ed (11ª Reimp). Coimbra (Portugal): Almedina, 2012. p. 1125.

³⁰ LOPES, Carla Práticia Frade Nogueira. **Direito do credor e dignidade do devedor**. In: Responsabilidade Civil e inadimplemento no direito brasileiro. Coord.: Fátima Nancy Andrichi. São Paulo: Atlas, 2014. pp. 113-129.

Alexy e Gomes Canotilho, que defendem, de forma resumida, que há uma divisão entre dispositivos constitucionais tidos como regras e outros como princípios. LOPES critica, primeiramente, esse universalismo de dicotomia trazido por Robert Alexy, visto que, por exemplo, a própria Constituição dos Estados Unidos que é democrática não pode ser conceituada como agrupamento de regras e princípios. Essa autora também critica que o procedimento de ponderação de princípios se revela como um subjetivismo na sobreposição de valores, assim ficaria a cargo do julgador equilibrar no caso concreto qual valor fundamental discutido se sobrepõe ao outro.

E essa crítica acerca do da técnica decisória da sobreposição de valores tem sido aplicada aos casos concretos, conforme é o acórdão do caso do “Especial Porta dos Fundos”, já estudado nesse artigo, o que gera decisões totalmente opostas, consoante visto na decisão de indeferimento da liminar em primeiro grau quando comparada com efeito suspensivo dado pelo segundo grau, sendo que as duas decisões utilizaram técnicas de ponderação. Assim, no próximo título deste artigo, pretende-se apresentar ao leitor se a tecnologia na exposição de mídia artística revelada na exposição de conteúdo nas plataformas digitais, como a de *streaming*, pode mudar ou não a concepção sobre o embate tradicional da liberdade de expressão com os direitos da personalidade.

4 CONSIDERAÇÕES SOBRE AS PLATAFORMAS DE STREAMING E JULGADOS SOBRE A LIBERDADE ARTÍSTICA EM REDES DE TELEVISÃO ABERTAS E FECHADAS

Para se trazer uma possível conceituação do termo inglês *streaming*³¹, recorre-se a interpretação dada pelo Superior Tribunal no momento do julgamento do Resp n° 1559264/RJ³², no qual a Corte definiu que “[...] a transmissão de músicas por meio da rede mundial de computadores mediante o emprego da tecnologia streaming (webcasting e simulcasting) [...]”.

Nesse caso, o Min. Relator inicia o seu voto afirmando que sobre o aumento de acesso às obras artísticas com a plataforma *streaming*, como “[...] obras musicais, literomusicais e fonogramas possam ser exteriorizadas independentemente da existência física, tangível, permitindo um maior acesso às obras intelectuais e criando novas modalidades de exploração econômica sem a necessidade de sua materialização”. Adiante, conceitua o *streaming* como “[...] tecnologia que permite a transmissão de dados e informações, utilizando a rede de computadores, de modo contínuo. Esse mecanismo caracteriza-se pelo envio de dados por meio de pacotes, sem que o usuário realize download dos arquivos a serem executados”. Em seu voto há ainda menção a duas separações das espécies *simulcasting* e *webcasting*, sendo a primeira conceituada como “[...] transmissão de um programa gerado por outros meios, tais como o rádio e a televisão, simultaneamente via internet”, já no *webcasting* como “[...] conteúdo oferecido pelo provedor é transmitido pela internet, havendo a possibilidade ou não de intervenção do usuário na ordem de execução”.

³¹ Segundo o dicionário de Cambridge seria “the activity of listening to or watching sound or video directly from the internet”. Disponível em: <https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles-portugues/streaming>. Acesso em 25 nov. 2021.

³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1559264/RJ**, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Segunda Seção, j. em 08.02.2017.

No acórdão que é o principal objeto de análise deste artigo - Rec. 38.782/RJ de 2020 -, vislumbra-se que o fato da plataforma de veiculação ser do tipo *streaming* teria o condão de afastar o seu impedimento para apresentar um conteúdo sensível aos valores de uma religião, visto que o seu conteúdo não está exposto em uma rede aberta de acesso. Em que pese esse fundamento não seja preponderante sobre os demais do acórdão, é interessante analisar as passagens dos votos que tratam sobre esse tema que está interrelacionado com a tecnologia advinda da internet.

Isso é verificável em algumas passagens do processo, que serão expostas doravante.

