



LEI ANTIBAIXARIA: UMA PONDERAÇÃO AOS EXCESSOS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Daniela Oliveira Rodrigues Costa¹

RESUMO

A Liberdade de Expressão é o direito básico de todo sujeito se manifestar livremente, expressar suas opiniões e crenças, receber ideias e informações através do meio artístico, da linguagem oral e escrita, bem como qualquer outro meio de comunicação, independentemente de licença ou censura. O Princípio da Proporcionalidade estabelece um parâmetro de ponderação para que o poder estatal proteja o direito fundamental e busque uma relação proporcional entre meio e fim, de modo, que o dano que sobrevier não cause grande ofensa ao direito que foi vencido. A balança de aplicação do postulado normativo da proporcionalidade, por metáfora, deverá conter em um dos pratos a proibição do excesso na ação estatal (*ubermassverbot*) e, no outro, a proibição da proteção insuficiente ao bem jurídico individualmente tutelado (*untermassverbot*). A Lei Antibaixaria, tem por finalidade coibir a Administração Pública de contratar artistas que contenha em seus repertórios musicais que desvalorizem, incentive a violência ou exponham às mulheres a situação de constrangimento, e manifestações de homofobia ou discriminação racial, bem assim apologia ao uso de drogas ilícitas.

Palavras-chave: Estado. Música. Proporcionalidade. Ofensa.

¹ Discente do Curso de Bacharelado em Direito da Faculdade Guanambi.

1 INTRODUÇÃO

Recebe o nome de liberdade de expressão o direito básico de todo o sujeito de se manifestar livremente, expressar suas opiniões e crenças, receber ideias e informações, por meio da linguagem oral ou escrita, do meio artístico, bem como qualquer outro meio de comunicação, independentemente de licença ou censura. O direito de liberdade de expressão é assegurado no artigo 5º, inciso IV, da Constituição Federal Brasileira, e em seus termos dispõe que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”. Já o inciso IX, desse mesmo artigo, aduz: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica, independente de censura ou licença”.

A declaração do direito de liberdade prevista no artigo 5º da Constituição Federal Brasileira não é absoluta, ela é limitada, basta observar que o inciso IV deste artigo, declara a livre manifestação do pensamento, todavia veda o anonimato, e mais adiante o inciso X, impõe responsabilidades para aquele que violar a intimidade, a honra ou a imagem de outrem.

Diante do exposto, far-se-á se necessário uma ponderação aos excessos da liberdade de expressão, de modo que ao limitar não restrinja essa garantia constitucional, e ao se expressar, criar, ou comunicar, não profane o direito alheio.

Desse modo, evidencia-se a influência e a imprescindível análise do Princípio da Proporcionalidade, que se iniciou na França e deitou suas raízes na Alemanha. A doutrina alemã descreveu-o, em regra, como um conjunto de três subprincípios, sendo eles: a adequação, necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Ademais, o objetivo de consubstanciação dos direitos fundamentais reclama, à luz do princípio da proporcionalidade, um equilíbrio nas ações estatais, ou seja, uma espécie de intervenção limitada. Sendo assim, não se pode admitir que o Estado, sob o argumento de proteção, atinja de modo ainda mais gravoso outro direito fundamental. Há de se falar, então, na proibição do excesso na ação estatal (*ubermassverbot*), bem como, na proibição da proteção insuficiente de determinado direito fundamental (*untermassverbot*).

Na busca por um equilíbrio de valores, a Deputada Estadual Luiza Maia (PT) criou o projeto de lei (PL) 19.237/11 que foi aprovado pela Assembleia Legislativa da Bahia, tornando-se Lei Estadual de nº 12.537/2012. O texto dessa lei proíbe a contratação com verba pública de artistas que tenham, em seus repertórios, músicas com conteúdos ofensivos às mulheres ou gays, ou que incitam qualquer forma de violência. Essa Lei já vigora na Bahia há mais de cinco anos. Ocorre que, hodiernamente, um novo Projeto de Lei



tombado sob o nº 622/2015, apresentado à Câmara dos Deputados pela Deputada Federal Moema Gramacho do Partido dos Trabalhadores (PT), tramita na Comissão de Trabalho de Administração e Serviço Público (CTASP), e caminha no intuito de abranger as mesmas regras da lei anteriormente apontada a todo território nacional.

