



O DIREITO À PORNOGRAFIA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO REPUBLICANA DE 1988

THE RIGHT TO PORNOGRAPHY IN THE LIGHT OF THE REPUBLICAN CONSTITUTION OF 1988

Anita Brum¹
Jéssica Levkowicz das Chagas²
Daniela Richter³

RESUMO

O presente estudo buscou discorrer acerca da averiguação da existência de garantias constitucionais aos brasileiros que contemplem o seu direito de acesso à pornografia, com base teórica nas discussões de Ronald Dworkin e Michel Foucault. Buscou-se identificar se o direito à pornografia, pautado na tão polêmica e controversa história da sexualidade, está respaldado na Constituição Republicana de 1988 com base nos princípios da liberdade de expressão, igualdade e respeito. Para tanto, o método de abordagem empregado foi o dialético e de procedimento o monográfico, os quais corroboraram para a verificação de que o direito ao pornô está contemplado na atual Carta Magna indiretamente por meio do rol do artigo 5º da Constituição nos três princípios anteriormente citados, concluindo-se que a aceitação dessa garantia não é um problema de cunho constitucional, mas social.

Palavras-chave: Constitucionalismo. Igualdade. Liberdade de expressão. Respeito. Sexualidade.

ABSTRACT

The present study sought discuss about the existence of constitutional guarantees for Brazilians who contemplate their right to access pornography, with a theory base on

¹ Autora. Acadêmica do 4º semestre do Curso de Direito do Centro Universitário Franciscano (UNIFRA) e do Curso de Filosofia da Universidade Federal de Santa Maria (UFSC). E-mail: brum.anita@gmail.com

² Autora. Acadêmica do 4º semestre do Curso de Direito do Centro Universitário Franciscano (UNIFRA). E-mail: jessicalevkowicz@gmail.com

³ Orientadora. Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, professora do Centro Universitário Franciscano (UNIFRA) e da Faculdade Metodista de Santa Maria (FAMES). Coordenadora da Cátedra de Direitos Humanos da FAMES. É integrante do Núcleo de Estudos Jurídicos e Sociais da Criança e do Adolescente - NEJUSCA, da UFSC e do Grupo de Pesquisa Teoria Jurídica no Novo Milênio, da UNIFRA. E-mail: danielarichter@ibest.com.br



discussions of Ronald Dworkin and Michel Foucault. It sought identify whether the right to pornography, lined on the polemic and controversial history of sexuality, is supported in the Republican Constitution of 1988, based on the principles about freedom of expression, equality and respect. Therefore, the approach used was the dialectic and the procedure was the monographic, which corroborated for the verification that the right to pornography is contemplated in the current Magna Carta indirectly through all the 5º article of the Constitution in the principles previously. So concluded that acceptance of this guarantee is not a constitutional problem, but a social problem.

Key-words: Constitutionalism. Equality. Freedom of expression. Respect. Sexuality.

INTRODUÇÃO

O Estado democrático de direito brasileiro está alicerçado na Constituição Republicana de 1988 e esta, por sua vez, é considerada como uma das constituições mais modernas do mundo, pelo rol de direitos e garantias fundamentais que possui. Relacionado a isso, o trabalho em questão objetiva contemplar o reconhecimento por autores quanto à existência do direito à pornografia, em que embora cercado por “*tabus*”, supostamente estaria concatenado a vários outros direitos que o permeiam. Deste modo, questiona-se: o direito à pornografia, pautado na tão polêmica e controversa história da sexualidade, possui respaldo na Constituição Republicana de 1988?

Através dessa perspectiva inicial, torna possível direcionar a pesquisa - de forma mais embasada e criteriosa - quanto à tese tratada do respaldo constitucional em que, paralelamente, serão identificadas as garantias fundamentais da Constituição Republicana de 1988 que possam, de fato, assegurar a possibilidade de acesso aqueles que são capazes à material pornográfico. A partir do reconhecimento dos direitos à liberdade de expressão, igualdade e respeito, verifica-se se o direito daqueles que consomem da indústria pornográfica não há de afetar aqueles que dela não fazem parte.



Por consequência, a síntese posterior tem como objetivo reconhecer as prerrogativas teóricas e constitucionais que demarcam esse direito, a priori, fundamental, centrado em aspectos de autodeterminação e liberdade humana.

