

ELETRÔNICOS

Direito Internacional sem Fronteiras

MORALIDADE, ENTRE A LIBERDADE DE COMUNICAÇÃO PÚBLICA E A PROTEÇÃO DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE

La Moral, entre la Libertad de Comunicación Pública y la Protección de la Infancia y la Juventud

Jesús Sánchez LORENZO 

Universidad Internacional de Valencia – València, Espanha.

Resumo: O papel sobreposto entre moralidade e lei não é novo. É o que se verifica na Sentença do Tribunal Constitucional Espanhol de 15 de novembro de 1982, que se mostra totalmente atual porque gira em torno do conceito de moralidade e do papel limitador que desenvolve no campo da proteção da juventude e da infância quando em conflito, entre outros, com os direitos fundamentais relacionados à liberdade de expressão. A análise da sentença passa pela análise dos normativos, nacionais e internacionais, em que se baseia e do enquadramento jurisprudencial, nomeadamente na Sentença do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem no Caso Handyside, em 1976, em que o Tribunal Constitucional espanhol dá-se como exemplo a seguir quando se trata de justificar as restrições a um direito tão importante para um sistema democrático como o direito à liberdade de expressão e seus derivados do artigo 20 da Constituição espanhola.

Palavras-Chave: Educação. Liberdade de expressão. Moralidade. Proteção da infância e da juventude.

Resumen: No es nuevo el papel imbricado existente entre la moral y el derecho. Ello se verá en la Sentencia del Tribunal Constitucional español de 15 de noviembre de 1982, que se demuestra de total actualidad porque gira en torno a la concepción de moral y el papel limitador que ésta desarrolla en el ámbito de la protección de la juventud y de la infancia al chocar, entre otros, con los derechos fundamentales relativos a la libertad de expresión. El análisis de la sentencia conlleva el análisis de la normativa, tanto nacional como internacional, en la que se fundamenta y en los antecedentes jurisprudenciales, concretamente en la Sentencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos en el Caso Handyside, en 1976, en el que el Tribunal Constitucional español se fija como ejemplo a seguir a la hora de justificar las restricciones a un derecho tan importante para un sistema democrático como es el derecho a la libertad de expresión y sus derivados del artículo 20 de la Constitución Española.

Keywords: Educación; Libertad de expresión; Moral; Protección de la infancia y la juventud.

1 INTRODUÇÃO

O papel sobreposto entre moralidade e lei não é novo. É o que se verifica na Sentença do Tribunal Constitucional Espanhol, de 15 de novembro de 1982, que se mostra totalmente atual, porque gira em torno do conceito de moralidade e do papel limitador que desenvolve no campo da proteção da juventude e da infância quando em conflito, entre outros, com os direitos fundamentais relacionados à liberdade de expressão.

A análise da sentença passa pela análise das normativas nacionais e internacionais, em que se baseiam e do enquadramento jurisprudencial, nomeadamente, na Sentença do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, no Caso Handyside, em 1976, em que o Tribunal Constitucional espanhol dá como exemplo a se seguir quando se trata de justificar as restrições a um direito tão importante para um sistema democrático como o direito à liberdade de expressão e seus derivados do artigo 20 da Constituição espanhola.

O presente trabalho se conduzirá através da breve análise do *Caso Handyside v. Reino Unido*, paradigmático, e como o julgado influenciou o Tribunal Constitucional Espanhol na Sentença 62/1982, de 15 de novembro, sobre as limitações à liberdade de expressão em razão da necessidade de proteção à infância e à juventude, em conformidade ao sistema jurídico espanhol e às obrigações convencionais adotadas pelo Reino da Espanha.

2 HANDYSIDE, 1976

O *Caso Handyside v. United Kingdom* foi resolvido no TEDH (Tribunal Europeu dos Direitos do Homem), em Estrasburgo, em sessão plenária de 1976. Após considerar “que o assunto levanta sérias questões que afetam a interpretação da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos e Liberdades Fundamentais”, por referência feita pela Comissão Europeia de Direitos Humanos (doravante, *a Comissão*), à qual o Sr. Handyside apelou em abril de 1972, em virtude do artigo 25 da referida Convenção, também denominada Convenção de Roma, adotada em 1950.