2 BREVE HISTÓRICOS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A Revolução Francesa foi o grande marco para a história da liberdade de expressão, pois ela defendia valores que impactaram a sociedade contemporânea, e contribuiu imensamente para a construção de uma sociedade democrática.

Rawls, apud Smith, assevera sobre liberdade de expressão:

John Rawls observa que, ao longo da história do pensamento democrático, o foco esteve em conseguir não a liberdade no geral, mas certas liberdades específicas encontradas em manifestos e na Declaração de Direitos. Rawls identifica certas “liberdades básicas”: liberdade política (direito ao voto e a um cargo público), liberdades de pensamento, consciência, expressão, associação, reunião, profissão, direito de ir e vir; proteção contra agressão física, opressão psicológica, apreensão e detenção arbitrárias; direito à propriedade. Estas são as mais importantes, nas quais todos os seres humanos têm um interesse fundamental. O primeiro princípio de justiça social de Rawls exige que cada cidadão tenha suas liberdades básicas justas garantidas (RAWLS, 2009 apud SMITH, 1971/1999).

A liberdade de expressão no Brasil foi um direito garantido desde a Constituição do Império e prevaleceu até a Constituição de 1937. Outrora, durante o governo do presidente Vargas, período esse que também ficou conhecido como Estado Novo, essa garantia deixou de existir. A liberdade de expressão passou a ser reprimida pela censura, que por sua vez, passou a impedir que determinadas informações ou reproduções fossem publicadas.

A Constituição de 1946 apresentou o período da redemocratização, desde então a manifestação do pensamento ganhou forças dentro do novo ordenamento jurídico. Já a Constituição de 1967 não retirou do seu texto o princípio da liberdade do pensamento, no entanto restringiu sua aplicação, limitando esse direito para que ele não fosse contrário à norma de ordem pública e dos bons costumes.

Se a liberdade de expressão e de informação, nos seus primórdios, ligada à dimensão individualista da manifestação livre do pensamento e da opinião, viabilizando a crítica política contra o ancien regime, a evolução daquela liberdade operada pelo direito/dever à informação, especialmente com o reconhecimento do direito ao público de estar suficientemente e corretamente informado; àquela dimensão individualista-liberal foi acrescida uma outra dimensão de natureza coletiva: a de que a liberdade de expressão e informação contribui para a formação da opinião



pública pluralista – esta cada vez mais essencial para o funcionamento dos regimes democráticos, a despeito dos anátemas eventualmente dirigidos contra a manipulação da opinião pública (FARIAS, 2000, p.166-167).

Desse modo, a liberdade de expressão e informação, alargada desse prisma de corporação que participa de forma decisiva na orientação da opinião pública na sociedade democrática, passa a ser apreciada como um item protetor da democracia pluralista e como proposição para o exercício de outros direitos fundamentais. O homem caracterizado por uma dimensão de sociabilidade, traz consigo interesse em expandir seu pensamento, visando o direito de propagar suas opiniões, fundado na concepção de uma sociedade valorativa de crenças e costumes. Sousa traça a ideia de que a Liberdade:

(...) consiste no direito à livre comunicação espiritual, no direito de fazer conhecer aos outros o próprio pensamento (na fórmula do art. 11º da Declaração francesa dos direitos do homem de 1789: a livre comunicação de pensamentos e opiniões). Não se trata de proteger o homem isolado, mas as relações interindividuais ('divulgar'). Abrangem-se todas as expressões que influenciam a formação de opiniões: não só a própria opinião, de caráter mais ou menos crítico, referida ou não a aspectos de verdade, mas também a comunicação de factos (informações) (SOUSA, 1984, p.137).

Salienta-se ainda, que encontra amparo no conteúdo da liberdade de expressão a proliferação por todos os meios possíveis, abarcando não apenas a palavra escrita ou falada, mas o conjunto por inteiro de gestos, desenhos, gravuras, pinturas, e porque não dizer o silêncio, posto dentro de uma determinada concepção.

Toda essa evolução histórica do direito de Liberdade de Expressão contribuiu de forma significativa para que esse direito fosse consagrado como garantia fundamental na Constituição Federal Brasileira de 1988.