Para tal, aplica-se o método de abordagem foi o dialético, no qual parte-se o estudo da antítese de uma abordagem filosófica e crítica quanto à sexualidade, bem como seu aspecto histórico-social, conteúdo vital que irá permitir a investigação sobre a existência de direitos que contemplem a pornografia.

Em função disso, emprega-se o método de procedimento monográfico, pois utiliza-se a Constituição Federal Brasileira de 1998 para verificar se há possibilidade de sustentação legal quanto a pornografia, somada aos estudos do teórico Ronald Dworkin e sua grande discussão travada sobre o pornô, contextualizando-se na abordagem feita por Michel Foucault que discute e problematiza a sexualidade.

1 SEXUALIDADE E PODER: ASPECTO HISTÓRICO-SOCIAL

Diversos são os mitos, lendas, tabus, pré-conceitos e paradigmas que, ao transcorrer da história da humanidade, alicerçaram mazelas intrínsecas aos padrões não apenas de determinados ciclos, mas de culturas distintas e concepções universais atemporais. O corpo, o comportamento, os modos de se relacionar, dentre tantas outras individualidades do ser humano já foram alvo de supressão, banimento e, até mesmo, sinônimo de culpa: seja pela forma, aparência ou juízo de valor estipulado sobre as mesmas.

Para que se estabeleça ordens e regramentos, bem como as ações de aceitação e contemplação, supõe-se como pressuposto subjetivo o elemento poder para que, enfim, tenha valia e efetivação o imposto ou, também possível, o consensualizado. Nessa perspectiva, o precursor do estudo do poder nas relações sociais, tão polêmico quanto genial para sua época - e, ainda hoje, lembrado em diversas áreas de estudo como, a nível de exemplificação,



desde as ciências sociais às econômicas -, Michel Foucault foi um ferrenho crítico à psicanálise e a forma como ela interpretou a sexualidade.

Segundo o autor, toda vez que se discorre sobre poder na política, remete-se à força (não obrigatoriamente coercitiva) sem restringi-los como requisitos indissociáveis para a existência de um e outro. Logo, a influência exercida sobre algo ou alguém, não é necessariamente manifestada de forma física, mas implica que se tenha autoridade em referência ao que subordina, sendo isso uma espécie de poder. Assim, a dinâmica hierárquica do exercício de poder não partiria de orientação vertical (como um grande sistema), porém dá-se no sentido horizontal (microrrelações de poder): estipulada por iguais, que pelas concentrações de influência, criam patamares entre si.

Parece-me que se deve compreender o poder, primeiro, como a multiplicidade de correlações de forças imanentes ao domínio onde se exercem e constitutivas da sua organização; o jogo que, através de lutas e afrontamentos incessantes as transforma, reforça, inverte; os apoios que tais correlações de força encontram umas nas outras, formando cadeias ou sistemas ou ao contrário, as defasagens e contradições que as isolam entre si. (FOUCAULT, 1988, pág. 88-89).

A revolução do pensamento desse autor verifica-se na perspectiva pela qual aborda o “poder” em seu livro “História da Sexualidade”: não por uma análise meramente finalista sendo um governo ou instituição de caráter político/econômico, nem mesmo a qualia de questões aquisitivas ou, ainda, “super poderes” sobre-humanos como de personagens fictícios, porém, sim, por uma concepção de dominação sobre e através do indivíduo, seus símbolos (visuais, dogmáticos, regras e liberdades) e, principalmente, seu inconsciente. Ora, para ele, a repressão da sexualidade é traduzida nitidamente como uma ferramenta para controlar os indivíduos e a sociedade.

Proliferação das sexualidades por extensão do poder; majoração do poder ao qual cada uma dessas sexualidades regionais dá um campo de intervenção: essa conexão, sobretudo a partir do séc. XIX, é a garantia relançada pelos inumeráveis lucros econômicos que, por intermédio da medicina, da psiquiatria, da prostituição e da pornografia, vincularam-se ao mesmo tempo a essa concentração analítica do prazer e a essa majoração do poder que o controla (FOUCAULT, 1988, pág. 47-48).