Primeiramente, observa-se o Parecer do Procurador Geral da República ao considerar que por se tratar de plataforma streaming, o seu “[...] **acesso ao conteúdo é voluntário e controlado pelo próprio usuário**, que, além de montar a sua lista de filmes e séries de preferência, pode ativar o chamado ‘controle parental’, onde os indivíduos menores de 18 anos só poderão utilizar os serviços da Netflix com o envolvimento, a supervisão e aprovação dos pais ou responsáveis.” (g.n)

No voto do relator do Min. Gilmar Mendes consta que “[...] por se tratar de conteúdo veiculado em plataforma de **transmissão particular**, à qual o acesso é voluntário e controlado pelo próprio usuário, não apenas é **possível optar-se por não assistir ao conteúdo disponibilizado**, como também é viável decidir-se pelo **cancelamento da assinatura** contratada.” (g.n)

No voto da Min. Cármen Lúcia é elucidado que “[...] esse conteúdo não é nem obrigatório, nem sequer está exposto em um **espaço de publicidade ilimitada**.” (g.n)

E, por fim, no voto do Min. Lewandowski é ressaltado “[...] que a reclamante é uma empresa prestadora de serviços privados de transmissão on-line que oferece uma plataforma com ampla variedade de séries, filmes e documentários a assinantes conectados à internet”. E o Min. Lewandowski complementa que “[...] a Netflix é mera **transmissora remunerada de conteúdo**, cujo acesso é voluntário e controlado pelo usuário, **não estando naturalmente disponível à população**”. (g.n)

Depreende-se desses votos e do parecer da PGR, que pelo fato de ser uma plataforma paga – isto é, não é uma rede aberta de televisão - influenciaria na limitação do conteúdo eventualmente tido como inadequado e até ofensivo da honra coletiva - conforme se pretendia na ação civil pública -, pois somente os usuários com acesso pago ao serviço de filmes de *streaming* poderia acessar ao filme criado pelo grupo “Porta dos Fundos”.

Consabido, em alguns casos históricos houve a proibição de veiculação de filmes que continham conteúdo ofensivo à religião ou a imagem e honra de determinados grupos ou pessoas, que se tornaram casos judiciais.

Um dos casos internacionais sobre a questão religiosa foi decidido pela Corte Europeia em 1994, ocasião em que foi permitida a apreensão do filme “Visions of ecstasy (Das Liebeskonzil)” por ser considerado ofensivo à religião Católica, pois retratava Deus e Maria Mãe de Deus de formas pejorativas para o público devoto. Veja-se o trecho da decisão sobre o caso: “uma vez que não há como discernir consenso na Europa da significância da religião na sociedade, é impossível definir compreensivamente qual interferência no discurso religioso é permissível”. E

continua: “certa margem de apreciação é, portanto, a ser deixada às autoridades nacionais para que avaliem a existência e extensão da necessidade de tal interferência³³.”

E a decisão segue com fundamentos pautados em conceitos elásticos: “[...] ao aprender o filme, as autoridades austríacas agiram para garantir a paz religiosa naquela região e impedir que algumas pessoas sentissem os ataques às suas crenças religiosas de um modo ofensivo e injustificado”.

Assim, a Corte Europeia entendeu que não houve ilegalidade na apreensão do filme pelas autoridades austríacas.

Retornando na Rec. 38.782/RJ, veja-se que o voto do Min. Gilmar Mendes alude ao direito alemão no Tribunal Constitucional Federal alemão no chamado “Caso Mephisto” de 24.02.1971 neste trecho abaixo para afirmar que “[...] o Tribunal Constitucional alemão admitiu que, embora não haja reserva legal expressa, o direito de liberdade artística não fora assegurado de forma ilimitada[...]” e completa que “[...]A garantia dessa liberdade, como a de outras constitucionalmente asseguradas, não poderia desconsiderar a concepção humana que balizou a Lei Fundamental, isto é, a ideia de homem como personalidade responsável pelo seu próprio destino, que se desenvolve dentro da comunidade social.”

Veja-se que a ampliação de acesso à plataforma *streaming* tem provocado movimentação pela censura de alguns conteúdos. A série televisiva denominada

³³ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Otto-Preminger Institute v Áustria**, Sentença em 20 set. 1994. Series A n. 295-A, par. 49 e 56.

“Round 6” exibida pela Netflix está sendo alvo de petição na Itália para suspensão de sua exibição sob alegação de incitação à prática de violência³⁴.

Mas não foi apenas a Itália. No Município de Içara, do Estado de Santa Catarina, vereadores pediram que a Netflix suspendesse a exibição da série “Round 6”³⁵.