2.1 A liberdade de expressão como garantia constitucional

A liberdade de expressão pode ser compreendida como uma série de direitos associados às liberdades de comunicação. O direito de expressar-se livremente agrega diferentes “liberdades fundamentais que devem ser asseguradas conjuntamente para garantir a liberdade de expressão no seu sentido total” (MAGALHÃES, 2008). Esses direitos propagam à proteção daqueles que emitem e recebem informações, críticas e opiniões.

Nesse sentido, Badeni ressalta que:

É evidente que o reconhecimento legal da liberdade de expressão do pensamento configura uma das conquistas mais importantes que o homem obteve em sua permanente luta pela dignidade. Com maior razão em um sistema



democrático constitucional, que pressupõe a coexistência de uma pluralidade de opiniões na sociedade, de diversos conceitos, juízos e ideias (BADENI, 2002, p.15).

Ademais, no ordenamento jurídico contemporâneo, a liberdade de expressão respalda-se, em sentido amplo, em um conjunto de prerrogativas associado às liberdades de comunicação, que compreendem: a liberdade de expressão em sentido estrito (em outras palavras, de manifestação do pensamento ou de opinião), a liberdade de criação e de imprensa, e também o direito de informação.

A Constituição Federal de 1998 assegura a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística e de comunicação, conforme dispõe o artigo 5º, IX. Quando se refere à criação intelectual é dada ao indivíduo a liberdade de criação de qualquer coisa, desde que essa criação não venha a prejudicar a sociedade. Em relação à criação artística, científica e a comunicação, é vedada o abuso destes direitos sendo limitada a liberdade de criar e comunicar (RIBEIRO, 2009).

Silva complementa ao expor que:

As manifestações intelectuais, artísticas e científicas são formas de difusão e manifestação do “pensamento”, tomando esse termo em sentido abrangente dos sentimentos e dos conhecimentos intelectuais, conceptuais e intuitivos (SILVA, 2007, p.98).

A liberdade de expressão abarca a vontade de criar, de se expressar, de comunicar, e tudo isso parte de valores culturais, que é a manifestação coletiva de uma sociedade, compreendendo o comportamento individual, bem como o coletivo.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 dispõe em seu respectivo texto a previsão de equilíbrio entre direitos fundamentais:

Art. XXIX - (...) No exercício de seus direitos e liberdades, toda pessoa estará sujeita apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e o respeito do direito e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem estar numa sociedade democrática.

Segundo Mendes, Coelho e Branco (2008, p.360), a liberdade de expressão, “agasalha toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público, ou não, de importância e de valor, ou não”.

3 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA DOUTRINA ALEMÃ E NA



CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA

A trajetória do princípio da proporcionalidade iniciou-se na França, mais ainda tão somente como princípio do Direito Administrativo, mas, em decorrência da inexistência de um controle de constitucionalidade repressivo, ou seja, posterior neste país, impossibilitou o desenvolvimento da discussão do princípio em sede constitucional. Desse modo, a constitucionalização do princípio da proporcionalidade somente teve êxito com o fim da Segunda Guerra Mundial, na Alemanha.

Bonavides destaca a importância alemã para o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade:

A Alemanha é o país onde o princípio da proporcionalidade deitou raízes mais profundas, tanto na doutrina como na jurisprudência. Talvez seja aquele que primeiro guardou consciência da importância de sua natureza de princípio constitucional nessa segunda metade do século XX, embora a respectiva introdução do Direito Constitucional haja ocorrido primeiro na Suíça (BONAVIDES, 2006, p.407).

A doutrina alemã descreveu o princípio da proporcionalidade, como um conjunto de três subprincípios, sendo ele: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

No tocante a origem do Princípio da Proporcionalidade, evoca-se à lição de Canotilho, lembrando que:

O princípio da proporcionalidade dizia primitivamente respeito ao problema da limitação do poder executivo, sendo considerado como medida para as restrições administrativas da liberdade individual. É com esse sentido que a teoria do estado o considera, já no século XVIII, como máxima supra-positiva, e que ele foi introduzido, no século XIX, no direito administrativo como princípio do direito de polícia. Posteriormente, o princípio da proporcionalidade em sentido amplo, também conhecido por princípio da proibição de excesso (Übermassverbot), foi erigido à dignidade de princípio constitucional (CANOTILHO, 1988, p.259).