Ou seja, diferente do que há muito se acreditou - e ainda se propaga -, que o julgamento (historicamente negativo) sobre o sexo, as formas corporais e suas conseqüentes mistificações, as ‘boas’ maneiras e a reprodução de discursos ideológicos tinham por objetivo apenas reprimir com intuito de banir a sexualidade, por meio das crenças religiosas, grupos sociais e as próprias peculiaridades culturais. Foucault defende que - além de mero julgamento - todas as tentativas de imposição nada mais eram que formas de administrar as pessoas e potencializar o Estado (bem como as entidades sociais pertinentes à ele) como um todo e a sexualidade, socialmente construída. Logo, um sistema de interesses e lucros que se utilizava do tema para, não meramente atacá-lo (também o fazendo), mas que através dele almejava expandir seu domínio e reger o pensamento coletivo social (FOUCAULT, p. 86, 2004).

Paradoxalmente, hoje, a sexualidade é incentivada de forma mascarada e implícita, pelo viés moderno de empoderamento da mulher patrocinado pelas grandes indústrias de comércio com seus cosméticos e demais mercados que lucram com a promoção de “diversidade”, doutrinas filosóficas que acolhem a “todos os ‘tipos’ de pessoas” e, também, as entidades que divergem - as quais empenham grande demanda para manter intacta a “moral e bons costumes”. Diretamente, portanto, pouco se debate o assunto, mesmo com a intensa divulgação em massa de vídeos, escritos, músicas, novelas, filmes e tantos outros recursos que se fundam na discussão de gênero, no preconceito e, concatenadamente, ao sexo em si.

Faticamente a sexualidade, nas suas mais variadas faces, é um campo estigmatizado e silencioso, mesmo quando abordada pelas mídias tanto em horário nobre quanto ao longo do dia. A pornografia, então, nos soa como um crime: ainda cuidamos o tom da voz ao falar a palavra “pornô” ou propriamente “pornografia”, espiamos se há pessoas ao redor que possam ocasionalmente ouvir e sim, nos afeta o que o outro possa achar sobre o que falamos, deixamos de falar, fazemos, evitamos fazer e somos, ou não. Ao afirmar Foucault (p. 126, 2004) que “[...] em qualquer sociedade, o corpo está preso no interior de poderes muito



apertados, que lhe impõem limitações, proibições ou obrigações”, permite-se contemplar que além de nossos costumes e de nossas condutas, nosso corpo e seu erotismo também foram socialmente elaborados, articulados e construídos de forma estratégica, objetificados pelo próprio meio social no qual estamos inseridos.

Por consequência, pactua-se o corpo apresentado no pornô com algo a ser banido, mas jamais extinto, pois sua importância não se restringe somente ao lucro da indústria pornográfica e seus envolvidos, interessa - também - aos que coordenam as massas sociais e ditam as regras do mercado “ético”, ao qual as pessoas “adestram seus corpos⁴” para serem aceitos e, finalmente, poderem se inserir na biocenose padronizada. Para isso, verifica-se como necessário a abordagem da pornografia com o um direito, e ainda, com recepção na Constituição Republicana de 1988, o que será abordado no capítulo a seguir.

2 O DIREITO À PORNOGRAFIA COMO GARANTIA FUNDAMENTAL

A partir da perspectiva do capítulo anterior - quanto às mazelas que envolvem as discussões sobre a sexualidade presente até nos dias atuais -, verifica-se necessário contemplar essa análise de forma dinâmica, unindo a vertente histórico-social com a normativa, ou melhor, constitucional. Nesse sentido se desenvolve o capítulo em questão.

Ronald Dworkin, em seu livro “Uma questão de princípio” faz uma análise sobre a pornografia no último capítulo de seu livro chamado “A censura e a liberdade de imprensa” que, em um primeiro momento, contempla uma análise argumentativa daqueles que a permitem. O primeiro argumento defendido é que pelo fato de que se a pornografia fosse

⁴ Expressão empregada por Foucault - principalmente - em seu livro “ Microfísica do poder”, para discorrer sobre o processo social da inserção e da adequação de um indivíduo, bem como a decorrente perda de sua identidade pela incompatibilidade com os padrões sociais estabelecidos. O autor também dinamiza a expressão de maneira expressiva na obra “Vigiar e Punir”: “O poder disciplinar é com efeito um poder que, em vez de se apropriar e de retirar, tem como função maior ‘adestrar’; ou sem dúvida adestrar para retirar e se apropriar ainda mais e melhor. A disciplina ‘fabrica’ indivíduos; ela é a técnica específica de um poder que toma os indivíduos ao mesmo tempo como objetos e como instrumentos de seu exercício” (FOUCAULT, 2004).



proibida, ainda que para alguns seja prejudicial, acarretaria em longo prazo em consequências maiores do que sua permissão. Já o segundo, é assegurado pelo argumento de que com a restrição à pornografia violaria “os direitos morais e políticos individuais dos cidadãos que se indignam com a censura”. (DWORKIN, p. 498, 2005). E é justamente neste último argumento que se desenvolveu o capítulo em questão, já alicerçado - argumentativamente - ao Direito.