O Sr. Handyside, cidadão britânico e editor do livro *The Little Red Schoolbook*, no Reino Unido, protesta contra seu Estado, considerando que seu direito à liberdade de expressão, contido no artigo 10 da Convenção de Roma, havia sido violado quando foi decretada a apreensão da publicação, com base no conteúdo pornográfico da publicação.

Nos “Fundamentos Legais” da decisão, em seu primeiro tópico, sobre “a alegada violação do Artigo 10 da Convenção de Roma” (CEDH, 1976, p.15), e em seu parágrafo 43, a CEDH considera que “as várias medidas que são objeto da reclamação - condenação criminal infligida ao autor, sequestro seguido de confisco e destruição do matriz e centenas de exemplares do *schoolbook* – constituíram, sem dúvida, e o Governo (britânico) não o negou, “ingerência das autoridades públicas”, no exercício da liberdade de expressão do interessado, garantida pela secção 1 do texto do referido artigo 10 (CEDH, 1976, p.15). Em seguida, aceita que “tal ingerência implica violação do artigo 10”, desde que não constitua “uma das exceções previstas no artigo 2º, que, portanto, é de importância decisiva neste caso” (CEDH, 1976, p.15).

No parágrafo 46, o Tribunal encontra um objetivo legítimo na ação da Administração britânica e da Comissão de acordo com o artigo 10.2: a proteção da moral em uma “sociedade democrática”, uma vez que o objetivo de “combater as publicações obscenas, definido devido à sua tendência a depravar e corromper, está muito mais ligado à proteção da moral do que a qualquer dos outros fins admissíveis de acordo com o artigo 10.2” (CEDH, 1976, p.17).

O Tribunal se impõe a “prestar extrema atenção aos princípios próprios de uma sociedade democrática” (CEDH, 1976, p.18). A liberdade de expressão constitui um dos fundamentos essenciais de tal sociedade, uma das condições primordiais para o seu progresso e para o desenvolvimento dos homens. De acordo com o artigo 10.2, é válido não apenas para informações ou ideias que sejam favoravelmente recebidas ou consideradas inofensivas ou indiferentes, mas também para aquelas que chocam, perturbam ou ofendem o Estado ou qualquer fração da população. Essas são as exigências do pluralismo, da tolerância e do espírito de abertura, sem os quais não há “sociedade democrática”. Isso significa, em especial, que qualquer formalidade, condição, restrição ou sanção imposta à questão deve ser proporcional ao objetivo legítimo perseguido.

Por outro lado - prossegue o Tribunal - quem exerce a liberdade de expressão assume

“deveres e responsabilidades”, cujo alcance depende da sua situação e do procedimento técnico utilizado. Analisando, como neste caso, se as restrições ou sanções visavam uma “proteção da moral”, o que as tornaria “necessárias em uma sociedade democrática”, o Tribunal não poderia ignorar os deveres e responsabilidades do interessado”.

No parágrafo 52 dos Fundamentos, “o Tribunal atribui particular importância a uma circunstância: o destino do *schoolbook*”, que se destinava principalmente a crianças e adolescentes entre aproximadamente doze e dezoito anos de idade e que, redigido em “estilo livre, direto e concreto, era de fácil acesso, até mesmo para crianças nos termos acima mencionados”, tendo também definido um preço de venda acessível, e cujo título levava a pensar que era uma espécie de manual escolar.

E embora o trabalho contivesse informações precisas e úteis, ele incorporou em algumas seções do capítulo sobre os alunos, especificamente na subseção “Be yourself” (trad. Seja você mesmo), “frases ou parágrafos que os jovens em fase crítica de seu desenvolvimento poderiam interpretar como um incentivo a entregar-se a experiências precoces ou prejudiciais para eles”, podendo, portanto, “ter efeitos perniciosos sobre o moral de muitas crianças e adolescentes que o leem” (CEDH, 1976, p. 20).