O princípio da proibição de excessos tem como parâmetro, frear o Estado, com a finalidade de garantir liberdades individuais aos cidadãos, evitando que este cometa excessos em razão daquele, seja preventivamente, seja repressivamente. O objetivo é assegurar as liberdades costumeiras dos indivíduos, posto que o Estado seja mais resistente, mais veemente em relação ao cidadão.

Ainda sobre o desdobramento do princípio da proporcionalidade, Streck aduz:

Há que se ter claro, portanto, que a estrutura do princípio da proporcionalidade não



aponta apenas para a perspectiva de um garantismo negativo (proteção contra os excessos do Estado), e, sim, também para uma espécie de garantismo positivo, momento em que a preocupação do sistema jurídico será com o fato de o Estado não proteger suficientemente determinado direito fundamental, caso em que estar-se-á em face do que, a partir da doutrina alemã, passou-se a denominar de “proibição de proteção deficiente” (Untermassverbot) (STRECK, 2011, p.8).

Em se tratando deste subprincípio, o Estado passa a incomodar-se com o que atinge o direito fundamental do indivíduo, a assistência que ele deve ter em relação às garantias dada às pessoas para que essas não sejam insuficientes, ou seja, o Estado deve ter uma proteção eficiente dos direitos fundamentais dado às pessoas, observando se ainda, se tais medidas não são insuficientes.

Mendes elucidada a ideia de excesso de proibição e proibição deficiente, com base no direito constitucional alemão, que foi o primeiro a tratar expressamente do assunto:

A doutrina identifica como típica manifestação do excesso de poder legislativo a violação do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso (Verhältnismässigkeitsprinzip; Übermassverbot), que se revela mediante contraditoriedade, incongruência e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins. No direito constitucional alemão, outorga-se ao princípio da proporcionalidade (Verhältnismässigkeits) ou ao princípio da proibição de excesso (Übermassverbot) qualidade de norma constitucional não escrita. Dado o conceito dos princípios de proibição de excesso e de proteção deficiente ou insuficiente, pode-se concluir que o Estado, por meio das criminalizações primária e secundária, deve ter sua atuação norteada pelo que ensina o movimento garantista (negativa e positivamente), assegurando o pleno gozo dos direitos fundamentais, em seu duplo viés (MENDES, 2009, p.356-357).

A proporcionalidade e o objetivo de consubstanciação dos direitos fundamentais ocasionam a conservação de um equilíbrio nas ações estatais, ou seja, uma espécie de intervenção limitada. Sendo assim, não se pode admitir que o Estado, sob o argumento de proteção, atinja de modo ainda mais gravoso outro direito fundamental.

Diante do acima exposto, denomina-se que no princípio da proibição de excesso (übermassverbot) – o Estado não pode ir além do necessário e adequado, como esclarece Sarlet:

[...] para a efetivação de seu dever de proteção, o Estado – por meio de um dos seus órgãos ou agentes – pode acabar por afetar de modo desproporcional um direito fundamental (inclusive o direito de quem esteja sendo acusado da violação de direitos fundamentais de terceiros). Esta hipótese corresponde às aplicações correntes do princípio da proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade das medidas restritivas de direitos fundamentais que, nesta perspectiva, atuam como direitos de defesa, no sentido de proibições de intervenção (portanto, de direitos subjetivos em sentido negativo, se assim preferirmos). O princípio da proporcionalidade atua, neste plano (o da proibição de excesso), como um dos principais limites às limitações dos direitos fundamentais, o que também já é



de todos conhecido e dispensa, por ora, maior elucidação (SALERT, 2008, p. 155).

Nos dias atuais, o princípio constitucional da proporcionalidade passou a ser um princípio universal, o que significa dizer que este se faz presente na esfera de vigência das constituições dos estados democráticos de Direito.

Percebe-se que, o princípio da proporcionalidade não se encontra expresso na Constituição Federal Brasileira, no entanto, esta circunstância não impede seu reconhecimento, sendo assim dispõe o §2º, do artigo 5º, "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados (...)". A partir desse contexto da Magna Carta de 1988, podemos observar que mesmo os princípios não estando explícitos em sua redação deverão ser reconhecidos e por consequência respeitados.