Abstendo as discussões quanto ao conteúdo pornográfico que pode ser exibido⁵, deve ser estabelecido, em um primeiro momento, que aquela pessoa capaz, isto é, compreendendo aspectos biológicos (maioridade) e psíquicos (sanidade), é livre para fazer o que quiser, desde não esteja proibido em lei, é o que estabelece o princípio da legalidade direcionado aos cidadãos (art.5º, II, CR/1988), o qual acentua o aspecto de licitude do pornô para ser consumido por aqueles que por ele buscam.

Neste sentido, em consonância com o pensamento de Dworkin (p. 501, 2005), que muito discute sobre as liberdades, questiona-se se o direito de acesso à conteúdo pornográfico não estaria contemplado também dentro da liberdade de expressão, entendida por ele como um valor geral. O artigo 5º da Constituição Republicana de 1988 contempla o direito à liberdade em vários aspectos, estabelece os incisos do referido artigo (BRASIL, 1988):

- IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;
- IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;
- XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

As liberdades, em geral, demonstram-se como direitos explícitos na Carta Magna dos brasileiros, e que contempla um rol de autonomias que tem o cidadão, independentemente de

⁵ Consoantemente, foram afastadas discussões quanto a que a imprensa/mídia pode exibir quanto ao conteúdo pornográfico (DWORKIN, p. 499, 2005), este assunto caberia em uma outra análise que não será contemplada no trabalho em questão por restrições metodológicas, mas sim, aquele conteúdo que é buscado, voluntariamente, pelo consumidor. Seja por via internet, ou os materiais que são comprados diretamente pelo consumidor como revistas, nas bancas, “CD-ROM” nas lojas ou emprestados nas locadoras, está sendo contemplado o conteúdo pornográfico que é produzido com o intuito de comércio ou para sites que tem a mesma finalidade, já que lucram com os acessos pelas propagandas neles expostas, por exemplo.



censura, para o seu pensamento, atividade artística, ou à qualquer trabalho. Neste sentido, a priori, é lícito aquele que produz conteúdo pornográfico, à luz das liberdades da Constituição, já que é livre o exercício de qualquer trabalho, como também a expressão de atividade artística, que consiste na “arte erótica”, reconhecida por Foucault (1988, p. 57). Desta maneira, o consumidor de conteúdo pornográfico capaz também é livre para apreciar esse conteúdo, já que a disponibilidade desse conteúdo, por si só⁶, não é vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro, muito pelo contrário, já que é uma das indústrias que mais faturam no mundo e que fazem, assim, movimentar a economia.

Neste aspecto se estabelece a autonomia e independência do indivíduo como valores intrínsecos a ele, em que refletem o seu poder de escolha quanto a consumir ou não o conteúdo pornográfico a ele licitamente disponibilizado. Assim, Leonardo Gomes Penteado Rosa (p. 237, 2014) sinteticamente estabelece essa percepção de Dworkin quanto às liberdades, em um contexto geral:

[...] são direitos, e, embora possam ser justificadas parcialmente pelos possíveis benefícios que traz ao interesse coletivo, são, principalmente e antes de tudo, prerrogativas do indivíduo exigidas pela sua independência, aspecto da autenticidade de sua vida que instrui a definição da justiça e da igualdade e da democracia.

Nesta discussão sobre a liberdade de expressão é inserida a concepção de igualdade, em que constitui um direito contemplado no “caput” do artigo 5º da Constituição Republicana de 1988, em que é estabelecida a todos, inclusive proibindo a distinção de qualquer natureza. Por isso, é de livre acesso à todos (capazes) ao conteúdo pornográfico, em que uma pessoa que simplesmente o consome não pode ser discriminada por aqueles que não acessam, pelas diferentes maneiras, ao pornô. É reconhecido a todos a igualdade de direitos, em que o acesso

⁶ Abstraídas as discussões quanto à real licitude de como é estabelecida a relação de emprego daqueles artistas que produzem conteúdo pornográfico com as produtoras, no caso em questão está sendo abordada a indústria pornográfica, como aquela composta por pessoas capazes e livres em que produzem tal conteúdo por sua vontade esclarecida.