Em relação às medidas adotadas, mencionadas acima, o Juiz Mosler, em sua opinião particular, considera que não são necessárias “no sentido do artigo 10.2 para atingir seu objetivo de proteção da moral” porque “se um dos elementos que permitir que o Estado use a exceção ao direito à liberdade de expressão, a seção 2 não se aplica, e o direito do indivíduo deve ser respeitado sem qualquer interferência”. Ele enfatiza que “o necessário não é sinônimo de indispensável”. Destaca, ainda, a ineficácia das medidas uma vez que 90% da tiragem foi distribuída, finalizando com a afirmação de que “as medidas escolhidas pelas autoridades foram, portanto, inadequadas por sua natureza”.

3 SENTENÇA 62/1982, DE 15 DE NOVEMBRO, DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPANHOL

Esta sentença foi proferida pelo TC (Tribunal Constitucional Espanhol) por ocasião do recurso de amparo interposto contra as duas sentenças proferidas em cassação pela Segunda

Sala do Supremo Tribunal Federal (destaca-se a segunda, cujo objeto é a liberdade de expressão) e outras resoluções confirmadas pelas mesmas, pelas quais é declarado o confisco do livro *A ver* (trad. *Vejamos*) que, como no caso do *schoolbook*, era destinado à educação sexual de crianças, sempre por meio de seus pais ou responsáveis, além da pena da desqualificação a que o editor está sujeito "como autor responsável por crime de escândalo público, sem o concomitante de circunstâncias que modifiquem a responsabilidade penal". (TC, 1982, p.22).

3.1. A POSIÇÃO DAS PARTES

3.1.1. A parte recorrente

Alega na fundamentação jurídica da petição de proteção que foi violado o artigo 20, em seus incisos 1, 2 e 4 da Constituição Espanhola¹, sobre a liberdade de expressão e direitos dessa natureza reconhecidos.

Também entende que a proibição do livro *A ver* viola várias seções do art. 20 da Constituição (nº 1, a, b, d), e questiona se a liberdade neste caso é limitada por outros direitos, especialmente a proteção da juventude, afirmando que a resposta deve ser negativa porque em nenhuma das sentenças proferidas no caso, é feita alguma menção concreta de que com a publicação do livro *A Ver*, os direitos constitucionais de ninguém são limitados e, principalmente, não diz que aqueles que afetam a proteção da juventude e da infância sejam prejudicados.

¹Artículo 20

1. Se reconocen y protegen los derechos:

- a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.
 - b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.
 - c) A la libertad de cátedra.
 - d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.
2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa.

[...]

4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

5. Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial.

In: CORTES GENERALES. **Boletín Oficial del Estado, Legislación Consolidada, Contitución Española, «BOE» núm. 311, de 29 de diciembre de 1978. Referencia: BOE-A-1978-31229.** Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/pdf/1978/BOE-A-1978-31229-consolidado.pdf>> Acesso em: 18 jan. 2021.

3.1.2. O Ministério Fiscal

Alerta que a existência de direitos absolutos não pode ser presumida, mas deve coexistir com os de outrem, os quais também devem ser respeitados. Assim, há uma tendência de se evitar ataques a direitos, que possam afetar a integridade moral, conforme dispõe o artigo 15 da Norma Suprema. Conclui que existe uma tensão de direitos que o legislador resolverá avaliando a possibilidade de limitar alguns em benefício do respeito de outros. Esses argumentos serão aplicados de imediato à liberdade de expressão, referindo-se especificamente aos limites previstos na própria Constituição, como “respeito aos direitos reconhecidos neste título” e “a proteção da juventude e da infância” (20.4), em relação à referida integridade moral.

No Antecedente 7, relaciona a Constituição espanhola com os tratados internacionais a seguir, a fim de explicar o uso da moralidade e a proteção da juventude e da infância como objetivo último, como um limite ao direito à liberdade de expressão:

(...)Tal cuadro de actos internacionales [la Declaración de 10 de diciembre de 1948; el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966; y el Convenio de 4 de noviembre de 1950 para la protección de los derechos humanos y de las libertades públicas] es instrumento de interpretación de las normas relativas a derechos fundamentales y libertades que la Constitución reconoce, al propio tiempo que deviene parte del ordenamiento interno -de acuerdo con el art. 96.1, de la propia Constitución-, su aceptación es insoslayable en cuanto favorezca pero también en cuanto permita la limitación en el ejercicio del derecho. (...) y la interpretación que deba darse a los conceptos incardinados en los tipos penales es obra de los Tribunales, y, por otra parte, los convenios y pactos internacionales citados recogen la moral como límite el ejercicio de determinados derechos (...).