Larenz (1997, p.606), considera o princípio da proporcionalidade em posição de superioridade em relação aos demais princípios jurídicos gerais e do Estado de Direito, no que diz respeito a sua "exigência da medida indicada, da adequação entre meio e fim, do meio mais idôneo ou da menor restrição possível do direito ou bem constitucionalmente protegido que, no caso concreto, tem de ceder perante outro bem jurídico igualmente protegido".

Ainda em conformidade com o pensamento do autor acima citado:

(...) o princípio da proporcionalidade, na sua formulação mais geral, em que requer ou exige apenas uma relação adequada entre meio e fim e que o dano que sobrevenha não esteja sem relação com o risco que deveria ser afastado, aparece como um princípio aberto, porque nestes casos não é indispensável uma avaliação adicional. Não se trata aqui de outra coisa senão da ideia da justa medida, do equilíbrio, que está indissociavelmente ligada à ideia de justiça (LARENZ, 1997 p.606).

A intensão do princípio da proporcionalidade é buscar uma relação ponderada entre meio e fim, de modo que o dano que sobrevier não cause grande ofensa ao direito que foi vencido.

Nesse sentido, o posicionamento de Barros aduz que:

O Princípio da Proporcionalidade como uma das várias ideias jurídicas fundantes da Constituição, tem assento justamente aí, neste contexto normativo no qual estão introduzidos os direitos fundamentais e os mecanismos de respectiva proteção. Sua aparição se dá a título de garantia especial, traduzida na exigência de que toda a intervenção estatal nessa esfera se dê por necessidade, de forma adequada e na justa medida, objetivando a máxima eficácia e otimização dos vários direitos fundamentais concorrentes (BARROS, 1996, p.89 e 90).



Partindo desse pressuposto, chegamos a uma análise de que o princípio da proporcionalidade busca um balanceamento entre a intervenção do estado e a necessidade dele se intervir de maneira adequada.

Segundo refere Buechele:

(...) a idéia de proporcionalidade, além de consagrada constitucionalmente no ordenamento jurídico brasileiro (art. 5º, inciso LIV), mostra-se também presente nos demais campos do Direito, dando azo à declaração dos atos e das regras que violarem o conteúdo daquele princípio, insitamente relacionado à própria noção de justiça. (BUCHELE, 1999, p.151).

Consequentemente, como se observa, o princípio da proporcionalidade, não é apreciado somente a nível constitucional, mas sim, em vários ramos do Direito, na constante busca pela melhor solução possível.

3.1 Os elementos ou sub-princípios da proporcionalidade: a adequação; a necessidade; e a proporcionalidade em sentido estrito

Os bens e valores que são tutelados pelos princípios constitucionais que se confrontam, buscam precisamente o emprego do princípio da proporcionalidade que é subdividido em: adequação ou idoneidade, ou ainda, conformidade; necessidade ou exigibilidade e finalmente o da proporcionalidade em sentido estrito.

Stumm (1995, p.72) preleciona que, “de acordo com o princípio da conformidade ou da adequação, os meios utilizados à consecução de um fim devem ser adequados e suficientes ao que se visa concretizar”, propiciando dessa forma uma relação de adequação, meio e fim.

No tocante a necessidade aduz Guerra Filho:

O princípio da necessidade, também conhecido como princípio da exigibilidade, da indispensabilidade, decorre da necessidade máxima, conforme a qual a intervenção apenas deve ocorrer quando for extremamente necessária à proteção do interesse público e ser a menor possível no que se refere aos direitos do indivíduo (GUERRA FILHO, p.79, 1997).

Em relação ao princípio da proporcionalidade *Stricto Sensu*, Stumm, explica que ele deve:

(...) ser compreendido com o princípio da ‘justa medida’, pois ao concluir-se a adequação e a necessidade da medida interventiva do Poder Público para chegar a certa finalidade, ainda assim é necessário questionar-se quanto ao resultado, melhor dizer, proveito, a ser obtido com a intervenção. Estabelece esse princípio, que na relação meio-fim haja uma harmonia plausível, coerente (STUMM, p.85, 1995).



A diferença entre o princípio da necessidade, e o princípio da proporcionalidade stricto sensu, para Barros (1996, p. 81), “(...) reside no fato de que a necessidade cuida de uma otimização com relação a possibilidades fáticas, enquanto o princípio da proporcionalidade stricto sensu apenas envolve a otimização de possibilidades jurídicas”.