Então, verifica-se que o termo “mercado de ideias” tão utilizado na jurisprudência do STF, conforme indicado no capítulo anterior, não é tão de fácil aplicação na casuística. Somente a título de crítica, Tim WU³⁶ tece um comentário sobre a interpretação simplista da Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos e da expressão “mercado de ideias” oriunda do juiz Oliver Wendell Holmes, visto que as ideias não são totalmente elaboradas com total liberdade, pois os indivíduos estão inseridos em uma estrutura de comunicação em que são bombardeados todos os dias com inserções de informações que impactam em suas vidas:

Meu empenho em analisar essas questões é também o esforço para entender as realidades práticas da liberdade de expressão, em contraste com a sua vida teórica, às vezes podemos entender que estudar a Primeira Emenda equivale a estudar a liberdade de expressão. Os americanos idealizam o que o juiz

³⁴ **Época Negócios**. petição online pede bloqueio da série round 6 na Itália. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Mundo/noticia/2021/10/peticao-online-pede-bloqueio-da-serie-round-6-na-italia.html>. Acesso em 06. nov. 2021.

³⁵ **De Splash**. Vereadores pedem que Netflix retire 'Round 6' em cidade de Santa Catarina. 29 dez. 2021. Disponível em: <https://www.uol.com.br/splash/noticias/2021/10/29/vereadores-cidade-catarinense-round-6.html>. Acesso em 06. nov. 2021.

³⁶ WU, Tim. **Impérios da Comunicação**: do telefone à internet, da AT&T ao Google. Trad. Claudia Carina. Rio de Janeiro: Zahar, 2012. p. 21.

Oliver Wendell Holmes chamou de “mercado de ideias”, um espaço onde, por direito, qualquer integrante da sociedade é livre para manifestar o seu credo. Porém, a forma ou mesmo a existência de qualquer mercado depende totalmente da estrutura das indústrias culturais e da informação.

Passa-se a examinar alguns casos de conteúdos audiovisuais que foram barrados de serem veiculados em rede aberta de televisão ou ensejaram em pedidos de danos morais.

Ainda na já analisada ADI 2.404 que estabeleceu que os horários são meramente indicativos, veja-se que neste julgado do Tribunal Regional da 3ª Região³⁷ o filme “Calígula” foi objeto de ACP ajuizada pela EMBRACE (Equipe Missionária Brasileira de Comunicação Evangélica) para não ser exibido em razão do seu conteúdo erótico e violento. No caso, o Tribunal entendeu que pelo fato da película ter sido exibida após as 23:00h estaria de acordo com a Portaria 773/1990, assim não ocorrendo ato ilícito da emissora pública (Rede OM Brasil de televisão) quanto a exibição do filme.

Esse mesmo filme “Calígula” já tinha sido objeto de embate judicial em 1992, quando o filme foi censurado na exibição por rede aberta da “Empresa Rádio e Televisão OM”, após ACP ajuizada pelo Ministério Público e liminar deferida pelo Juízo de primeiro grau. A decisão liminar persistiu no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro³⁸ com o fundamento de que caberia ao Judiciário a “[.] preservação dos valores morais, sob cujas bases se edificam a sociedade e a família brasileira, evitando

³⁷ BRASIL. Tribunal Regional da 3ª Região. **ACP 15691 SP 2001.03.99.015691-8**. Apelação Cível, Rel. Des. Fed. Lazarano Neto, Sexta Turma, j. 10.06.2010.

³⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Conselho da Magistratura, **processo 372/92**, registrada em 25/09/92, Rel. Des. Ellis Hermydio Figueira, j. em 10.09.1992.

que transmissões, em circuito aberto, penetrem nos lares indefesos, confundindo o ético com a liberdade, o licencioso com a arte cinematográfica”. Este caso chegou ao Superior Tribunal de Justiça (STJ³⁹), contudo não foi conhecido por uma questão de direito processual.

Sobre os casos em plataformas fechadas de conteúdo, como é da espécie *streaming*, são poucos os julgados sobre o tema.

Um desses casos é também da plataforma Netflix quanto à divulgação de imagem na série “Investigação Criminal”, em que o autor da ação requer que seja retirado o episódio da série em que é veiculada a sua imagem sem a sua autorização, bem como requereu a condenação em danos morais por ferimento a sua honra. O Tribunal de Justiça de São Paulo⁴⁰ proferiu acórdão no sentido da ponderação entre os valores da liberdade artística e de imprensa com a proteção à honra do ofendido, sendo que no caso concreto entendeu o tribunal que não houve excesso da série ao retratar as informações e imagens do suspeito do crime - condenado em primeira instância, mas sem trânsito em julgado - , assim prevalecendo o direito da manifestação de pensamento e de imprensa.