3.1.3. A decisão do Tribunal Constitucional

O TC baseia sua resolução sobre a limitação da liberdade de expressão nas Bases Jurídicas 3 e seguintes. Em seguida, determina se o direito à liberdade de expressão foi violado ou não e, para isso, se refere às seguintes questões: Em primeiro lugar, examina se o conceito de moralidade - como um bem protegido pelas resoluções contestadas - pode ser utilizado pelo legislador e aplicada pelos Tribunais como limite para o exercício do direito à liberdade de expressão; segundo, se a resposta anterior for afirmativa, é necessário especificar em que

medida a moralidade pode se constituir como limite dessa liberdade.

Para resolver a primeira questão formulada – a moral como limite possível –, o TC parte do artigo 20.4 da Constituição, que em relação ao 53.1, interpreta que a Lei pode estabelecer limites desde que seu conteúdo respeite o conteúdo essencial dos direitos e liberdade de limitar e surge a questão de determinar “se a moralidade pública pode ser um limite estabelecido pelo legislador, ou se tal limite afetaria o conteúdo essencial da liberdade de expressão.

Esta dúvida é facilmente resolvida pelo TC invocando o princípio da interpretação de acordo com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e com os tratados e acordos internacionais ratificados pela Espanha no artigo 10.2 da Constituição, desde que prevejam que o legislador pode estabelecer limites para satisfazer as justas exigências da moralidade (art. 29.2 da Declaração Universal dos Direitos Humanos), para a proteção da moralidade pública [art. 19.3 b) do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos celebrado em Nova York em 19 de dezembro de 1966], e para a proteção da moral (art. 10 da Convenção de Roma de 4 de novembro de 1950). O Tribunal Superior chega, assim, à conclusão de que o conceito de moralidade, que inclui a juventude e a infância como bem constitucionalmente protegível, pode ser utilizado pelo legislador como um limite às liberdades e direitos reconhecidos no artigo 20 da Constituição.

Dado que o legislador pode usar e aplicar o conceito de moralidade como um limite à liberdade de expressão dos tribunais, surge o problema de até que ponto a moralidade pode limitar essa liberdade. Este é um problema difícil de ser resolvido tendo em conta que o conceito de moral pública -como elemento ético comum da vida social- é suscetível de diferentes concretizações consoante os tempos e os países, pelo que não é imutável do ponto de vista social. Isso nos leva a concluir que a admissão da moralidade pública como limite deve estar rodeada das garantias necessárias para evitar que sob um conceito ético, juridificado como *mínimum* ético necessário à vida social, ocorra uma limitação injustificada dos direitos fundamentais e liberdades públicas.

O TC continua que, dado o conteúdo do art. 10.2 da nossa Constituição e da competência reconhecida pela Espanha à Comissão e ao TEDH, para especificar tais garantias, deve ser

utilizada a Convenção de Roma de 1950, que se deduzem dos seus artigos 10.2 e 18, e que se referem, respectivamente, a à liberdade de expressão e às restrições gerais de direitos e liberdades, e eles se leem o seguinte:

“Artículo 10.2: El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la Ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.”

“Artículo 18: Las restricciones que, en los términos del presente Convenio, se impongan a los citados derechos y libertades no podrán ser aplicados más que con la finalidad para la cual han sido previstas.”

Esses dois artigos apresentam dois tipos de garantias para as restrições ao direito à liberdade de expressão: primeiro, elas devem ser previstas na Lei e devem ser "necessárias" em uma sociedade democrática para atingir os fins previstos no artigo 10; em segundo lugar, a aplicação de medidas restritivas só pode ser realizada para o fim pretendido.