A ponderação é a forma de avaliar se os meios utilizados são proporcionais ou não em relação à finalidade atingida. Nessa mesma linha de raciocínio, Canotilho relata que:

“(...) os meios e fins são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objetivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de ‘medida’ ou ‘desmedida’, para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim” (CANOTILHO, p.263).

É necessário verificar se há vantagens e desvantagens resultantes para o cidadão ou para a sociedade em geral, analisar também, se os meios utilizados pelo legislador visa obter os fins estimados pela norma constitucional.

4 A LEI ANTIBAIXARIA: DA LIBERDADE AO LIMITE

A Lei de nº 12.537 de 11 de Abril de 2012, de autoria da Deputada Estadual Luiza Maia do PT, foi batizada como a Lei Antibaixaria. O fundamento dessa lei é a proibição de uso de recursos públicos para contratação de artistas que em suas músicas, incentivem a violência ou exponha às mulheres a situação de constrangimento, ou contenha manifestações de homofobia discriminação racial ou apologia do uso de drogas. Nesses termos dispõe a lei 12.537/11:

Art. 1º – É vedada a utilização de recursos públicos estaduais para contratação de artistas que, no cumprimento do objeto do contrato, apresentem músicas que desvalorizem, incentivem a violência ou exponham às mulheres a situação de constrangimento.

§ 1º – O disposto neste artigo aplica-se também a manifestações de homofobia ou discriminação racial, bem assim apologia ao uso de drogas ilícitas.

§ 2º – É obrigatória a inclusão em contrato de cláusula para cumprimento do disposto neste artigo, sujeitando o responsável pela contratação, em caso de omissão, a multa no valor de R\$10.000,00 (dez mil reais).

§ 3º – Na hipótese de descumprimento por parte do contratado, este ficará sujeito ao pagamento de multa no valor equivalente a 50% (cinquenta por cento) do valor do contrato.

Art. 2º – O Poder Executivo poderá regulamentar a presente Lei, estabelecendo, na oportunidade, o órgão diretamente responsável pelo seu cumprimento, bem assim a destinação do valor resultante da aplicação da multa prevista no § 2º do art. 1º.

Art. 3º – Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.



É de extrema importância, que se cobrem as providências acerca das questões acima suscitadas, ao lançar políticas de gênero, o País acaba por assumir a responsabilidade de eliminar as desigualdades. Indo mais além, há de se destacar que existem inúmeras formas lúcidas e criativas de festejar a alegria sem expor o ser feminino às circunstâncias pejorativas (MAIA, Luiza, 2011).

Nessa perspectiva, Maia complementa que:

Como pode o Estado, que inegavelmente deve funcionar como agente indutor das manifestações culturais, investir dinheiro público na contratação de artistas que, de uma forma ou de outra, subjuga o ser feminino? Ora, o papel do Poder Público não é o de agir para eliminar quaisquer formas de preconceito e discriminação? Mas, revertendo fatias do erário para o pagamento de cachês a grupos que reduzem a mulher a um “pedaço de carne”, o governo não está reforçando e fomentando o preconceito? (MAIA, 2011, p.2).

De fato, a lei não proíbe a veiculação das músicas na mídia, ou sua execução em locais abertos, a coibição é para que os órgãos públicos, não disponham de subsídios com dinheiro do povo para artistas, que componham ou gravem músicas, a qual venham banalizar a ofensa e propagar a hostilização.

A multa prevista pela lei é equivalente a 50% do cachê da banda ou do artista quando em suas apresentações contiverem músicas de teor machista, homofóbico, racista ou que incentive o uso de drogas ilícitas, e em casos de omissão do governo, o gestor será multado em R\$ 10 mil. Ocorre que essa lei já vigora na Bahia há mais de cinco anos, no entanto ela não tem efeito prático, pois a legislação não foi regulamentada pelo governo estadual, bem como não foi definido um órgão responsável para fiscalizar e nem para destinar multa que seria aplicada em bandas e artistas que descumprissem a lei.

A autora do projeto de lei a deputada estadual Luiza Maia (PT), leva em consideração, que mesmo sem regulamentação, a lei teve um “efeito simbólico” ao trazer a discussão para o centro do debate público, aduzindo ainda nunca ter tido “a ilusão de que a lei fosse mudar uma cultura secular de machismo, mas houve avanço”.