Em um dos poucos casos julgados pelo STJ envolvendo humor e direitos da personalidade de forma coletiva é este do time de futebol Botafogo, que em resumo, o time ajuizou ação - pedido de danos morais e lucros cessantes - em face do grupo

³⁹ **Revista do Superior Tribunal de Justiça**. n. 1 . Brasília: STJ, 1989. p. Brasília, a. 8, (77): 65-121, janeiro 1996. pp. 87-88.

⁴⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível 1029952-03.2020.8.26.0100**; Relator (a): Galdino Toledo Júnior; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 40ª Vara Cível; Data do Julgamento: 16/11/2021; Data de Registro: 16/11/2021)

Porta dos Fundos por vídeo veiculado na plataforma *youtube*, pois o time carioca entendeu que o vídeo que promovia humor sobre o excesso de marcas estampadas na camiseta dos jogadores traria menosprezo sobre o time de futebol. O STJ⁴¹ interpretou que o caso envolveria ponderação entre a liberdade de expressão e a proteção à imagem e à marca, sendo entendido no voto relator, Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, que a “[...] produção audiovisual não teve o intuito de vilipendiar a imagem, a reputação ou o símbolo do Botafogo, mas apenas de trazer, em tom humorístico, crítica e reflexão quanto ao excesso de publicidade contida nas camisas de times de futebol”.

Quanto ao uso do humor e seus limites, entende SCHREIBER⁴² que o humor “[...] consiste em legítima manifestação da liberdade de expressão artística e intelectual, consagrada no já citado art. 5º, inciso IX, da Constituição”, além do mais na visão desse autor “[...] atende, ainda, ao interesse coletivo por constituir instrumento importante de fomento à visão crítica, necessária à consolidação do Estado Democrático de Direito”.

Neste outro acórdão do STJ⁴³ de 2005 sobre o direito ao humor, julgou-se o pedido de danos extrapatrimoniais formulado por herdeiros em face de editora de revista humorística, que se utilizou do fato do Barão que construiu uma fortuna

⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1913043/RJ**, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, j. em 11.05.2021.

⁴² SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 3 Ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 93.

⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 736.015/RJ**, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 16.06.2005,

mediante a fábrica de papéis de higiênicos para ser referenciado como “Barão de merda”.

Antes da interposição do recurso especial, o Tribunal já tinha decidido pela preponderância da liberdade artística, como exposto neste trecho: “Animus jocandi, para fazer rir, divertir, ironizar. Não se deve restringir a criação artística ou desestimular os grandes humoristas intelectuais”. A relatora do caso, Min. Nancy Andrighi, em passagem de alta sabedoria no voto, dispõe que não cabe ao Poder Judiciário analisar “se o humor é 'inteligente' ou 'popular'”, sendo que cabe ao magistrado julgar “[...] se houve ou não ofensa a direitos morais das pessoas envolvidas pela publicação”.

Diante dos casos expostos e do pensamento doutrinário, a colisão do direito da liberdade artística deve ser analisada casuisticamente com o direito da imagem e da honra.

5 CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

Ante ao exposto neste artigo, buscou-se inicialmente traçar os relevantes pontos fáticos e processuais do caso “Especial Porta dos Fundos” até o desaguar na Rec. 38.782/RJ e seus fundamentos. Conseqüentemente, analisou-se os relevantes julgados do STF que tratam sobre a liberdade de expressão, liberdade de imprensa e liberdade artística.

Passou-se a analisar a doutrina sobre os conflitos que existem nos casos concretos da proteção à liberdade de expressão e com a proteção dos direitos da

personalidade. Em relação a este capítulo, apresentou-se considerações acerca dos canais de *streaming* e outros julgados, principalmente do STJ, quanto ao pedido de não veiculação em canais abertos da televisão brasileira, bem como em casos que envolvem humor.

Desse modo, a partir dos trechos extraídos do acórdão da Rec. 38.782/RJ, interpreta-se que as plataformas de conteúdo do tipo *streaming* ampliam a liberdade artística na medida em que ainda que o seu conteúdo possa ser considerado se fosse exibido na rede aberta televisiva, nesse tipo de serviço o usuário escolhe se deve ou não assistir.

Obviamente, considerando a jurisprudência aludida neste artigo do STF, não se poderia se exibir conteúdo que faça apologia ao discurso de ódio ou práticas ilícitas, independente se o conteúdo é exibido em rede aberta de televisão ou em plataforma fechada de *streaming*, tendo em vista que a liberdade artística tem limites.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad.: Virgílio Afonso da Silva da 5ª Ed. alemã. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90.