Quanto à primeira das garantias que devem ser oferecidas em uma sociedade democrática, o TC considera que antes de tudo é necessário esclarecer que se entende por "necessário". Consciente desta dificuldade, leva em consideração o acórdão de 7 de dezembro de 1976, Caso Handyside, da CEDH, para o qual leva em conta que “a liberdade de expressão (...) inclui não apenas informações consideradas inofensivas ou indiferentes, ou que sejam acolhidos favoravelmente, mas também aqueles que possam perturbar o Estado ou uma parte da população, pois isso é fruto do pluralismo, da tolerância e do espírito de abertura sem os quais não há sociedade democrática. (...). E por outro lado, para qualificar ou não uma medida como necessária, também não se deve ignorar que quem exerce a sua liberdade de expressão assume deveres e responsabilidades cujo alcance depende da sua situação e do procedimento técnico utilizado.” (CEDH, 1976, p.18-19).

Para determinar se as medidas foram necessárias ao fim prosseguido, examina-se se

foram ou não ajustadas ao princípio da proporcionalidade, que permite uma margem de apreciação para juízes e tribunais, que garantem a proteção dos direitos fundamentais e das liberdades públicas.

O TC afirma “que a pornografia não constitui para o ordenamento jurídico vigente, sempre e em todos os casos, um atentado à moral pública como *minimum* ético aceito pela Lei (...) não há dúvida de que quando os destinatários são menores - embora não são exclusivamente - e quando são sujeitos e objetos passivos das fotografias e do texto, o ataque à moral pública e, claro, à devida proteção dos jovens e das crianças, assume uma intensidade maior” (TC, 1982, p. 15). Além disso, a pena, quando é desqualificadora, implica em restrição à liberdade de expressão, portanto “sua duração temporária deve ser limitada e seu conteúdo deve limitar-se à proteção da propriedade ou bens jurídicos afetados” (TC, 1982, p. 21).

O Tribunal Constitucional chega, portanto, à conclusão de que as medidas impostas tanto pelo Tribunal Provincial de Salamanca quanto pelo Supremo Tribunal não são desproporcionais com base no fato de que o livro *A ver* foi considerado contrário à moral pública por exceder seus objetivos educativa, por meio de canais de distribuição acessíveis e por ser o objeto mínimo do livro, justificando que a proteção à juventude e à infância, preconizada pelo Ministério Público, é um limite à liberdade de expressão.

A segunda garantia adverte que a aplicação de medidas restritivas só pode ser realizada para os fins previstos. Neste caso, o TC, a exemplo do Supremo Tribunal Federal, sob proposta unicamente do Ministério Público, considera que a finalidade das restrições é a proteção da moral pública, com especial referência à proteção da juventude e da infância, ser capaz de aplicar essas medidas.

4 LEGALIZAÇÃO INTERNACIONAL DA MORAL

O Ministério Público, no antecedente 7.B, fala de uma “tabela de atos internacionais” (e que é mais tarde usada no Fundamento 2 da Sentença), quando se refere especificamente à Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, assinado em Nova York, em 16 de dezembro de

1966, e à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos e Liberdades Fundamentais (Roma, 4 de novembro de 1950). Esta “tabela” mostra como a proteção da moral, como bem protegível e valor superior para a convivência democrática, é o veículo através do qual se concretiza a necessária proteção do menor, de sua juventude e de sua infância.

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos confere à juventude e à infância “o direito às medidas de proteção que sua condição de menor requer, tanto por parte de sua família, quanto da sociedade e do Estado” (artigo 24.1) e a Convenção de Roma de 1950 exige a “proteção da moral”, incluindo a cobertura da juventude e da infância (art. 10.2).

Além dos fundamentos do Ministério Público, existem outros regulamentos que, com o objetivo de proteger a infância e a juventude, fiscalizam a moralidade, como é o caso da Carta Social Europeia², que confere aos menores “proteção especial contra os perigos físicos e morais a que se encontrem expostos” (Parte I, art. 7), ou a Convenção sobre os Direitos da Criança³, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (1989) e ratificada pelo Estado espanhol em novembro de 1990, segundo a qual, os Estados Partes zelam pelo menor com o fim de “promover o seu bem-estar social, espiritual e moral e de sua saúde física e mental”, protegendo-o de “danos materiais ao seu bem-estar”, em seu artigo 17(1).