Apesar da falta de fiscalização, todos os contatos efetuados para contatar os artistas contém uma cláusula proibindo a execução de músicas com teor ofensivo.

4.1 Controvérsia da lei antibaixaria

Aqueles que são contrários ao teor dessa lei, tem como principal fundamento a



inconstitucionalidade que ela apresenta, haja á vista a controvérsia, pela repressão ou censura causada ao meio artístico.

Alguns parlamentares já declararam que é contra esse preceito, porque acredita queo mesmo fere a constituição, como é o caso do Deputado Luciano Simões (PMDB), para ele o projeto “é totalmente inconstitucional, ele fere a propriedade intelectual, também tenta legislar sobre censura, e a censura também é matéria de Competência Federal, então a sessão é praticamente iníqua, porque não tem sentido jurídico nenhum, nem também sentido político”.

Em seu pronunciamento no plenário, o Deputado Elmar Nascimento (PR), deixa claro que: "Nenhum deputado é favorável à violência contra a mulher, mas temos de observar o artigo 5º da Constituição, que diz ser livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura ou licença". Já para o antropólogo Roberto Albergaria, da Universidade Federal da Bahia (Ufba), tal projeto seria uma ameaça de direitos, e disse ver nele "um precedente perigoso para a democracia".

A autora do projeto de lei faz sua defesa, aduzindo que de modo algum: "não admite censura" – tendo em vista que seu projeto não segue por esse caminho, sendo assim, não faz jus ao impedimento da produção intelectual. Segundo ela, o texto "apenas proíbe que a administração pública invista em bandas cujas músicas reduzem a mulher a peito, bunda e genitália".

Indo mais além, a deputada, não se intimida ao argumentar:

Quem quiser ouvir baixarias com o próprio dinheiro, que ouça! Agora dinheiro público financiar artistas que reforçam o preconceito, que reforçam a discriminação contra a mulher, que desvaloriza a mulher, e que nos rebaixa a posição de objeto, e ainda por cima incentiva à violência contra a mulher, é muito contraditório (MAIA, 2011).

Luiza Maia, contou com o apoio da Ordem dos Advogados do Brasil na Bahia (OAB – BA), e com o do Ministério Público. Alguns cantores da Bahia, dentre eles, Gerônimo, Margareth Menezes, e MagaryLord, se empenharam para que houvesse a aprovação do projeto. Em contrapartida, os grupos apelidados de pagode baiano, como Black Style e Parangolé se oporão, na vertente de serem os principais alvos atingidos pela lei.

O Secretário de Educação da Bahia Osvaldo Barreto partiu do pressuposto, que a interpretação da música condiciona: “É muito difícil definir o que é baixaria ou não”. A criadora do projeto reconhece a dificuldade advinda, no entanto, não idealiza privilégios: "São



contextos diferentes, mas se eu tiver de brigar com Chico Buarque ou Caetano Veloso, eu brigo".

A luta pela mulher continua, essa lei é de fundamental importância, espera-se que ela seja um passo largo para o fim da violência, mas não há de se negar que o caminho a ser percorrido é longo (MAIA, 2011).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando o que fora abordado, é possível verificar a importância da liberdade de expressão para a existência de uma sociedade democrática. E diante disso, considerar que, em um contexto que exista conflito de formas de interpretação, envolvendo direitos diferentes, invoca-se dispositivos contidos na Constituição, busca-se uma ponderação, com a finalidade de minimizar um direito, para que haja a aplicação do outro.

No que tange o princípio da proporcionalidade, vislumbra-se a limitação da atuação do Estado, mostrando que ele não pode cometer excessos ao intervir, bem como não deve proteger insuficientemente. Em outras palavras, se o poder estatal age com repressão ao direito da liberdade de expressão, há de se falar de uma negação imposta ao direito adquirido, por outro lado, se o Estado não protege o direito ameaçado, e não faz jus às ofensas difundidas pela música às mulheres e aos gays, e as manifestações de homofobia ou discriminação racial, e também apologia ao uso de drogas ilícitas, nesse caso, deparar-se-á com a violação dos direitos e garantias fundamentais previstas constitucionalmente.