BARROSO, L. R. Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In. SARLET, I. **Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação**. Algumas aproximações. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. 63-100.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 130/DF**, Rel. Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, j. 30.4.2009.

- _____. **ADI 2.404/DF**, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. 31.08.2016.
- _____. **ADI 4.451/DF**, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, j. 21.06.2018.
- _____. **ADI 4.815/DF**, Rel. Min. Cármen Lúcia. Plenário, j. 10.06.2015.
- _____. **ADI 4451/DF**, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, j. 21.06.2018.
- _____. **ADPF 187/DF**, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 15.06.2011.
- _____. **ADPF 614/DF**, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, j. 16.12.2020.
- _____. **HC 82.424/RS**, Rel. Min. Moreira Alves, Red. para acórdão Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, j. 17.09.2003.
- _____. **MCREC 36.742/RJ**, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 08.09.2019.
- _____. **MCSL 1.178/PR**, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 28.09.2019.
- _____. **MCSL 1.248/RJ**, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 08.07.2019.
- _____. **REC 15887/DF**, Rel. Min. Luiz Fux, j. 19.06.2013.
- _____. **REC 32.035/PR**, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 28.09.2018.
- _____. **REC 42155/ES**, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, j. 17.11.2020.
- _____. **RHC 146.303/RJ**, Rel. Min. Edson Fachin, Red. para acórdão Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, j. 06.03.2018
- _____. **ADI 4.815/DF**, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, j. 10.06.2015.
- _____. **HC 83.996/RJ**, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, j. 17.08.2004.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1559264/RJ**, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Segunda Seção, j. em 08.02.2017.
- _____. **REsp 736.015/RJ**, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 16.06.2005.

_____. **REsp 1913043/RJ**, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, j. 11.05.2021.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **ACP n° 0332259-06.2019.8.19.0001**. Cartório da 16ª Vara Cível da Capital. j. 19.12.2019.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **AI n° 0083896- 72.2019.8.19.0000**. Sexta Câmara Cível. Des. Benedicto Abicair. Decisão Monocrática, j. 08.01.2020.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Conselho da Magistratura, **processo 372/92**, registrada em 25/09/92, Rel. Des. Ellis Hermydio Figueira, j. 10.09.1992.

_____. Tribunal Regional da 3ª Região. **ACP 15691 SP 2001.03.99.015691-8**. Apelação Cível, Rel. Des. Fed. Lazarano Neto, Sexta Turma, j. 10.06.2010.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível 1029952-03.2020.8.26.0100**; Relator (a): Galdino Toledo Júnior; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 40ª Vara Cível; j. 16.11.2021.

CANOTILHO, Gomes. J.J. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7ª Ed (11ª Reimp). Coimbra (Portugal): Almedina, 2012. p. 1125.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Liberdade de expressão: direitos da personalidade e as biografias não autorizadas. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, v. 44/45, p. 201-237, 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. Direito à Comunicação: liberdade, a farsa e a tragédia. Prefácio in: LIMA, V. A de. **Liberdade de Expressão x Liberdade de Imprensa**. Direito à Comunicação e Democracia. São Paulo: Publisher Brasil, 2010.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Otto-Preminger Institute v Áustria**, Sentença em 20 set. 1994.

De Splash. Vereadores pedem que Netflix retire 'Round 6' em cidade de Santa Catarina. 29 dez. 2021. Disponível em: <https://www.uol.com.br/splash/noticias/2021/10/29/vereadores-cidade-catarinense-round-6.html>. Acesso em 06. nov. 2021.

Época Negócios. petição online pede bloqueio da série round 6 na Itália. Disponível em:

<https://epocanegocios.globo.com/Mundo/noticia/2021/10/peticao-online-pede-bloqueio-da-serie-round-6-na-italia.html>. Acesso em 06. nov. 2021.

LOPES, Carla Práticia Frade Nogueira. **Direito do credor e dignidade do devedor.** In: Responsabilidade Civil e inadimplemento no direito brasileiro. Coord.: Fátima Nancy Andrighi. São Paulo: Atlas, 2014.

Revista do Superior Tribunal de Justiça. n. 1 . Brasília: STJ, 1989. p. Brasília, a. 8, (77): 65-121, janeiro 1996.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade.** 3 Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

STOCCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil,** 6ª ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

WU, Tim. **Impérios da Comunicação:** do telefone à internet, da AT&T ao Google. Trad. Claudia Carina. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.