5 MORALIDADE NO SISTEMA JURÍDICO ESPANHOL

Partindo da premissa de que “o direito muitas vezes nasce dos valores éticos de uma sociedade, de modo que a ética precede o direito e o transborda” (BARROSO ASENJO, 1984, p. 12), a conduta moral caracteriza-se como um valor fundamental a ser protegido como fonte de direito, que leva ao estabelecimento da ordem moral necessária dentro de uma sociedade democrática.

Moralidade e lei não se excluem, pelo contrário, necessariamente se complementam dentro da sociedade, pois, historicamente, a lei moral surgiu, a precedeu e transbordou.

² Carta Social Europeia Revista – Série de Tratados Europeus / 163 [...]. Disponível em: <https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/carta_social_europeia_revista.pdf>.

³ UNICEF. **Convenção sobre os Direitos das Crianças, 1989.** Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>> Acesso em: 18 jan. 2021.

O direito se nutre do *ethos* (FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, 1984, p. 493) que dá origem ao poder político que determinará a moralidade dominante em todos os momentos, explorando-o por meio do próprio exercício do direito. Esse poder político acabará não só influenciando uma determinada faceta da vida, mas também se expandindo pelo que há de mais típico do homem, sua cultura, sua ideologia, fazendo com que o privado e o político (por natureza, público) sejam esferas entrelaçadas dos seres humanos, fazendo, por sua vez, que o político se transforme em moral, característica inerente ao homem.

Em uma sociedade democrática, o estabelecimento de uma ordem moral é necessário, já que a conduta moral é um valor fundamental a ser protegido. O objetivo final da moralidade é a necessária coesão social que deve direcionar as relações humanas. A moralidade não é rígida, ela se molda ao longo da história, pelo seu bom acoplamento com a situação social de cada momento, na busca dessa coesão, que é o seu objetivo final.

A moralidade é considerada como um valor superior nas relações sociais e como fonte de direito, ao estabelecer e garantir o bom funcionamento deste, em uma sociedade democrática. Além disso, quando “o direito nasce da moralidade”, o faz para protegê-la, o que, em última instância, significa proteger a si mesmo, bem como, poder se desenvolver e continuar a “brotar” quando, devido à mudança histórica da moral, o faz – permitindo que aquilo que permanece inalterável ao tempo, a liberdade, siga sendo, afinal, um valor essencial inerente ao homem.

Pode-se dizer que a moral e o direito se constitucionalizam como esferas sobrepostas, porque a primeira está expressamente garantida na Constituição espanhola, como um direito fundamental, conferindo-lhe proteção especial pelos tribunais. Da mesma forma, essa “constitucionalização da moralidade” se efetiva pela interpretação que a norma Suprema adota e reconhece para os direitos e liberdades fundamentais no art. 10.2, referente à Declaração Universal dos Direitos Humanos e aos tratados e acordos assinados pela Espanha.

Proteger a moral é proteger os seres humanos por seu caráter inerente. Um ataque à moralidade implicaria em um ataque ao homem, à sociedade e à conduta moral que a governa em todos os tempos e na qual, por natureza, se desenvolve como tal. Por isso, a lei deve ser eficaz no que diz respeito à moralidade e deve protegê-la e garanti-la no mais alto nível. Nossos

regulamentos o fazem por meio da Constituição espanhola, explicitamente como um direito fundamental no artigo 15. (CORTES GENERALES, 1978).

Mas também, seguindo os ditames do artigo 96.1 da Norma Suprema, os tratados e acordos internacionais validamente celebrados pela Espanha fazem parte da ordem interna. Com isso, os mencionados no item anterior relativos à moralidade e à proteção de menores passam a fazer parte da legislação nacional e, portanto, vinculam os poderes públicos, reconhecendo a moralidade como um bem protegido constitucionalmente.

Em razão da interpretação de que os direitos fundamentais devem ser realizados de acordo com a regra estabelecida no artigo 10.2 da Constituição, a proteção da moral passa a ser um limite para tais direitos, inclusive os derivados da liberdade de expressão desses – da mesma forma que a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos e Liberdades Fundamentais, de 1950.