A Lei Antibaixaria, está sendo vista como importante meio de amparar a proteção do direito da classe minoritária em face de eventual afronta cometida pelas músicas. Se o Estado de fato se empenhar para que ocorra a aplicabilidade efetiva dessa norma, e não dispuser de dinheiro público para a contratação de artistas que contenham em seus repertórios composições lesivas ao direito de outrem, conseqüentemente haverá uma redução significativa de canções com conteúdo ofensivo nas criações e apresentações do meio artístico.

REFERÊNCIAS

BADENNI, G. **Tratado de Liberdade de Prensa**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2002.



BARROS, S. T. **O Princípio da Proporcionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRANCO, Paulo G. G. COELHO, I. M. MENDES, G. F. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 356-357.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1998.

BUECHELE, P. A. T. **O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição**. Apresentação Marçal Justen Filho, Prefácio Luis Roberto Barroso, RJ. Ed. Renovar, 1999.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e a teoria da Constituição**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 1988.

CHIZZOTTI, A. A Pesquisa em ciências humanas e sociais. 5ª ed. São Paulo: Cortez, 2003.

FARIAS, E. P. Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. 2ª ed. atual. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2000.

FOLHA DE S. PAULO. Lei baiana 'antibaixaria' na música completa 5 anos sem fiscalização. 2017. Disponível em:
<<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/02/1860797-lei-baiana-antibaixaria-na-musica-completa-5-anos-sem-fiscalizacao.shtml/>>. Acesso em: 20 de nov. de 2017

GUERRA FILHO, W. S. Ensaio de Teoria Constitucional. Fortaleza, UFC, Imprensa Universitária, 1997.

LARENZ, K. Metodologia da ciência do direito. 3 ed. Trad. José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Direito constitucional: curso de direitos fundamentais. 3. ed. São Paulo: Método, 2008.

MAIA, L. **Projeto de Lei 19.203**. Salvador, 2011.



MENDES, G. F. COELHO, I. M. BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. 2ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

RIBEIRO, M. V. **Direitos Humanos e Fundamentais**. 2ª ed. Campinas; Russell Editores, 2009.

SARLET, I. W. **Direitos Fundamentais e Proporcionalidade**: notas a respeito dos limites e possibilidades de aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal. In: Revista da Ajuris, v. 35, nº 109, março 2008. p. 155.

SILVA, J. A. **Curso de direito Constitucional Positivo**. 16ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, J. A. **Curso de direito constitucional positivo**. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOUSA, N. **A liberdade de imprensa**. 1ª ed. Lisboa; Coimbra: Coimbra, 1984.

STRECK, L. L. **Bem jurídico e Constituição**: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Disponível em: <<https://ensaiosjuridicos.wordpress.com/2013/04/20/bem-juridico-e-constituicao-da-proibicao-de-excesso-ubermassverbot-a-proibicao-de-protecao-deficiente-untermassverbot-ou-de-como-nao-ha-blindagem-contra-normas-penais-inconstitucionais-lenio-lu/>>. Acesso: 19 março 2016.

STUMM, R. D. **Princípio da Proporcionalidade**. POA: Livraria do Advogado, 1995.

WORDPRESS. Identificação da Controvérsia. 2012. Disponível em: <<https://antibaixaria.wordpress.com/a-lei/>>. Acesso em: 18 de nov. de 2017.



ANTIBAIXARIA LAW: A PONDERATION TO THE FREEDOM OF EXPRESSION EXCESSES

ABSTRACT

The Freedom of Speech is the basic right of every person to speak freely, express their opinions and beliefs, receive ideas and information through the artistic environment, the oral and written language, as well as any other way of communication, regardless of license or censorship. The Principle of Proportionality establishes a weighting parameter for the state power to protect the fundamental rights and to seek a proportional relation between ends and means, in a way that the damage that occurs does not cause great offense to the right that was won. The scale of application of the legal principle of proportionality, by metaphor, shall contain in one of the dishes the prohibition of excess in state action (*ubermassverbot*) and, on the other, the prohibition of insufficient protection to the legal property individually tutored (*untermassverbot*). The Antibaixaria Law aims to curb the Public Administration to hire artists that contains in their repertoires songs that devalue, encourage violence or expose women in an embarrassing situation, demonstration of homophobia or racial discrimination, as well as apology to the use of illegal drugs.

KEYWORDS: Music. Offense. Proportionality. State.