à pornografia há de ser contemplado como um direito neste aspecto de liberdade e igualdade dos cidadãos. As concepções individuais de alguns quanto à moralidade do conteúdo acessado não pode afetar a esfera individual de liberdades de outros, que possuem constitucionalmente essa garantia, em um sentido que não cause prejuízo aos direito desses que conservam suas concepções refutando ao pornô. Já que o acesso ao pornô é no âmbito privado do indivíduo, na sua casa, longe de quem refuta a indústria pornográfica, não há porque o que exercício a esse direito afetar direta e efetivamente aqueles que conservam uma moral conservadora, em que busca, erroneamente, impor seus valores pessoais aos outros.

E, por esse ângulo de assimilação do direito às liberdades e à igualdade, emerge a necessidade de respeito *erga omnes*⁷ ao direito à pornografia de outrem, que advém de traços constitucionais precisos que determinam a autodeterminação do indivíduo de fazer para a sua vida escolhas que bem entender, desde que não afete a esfera individual de outras pessoas, sem que possa ser estabelecida uma moral conservadora de alguns que limitem a liberdade de outros consumir do material da indústria pornô. Já que se parte do reconhecimento dos indivíduos como sujeitos de direitos, e como estabelece o princípio da legalidade que afirma como lícito tudo aquilo que não esteja proibido por lei, cabe ao indivíduo essa possibilidade de escolha que afetará exclusivamente sua esfera individual, já que possui o direito à independência moral (DWORKIN, p. 526, 2005) que seja autônoma a de outrem, os quais muitas vezes possuem concepções morais coletivas que objetivam em impor para que haja a sujeição de todos ao seu entendimento.

Por fim, nesse sentido, verifica-se que a história controversa sobre a sexualidade reflete-se, de algum modo, até nos dias atuais. Em que de um lado há a atual Constituição estabelecendo garantias e direitos fundamentais quanto à liberdade, igualdade e respeito aqueles que consomem o conteúdo pornográfico, e de outro, aqueles que retomam e insistem refutar a sexualidade inerente à natureza humana, em que implica, pelas diversas maneiras neste capítulo arguidas, a um direito à pornografia.

⁷ No sentido daquele efeito que atinge à todos os indivíduos pertencentes de determinada sociedade.



CONCLUSÃO

Neste estudo verifica-se que o direito à pornografia está mais cercado por “tabus”, pertencentes às questões morais - sobretudo em seu viés coletivo - próprias da construção do corpo social brasileiro e suas mazelas, do que pela falta da recepção constitucional quanto à existência e reconhecimento desse direito.

Sendo o pornô uma objetificação não apenas com efeitos sociais, mas também de impacto econômico, a censura do mesmo gera um série de interferências nos padrões estipulados e no grupos coletivos. Paradoxalmente, sua contemplação em diplomas legais também. Ora, pois, ainda que repudiada moralmente por alguns indivíduos em face dos estereótipos advindos das ideologias produzidas no decorrer da história da humanidade, seu reconhecimento constitucional - implícito, mas existente - é uma conquista que empodera os indivíduos não somente em relação à pornografia, mas da fortificação das liberdades sobre seu próprio corpo e de si mesmo.

Desta forma, a recepção da atual Constituição Republicana quanto ao direito à pornografia está alicerçada, principalmente, nos direitos e garantias fundamentais de liberdade (de expressão), igualdade e respeito. Tais direitos fundamentam a legitimação do acesso ao pornô, com fortes traços de autonomia e de direito à independência moral de cada um de seus consumidores, desde que jamais viole direitos fundamentais de outras pessoas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: **Senado Federal**: Centro Gráfico, 1988.

DWORKIN, Ronald. "Temos direito à pornografia?". In: _____. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 497-554.



FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I**: a vontade de saber. Rio de Janeiro. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J.A. Guilhon Albuquerque. Edições Graal, 1988.

_____. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 29ª ed. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis, RJ: Vozes, 2004, p. 125-52.

_____. “Sobre a história da sexualidade”. In: **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Graal, 1999.

ROSA, Leonardo Gomes Penteado. **O liberalismo igualitário de Ronald Dworkin**: o caso da liberdade de expressão. 2010. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-20012015-163906/pt-br.php>>. Acesso em: 8 out. 2016.