Essa conversão da moralidade ao limite dos direitos fundamentais faz dela, por sua vez, um veículo para a proteção efetiva da juventude e da infância exigida pelo artigo 20.4, referente à liberdade de expressão. Esta proteção tornou-se efetiva graças à lei orgânica (prevista para os direitos fundamentais pela própria Constituição) da criança, bem como às leis regionais que as diferentes autonomias, no cumprimento das suas atribuições, têm vindo a aprovar.⁴

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O TC interpreta que a proteção da juventude e da infância se situa dentro da proteção da moral pública seguindo os preceitos do artigo 10.2, da Convenção de Roma, e junto com a alusão expressa que a Constituição espanhola faz dela, é definida como boa A proteção constitucional limita o direito à liberdade de expressão⁵, embora este seja um valor

⁴ Este regulamento, por meio do art. 81.1, da Constituição Espanhola, implica não só que a constitucionalização da juventude e da infância como um bem particularmente protegível, mas também que a própria proteção deva ser considerada um direito do menor, ao contrário do que entende García Morillo. (Ver: GARCÍA MORILLO, J.; DE ESTEBAN; LÓPEZ GUERRA y otros: *El régimen constitucional español*, 1980, p. 165).

⁵ Seguindo a linha do Tribunal Constitucional, para o autor De Esteban, a interpretação restritiva dos limites implica, por sua vez, o reconhecimento da sua existência, o que os impede de considerar esses direitos como absolutos. (Ver: DE ESTEBAN, J. Y GONZÁLEZ-TREVIJANO, P.: *Curso de Derecho Constitucional Español I*, Universidad

fundamental de um estado democrático.⁶

Esta interpretação, a meu ver, errônea, se deve ao fato de que, à época da emissão desta sentença, o TC tinha como linha jurisprudencial a limitação dos direitos fundamentais e das liberdades públicas. Isto é demonstrado pelo Supremo Tribunal, neste e em muitos outros acórdãos (STC 2/1982 de 29 de janeiro; STC 120/1983 de 15 de dezembro; STC 49/1984 de 5 de abril; *etc.*), nos quais se evidencia que o exercício de uma liberdade tão fundamental, como a de expressão, para o desenvolvimento de uma sociedade plural e democrática, como a nossa define a Constituição espanhola, ainda é restrito. Posteriormente, o Tribunal Superior mudaria sua argumentação concedendo preferência à referida liberdade (STC104 / 1986 de 17 de julho; STC 6/1988 de 21 de janeiro; *etc.*)

A argumentação que se apresenta e se desenvolve ao longo da sentença mostra claramente sua semelhança com o Julgamento do caso Handyside da CEDH, anterior a esta, que é explicitamente citado no corpo da mesma. Concordando que a infância e a juventude são um bem passível de proteção, neste caso específico, levando em consideração o seguinte, justificarei minha avaliação anterior da inexatidão da sentença, que pode ter tido outro significado posteriormente:

Limita uma liberdade, a de expressão, que é o fundamento do estado democrático, pois contém um valor essencial e inalterável que se mantém como o princípio inspirador e superior de toda ordem jurídica democrática tradicional, a liberdade, impedindo o desenvolvimento dos valores básicos desse estado democrático, como o pluralismo, e o livre desenvolvimento da personalidade inerente ao ser humano. Portanto, qualquer restrição ao seu exercício deve estar sujeita a ponderação quanto ao exercício de outrem, prevendo a preferência "necessária" sobre eles.

A recorrente não destacou "suficientemente", e "com interesse", por parte do Ministério

Complutense, Madrid, 1992, p. 276).

⁶ De Cossío (1993, p. 109) afirma que: "toda liberdade pessoal adquire força através da sua expansão através da comunicação externa, isto é, através da liberdade de expressão que assim se torna o carro-chefe da liberdade para garantir a existência das liberdades através da participação em o sistema institucionalizado, como manifestação do pluralismo político, valor reconhecido na Constituição". Nessa linha, García-Atance (2009, p. 326) afirma que se configura como "sustentáculo de valores superiores e sem os quais não poderiam existir os demais direitos fundamentais".

Público, o fato de que a publicação do livro “*A Ver*” se destina “aos pais que desejam que suas crianças recebam informações religiosas e morais de acordo com as suas próprias convicções”, visto que, embora tenham sido divulgadas na Feira do Livro de Madrid, em 1979, na secção infanto-juvenil, segundo o Código Civil o menor não é capaz de formalizar uma venda, portanto, em última análise, é o pai (e também o lojista, é claro) que deve agir com a devida diligência.

A definição de moralidade que se manifesta na sentença e que decorre dos autos interpostos – como responde o recorrente –, considerando quem foi o denunciante em primeira instância (Confederação Nacional Católica de Pais e Pais de Alunos e outras 16 associações católico-confessionais) e a imaturidade democrática dos órgãos judiciais da época desde o período pré-constitucional, é manifestamente pró-confessional, – embora o próprio Tribunal se refira a ela especificamente no sentido oposto- porque é restrita o conhecimento que outras religiões citadas nos antecedentes da própria frase têm sobre sexo (Hindustão e Melanésia). E é justamente nesse aspecto ideológico-religioso que a liberdade de expressão é implantada com especial intensidade (BILBAO UBILLOS, 2009).

O problema exposto vem do último quarto do século 20, mas um livro como “*A Ver*” ou “*Handyside*” agora seria possível? Nós mudamos?

REFERÊNCIAS

BARROSO ASENJO, P.: **Límites constitucionales al derecho de la información**. Editorial Mitre, Barcelona. 1984.

BILBAO UBILLOS, J. M. La negación de un genocidio no es una conducta punible. (Comentario de la STC 235/2007). **Revista Española de Derecho Constitucional**, n.85 (enero-abril), p. 299-352, 2009. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2976387.pdf>>.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (CEDH). **Case of Handyside v. The United Kingdom, 7 December 1976**. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57499>> Acesso em: 18 jan. 2021.

CORTES GENERALES. **Boletín Oficial del Estado, Legislación Consolidada, Constitución Española, «BOE» núm. 311, de 29 de diciembre de 1978**. Referencia: BOE-A-1978-31229. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/pdf/1978/BOE-A-1978-31229-consolidado.pdf>> Acesso em: 18 jan. 2021.

DE COSSÍO, M. **Derecho al honor. Técnicas de protección y limites**. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.

DE ESTEBAN, J. Y GONZÁLEZ-TREVIJANO, P. **Curso de Derecho Constitucional Español I**. Universidad Complutense, Madrid, 1992.

DE ESTEBAN, J.; LÓPEZ GUERRA, L.; GARCÍA MORILLO, J.; *et. Al.* **El régimen constitucional español**. Labor Universitaria, 1980.

FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A. Comentarios al art. 20 CE. *In*: ALZAGA, O. (director). **Comentarios a las leyes políticas**, Edersa, Madrid, 1984, p. 493.

GARCÍA-ATANCE Y GARCÍA DE MORA, M^a. V. La protección de la juventud y de la infancia en las libertades informativas. *In*: TORRES DEL MORAL, A. (director). **Libertades Informativas, Madrid**. Colex, 2009, p. 319-346.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE PORTUGAL. **Carta Social Europeia Revista**. Disponível em: <https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/carta_social_europeia_revista.pdf> Acesso em: 18 jan. 2021.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA (TC). SENTENCIA 62/1982, de 15 de octubre. (BOE núm. 276, de 17 de noviembre de 1982). Disponível em: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/104>> Acesso em: 18 jan. 2021.

UNICEF. **Convenção sobre os Direitos das Crianças, 1989**. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>> Acesso em: 18 jan. 2021.

DADOS DO PROCESSO EDITORIAL

Recebido em: 09 de janeiro de 2021;
Controle de plágio: 09 de janeiro de 2021;
Decisão editorial preliminar: 12 de abril de 2021;
Retorno rodada de correções: 14 de abril de 2021;
Decisão editorial final: 14 de abril de 2021.

Editor: ABRANTES, V. V.
Convidado: LORENZO, J. S.